



**UNIVERSIDAD PARTICULAR DE
CHICLAYO**

**FACULTAD DE DERECHO Y DE
EDUCACION**



TÍTULO:

**“EL ARMA APARENTE O SIMULADA COMO MEDIO DE PRUEBA
EN EL DELITO DE ROBO AGRAVADO Y EN LA JURISPRUDENCIA
NACIONAL”**

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN DE TESIS

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

ABOGADO

BACHILLER:

JANNINA SAUCEDO FERNANDEZ.

ASESOR:

Mg. JORGE OLIVA CORNEJO

CHICLAYO – PERÚ

2018

TITULO:

**“EL ARMA APARENTE O SIMULADA COMO MEDIO DE PRUEBA EN EL
DELITO DE ROBO AGRAVADO Y EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL”**

Tesis presentada por el Bachiller **Srta. JANNINA SAUCEDO FERNANDEZ**, a la facultad de Derecho de la Universidad Particular de Chiclayo, para optar el Título Profesional de Abogado.

Bachiller:

Asesor

Aprobado por:

Presidente

Secretario

Vocal

DEDICATORIA

Dedico este trabajo a Dios, el amigo incansable y maestro de la sabiduría, a mis padres César Saucedo Fernández y Rita Luz Fernández Cieza, a mi hermano Lenin Alexander Saucedo Fernández, por su apoyo brindado, amor incondicional entregado y haberme guiado el camino hacia la superación, sin ellos no habría llegado hasta donde ahora lo hice.

AGRADECIMIENTO

A la Universidad Particular de Chiclayo y a todos mis docentes Universitarios, quienes han sabido impartir sus enseñanzas, sin egoísmo alguno, a quienes les debo gran parte de mis conocimientos y a todos lo que han hecho posible realizar con éxito ésta investigación.

RESUMEN

Existen dos posiciones marcadas: La de un sector de la jurisprudencia establecida y la de la doctrina mayoritaria. La Corte Suprema según el Acuerdo Plenario 5-2015/CIJ-116, consideró que el arma aparente cumple con el requisito exigido por el legislador ya que su uso provoca temor en la víctima, siendo ello suficiente para agravar la pena del delito de robo.

De otro lado, la doctrina niega que el arma aparente sea considerada como un agravante de robo ya que con su uso no se pone en peligro la vida o salud de la víctima. En la presente investigación se desarrollaran ambas posturas.

El Acuerdo Plenario 5-2015/CIJ-116, nos da un sentido interpretativo amplio del término “a mano armada”, como agravante del delito de robo del artículo 189.3 del Código Penal, la justificación para ello es que:

El amenazado con un arma de fuego comúnmente no puede apreciar a priori, salvo se trate de persona especializada y según las circunstancias su autenticidad, si se encuentra, o no cargada, no es posible entonces negar la idoneidad de esta arma para la consecución de los objetivos del agente. La utilización de un arma (ya sea propia, impropia o de juguete con las características de arma verdadera, replica u otro sucedáneo) genera, pues, el debilitamiento de las posibilidades de defensa, que es precisamente lo que busca el agente con el empleo de tal elemento, con el empleo del arma, el sujeto activo se vale de mecanismo, cierto o simulado, que lo coloca en ventaja al reducir al sujeto pasivo y cuya actitud la víctima no está en aptitud de determinar ni obligada a verificar si el arma de verdadera o simulada, pues lo que busca el sujeto activo es asegurar la ejecución del robo e impedir la defensa del agraviado.

LA BACHILLER

ABSTRACT

There are two positions: The one of a sector of established jurisprudence and the one of the majority doctrine. The Supreme Court according to the Plenary Agreement 5-2015 / CIJ-116, considered that the apparent weapon meets the requirement demanded by the legislator since its use causes fear in the victim, this being enough to aggravate the penalty of the crime of theft.

On the other hand, the doctrine denies that the apparent weapon is considered an aggravating theft because its use does not endanger the life or health of the victim. In the present investigation both positions will be developed.

The Plenary Agreement 5-2015 / CIJ-116, gives us a broad interpretive sense of the term "armed," as an aggravating circumstance of the theft of Article 189.3 of the Criminal Code, the justification for this is that:

The threatened with a firearm commonly can not appreciate a priori, unless it is a specialized person and according to the circumstances its authenticity, if it is found, or not loaded, it is not possible to deny the suitability of this weapon for the attainment of agent's objectives. The use of a weapon (either own, improper or toy with the characteristics of a real weapon, replicate or another substitute) thus generates the weakening of the defense possibilities, which is precisely what the agent seeks with the use of such element, with the use of the weapon, the active subject uses a mechanism, true or simulated, which puts it at an advantage by reducing the passive subject and whose attitude the victim is unable to determine or obliged to verify whether the weapon of true or simulated, because what the active subject seeks is to ensure the execution of the theft and prevent the defense of the victim.

INDICE

DEDICATORIA	iii
AGRADECIMIENTO	iv
RESUMEN	v
ABSTRACT	vi
INTRODUCCIÓN	xi

CAPITULO I

MARCO DE INVESTIGACIÓN

1.1.- REALIDAD PROBLEMÁTICA	14
1.2.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	15
1.3.- FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	17
1.4.- JUSTIFICACION E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO	18
1.5.- OBJETIVOS	18
1.5.1.- Objetivos Generales	18
1.5.2.- Objetivos Específicos	18
1.6.- HIPOTESIS	19
1.7.- VARIABLES	19
1.7.1.- Variable Independiente	19
1.7.2.- Variable Dependiente	20
1.8.- MÉTODOLOGÍA	20
1.8.1.- Población y Muestra.	20
1.8.2.- Técnicas e instrumentos de recolección de datos	20

CAPITULO II

DELITO DE ROBO AGRAVADO

I.- DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO	22
1.1.- ASPECTOS PRELIMINARES	22
1.2.- CONCEPCIÓN JURÍDICA DE PATRIMONIO.	23

1.3.- CONCEPCIÓN ECONÓMICA DE PATRIMONIO.	23
1.4.- CONCEPCIÓN PATRIMONIAL PERSONAL.	24
1.5.- POSICIÓN «MIXTA» DE PATRIMONIO.....	24
1.6.- CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO.....	26
2.- EL ROBO AGRAVADO EN EL PERU.	27
2.1.- LA GENESIS DE LA VIOLENCIA COMO ELEMENTO DEL DELITO ROBO AGRAVADO EN EL PERU.....	27
2.2.- DELINCUENCIA ORGANIZADA Y DELINCUENCIA COMÚN PRODUCTO DE LA VIOLENCIA.	28
2.3.- TRASCENDENCIA DE LAS ÚLTIMAS MODIFICACIONES DEL DELITO DE ROBO AGRAVADO.:.....	29
2.4.- FUNDAMENTO DE INCRIMINACIÓN, BIEN JURÍDICO	37
2.5.- Examen de los Agravantes	40
a.- Robo en casa habitada.....	40
b.- Robo durante la noche.	42
c.- Robo en lugar desolado.....	43
d.- Robo a mano armada.	44
f. Robo con el concurso de dos o más personas	51
g.- Robo en cualquier medio de locomoción de transporte público o privado de pasajeros o de carga.....	54
h.- Robo fingiendo el agente ser autoridad	56
i.- Robo fingiendo el agente ser servidor público	57
j.- Robo fingiendo el agente ser trabajador del sector privado.	57
K.- Robo mostrando el agente mandamiento falso de autoridad.....	58
l.- Robo en agravio de menores de edad.	59
m.- Robo en agravio de ancianos.....	60
n.- Robo con lesiones leves en la integridad física o mental de la víctima.	60
o.- Robo con abuso de la incapacidad física o mental de la víctima.	64

p.- Robo mediante el empleo de drogas y/o insumos químicos o fármacos contra la víctima.	65
q.- Robo colocando a la víctima o a su familia en grave situación económica.	67
r.- Robo de bienes de valor científico o que integran el patrimonio cultural de la Nación.	67
s.- Robo por un integrante de organización delictiva o banda.	70
t.- Robo con lesiones graves a la integridad física o mental de la víctima.	73
u.- Robo con subsiguiente muerte de la víctima.	75
2.5.1.-Penalidad	82

CAPITULO II

ARMA APARENTE O SIMULADA

3.1.- CONCEPTO DE ARMA.	84
3.2.- EL CRITERIO JURISPRUDENCIAL	88
3.3.-CONFIGURACIÓN DE EL USO DE ARMAS APARENTES EN LA CONDUCTA TÍPICA PREVISTA EN EL ART. 189 INC.3 DEL CÓDIGO PENAL.	89
3.3.1.-el estado actual en la jurisprudencia.	90
3.3.2.- La discrepancia en la doctrina:	92

CAPITULO IV

EL ROBO AGRAVADO EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

4.1.- EN JURISPRUDENCIA ARGENTINA	97
4.2.- EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA.....	97

CAPITULO V

PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y LESIVIDAD EN EL DERECHO PENAL PERUANO

5.1- PRINCIPIO DE LEGALIDAD.....	99
5.1.1.- Antecedentes históricos.....	99
5.1.2.- Ámbito conceptual	100
5.1.3. Fundamentos del principio de legalidad	102
5.1.4.- Principio de legalidad y la facultad legislativa.	105

5.1.5.- El tribunal constitucional y el principio de legalidad penal.....	106
5.2.-PRINCIPIO DE LESIVIDAD.	109
5.2.1.- Contenido.....	109
5.2.2.-Delitos de peligro.	112
5.2.3.- Análisis de tipos penales que constituyen delitos de peligro.....	114
5.2.4.- El agente pone en peligro la seguridad nacional.	114
5.2.5.- Análisis de tipos penales que constituyen delitos de peligro.....	116
CAPITULO VI	
JURISPRUDENCIA	
6.1.- ACUERDO PLENARIO N° 5-2015/CIJ-116	117
ASUNTO: EL CONCEPTO DE ARMA COMO COMPONENTE DE LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE “A MANO ARMADA” EN EL DELITO DE ROBO.	117
ACUERDO PLENARIO	117
I. ANTECEDENTES.	117
II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.....	119
III. DECISIÓN	131
ACORDARON:	131
6.2.- ANALISIS DEL ACUERDO PLENARIO.....	132
CONCLUSIONES	135
RECOMENDACIONES	137
BIBLIOGRAFÍA.....	138
ANEXOS.-	142

INTRODUCCIÓN

El delito contra el Patrimonio en su modalidad de Robo se encuentra previsto y sancionado en el artículo 188° del Código Penal en los siguientes términos:

“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”.

Este delito presenta entre sus agravantes la contenida en el inciso 3) del artículo 189° del Código Penal, el mismo que prevé : la pena no será no será menor de doce ni mayor de veinte años si el robo es cometido: 3.- A mano armada..(...).

Existen tres ejecutorias suficientes para graficar la posición de la jurisprudencia nacional:

1) La Ejecutoria del 10 de marzo de 1998, recaída en el **Exp. N° 5824-97-Huánuco** la Corte Suprema expresó que: «tomando en consideración que un arma es todo instrumento real o aparente que incrementa la capacidad de agresión del agente y reduce la capacidad de resistencia de la víctima, de ninguna manera puede considerarse como circunstancia de robo simple el hecho de haber los encausados usando armas aparentemente inocuas (revólver con fogueo y un madero) ya que resultaron suficientes para atemorizar a los agraviados contra los que ejercieron violencia»¹.

2) La ejecutoria suprema del 20 de abril de 1998, recaía en el **Exp. N°4555-97-Cono Norte**, afirma que: «si bien conforme al dictamen pericial de balística forense el arma tiene la calidad de revólver de fogueo, ello no exime, en el caso de autos, a los agentes de su conducta delictiva dentro de los alcances de la agravante del robo

¹ Exp. N° 5824-97-Huánuco, en ROJAS VARGAS, Jurisprudencia Penal comentada, Lima: Gaceta Jurídica, 1999, p. 400.

a mano armada, toda vez que en la circunstancia concreta el uso del mismo produjo un efecto intimidante sobre las víctimas al punto de vulnerar su libre voluntad, despertando en estas un sentimiento de miedo, desasosiego e indefensión²».

3) Finalmente en el **Exp. N°2179-98-Lima** recae la Ejecutoria Suprema del 10 de julio de 1998 se sostiene que: «el concepto de arma no necesariamente alude al arma en su poder, sino que dentro de dicho concepto debe comprenderse a aquel instrumento capaz de ejercer efecto intimidante sobre la víctima, al punto de vulnerar su libre voluntad, despertando en esta un sentimiento de miedo, desasosiego e indefensión, bajo cuyo influjo hace entrega de sus pertenencias a sus atacantes³»

Al respecto de esta agravante, la Corte Suprema ha emitido la Ejecutoria Suprema recaída en el **R. N 26276-2012 Junín** establece que “no concurre la circunstancia de ataque a mano armada, prevista en el numeral 3) del artículo 189º del Código Penal, porque las “armas” utilizadas eran de juguete – ese es el factum de la acusación-. Es de precisar que el fundamento de la agravación se encuentra en el peligro que para la vida, la integridad o la salud del sujeto pasivo o de los terceros supone la utilización de tales objetos o medios. No pueden considerarse tales las “armas” simuladas o inservibles, porque, con independencia de su mayor o menor parecido con las reales, no pueden desencadenar nunca el peligro efectivo de lesión que la fundamenta”.

Posteriormente la Corte Suprema cambia de criterio y uniformiza sus lineamientos en el **Acuerdo Plenario N° 05- 2015/ CIJ-116** en el cual se decanta por la posición que el arma aparente, simulada, inoperativa queda encuadrada dentro de la agravante a mano armada, utilizando como punto de partida que la acción de robar con arma de juguete es una acción alevosa sirviendo para doblegar la voluntad de la víctima la que desconoce si el arma es de juguete, el sujeto activo actúa con

² Exp. N°4555-97-Cono Norte, en ROJAS VARGAS, Jurisprudencia Penal comentada, Lima: Gaceta Jurídica, 1999, p. 402.

³ Exp. N°2179-98-Lima, en ROJAS VARGAS, Jurisprudencia Penal comentada, Lima: Gaceta Jurídica, 1999, p. 196.

intimidación hacia la víctima consumándose así el delito por lo tanto el uso de arma juguetes debe sancionarse con una pena privativa de libertad de 12 a 20 años.

En la segunda postura, un sector de la doctrina nacional sostiene lo contrario. Así, afirma que el uso de arma aparente en la sustracción no configura el delito de robo agravado a mano armada, debido que el empleo de un arma aparente demuestra falta de peligrosidad en el agente, quien en ningún momento ha querido causar daño grave a la víctima. Ahora bien la mera simulación no es suficiente para delinear la agravación, pues el arma aparente no aumenta la potencialidad agresiva del agente.

CAPITULO I

MARCO DE INVESTIGACIÓN

1.1.- REALIDAD PROBLEMÁTICA

A nivel nacional urbano, se observa que por cada 100 personas de 15 y más años de edad son víctimas de robo de dinero, carteras, celulares, mientras que en la población que vive en ciudades de 20 mil a más habitantes, 16 por cada 100 habitantes son víctimas del mismo hecho delictivo, y en la población que vive en centros poblados urbanos entre 2 mil y menos de 20 mil habitantes, 9 por cada 100 habitantes son víctimas del mismo hecho. De otro lado, se observa que el intento de robo de dinero, carteras, celulares, es el segundo hecho delictivo que más afecta a la población del área urbana.

Cómo podemos ver, la realidad delictiva que atraviesa el país es un tema cotidiano al que el Estado no ha podido hacerle frente, aún con mecanismos legislativos como la Ley N° 27933, “Ley que crea el Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana”, Ley 30077, Ley Contra el Crimen Organizado, entre otras.

El delito de robo es uno de los delitos más frecuentes en nuestro país, y afecta a todos los ciudadanos por igual, no diferencia estratos sociales. El delito de robo es considerado como un delito pluriofensivo puesto que resulta como bien jurídico protegido no sólo el patrimonio sino también la vida, la integridad física (en el caso que medie violencia) y hasta la libertad individual de las personas (en el caso que medie amenaza), en donde el sujeto activo desarrolla una acción de apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble (dinero, etc.) total o parcialmente ajeno, por medio de la violencia o amenaza a la persona. Así mismo, se tiene que en el caso de robo agravado a mano armada, no sólo se comete utilizando armas de fuego reales, también se utilizan armas aparentes, armas impropias o de juguete, etc.

En la actual situación de inseguridad ciudadana se aprecia que los robos que ocurren con mayor frecuencia se realizan tanto con armas reales y simuladas. No obstante, la cifra concreta de delitos en los que se utilizan armas aparentes y armas de fuego inoperativas u otro tipo de objeto, réplicas, de utilería o simuladas, se incrementa cada vez más por lo que motivó que la judicatura penal de la Corte Suprema se pronuncie, determinando finalmente la connotación de aquel elemento agravatorio en su dimensión cabal, para aplicarse como decisión vinculante, según refieren para no generar más paradojas ni impunidad”), y finalmente consideraron y establecieron como doctrina legal la posición que las armas aparentes (juguete) o simuladas (fogueo) si forman parte de la agravante “mano armada” en el delito de Robo Agravado.

En ese sentido como es de verse, aquellas personas que en la actualidad utilicen armas aparentes o simuladas al cometer un Robo, deberán ser sancionados con una pena privativa de libertad no menor a doce (12) años ni mayor a veinte (20) años, al igual que el que utilice una arma verdadera con la cual sí se pone en peligro la vida e integridad física de la víctima, posición que la considero justa, toda vez que el uso de un arma real o aparente se realiza con el objetivo de anular la capacidad de resistencia de la víctima, la misma que no diferencia la clase de instrumento y así de esa manera se facilita el robo.

Así mismo es menester señalar que a la actualidad muchos juristas y especialistas del derecho Penal y Procesal Penal se han pronunciado al tema en cuestión, entre ellos algunos comparten la posición que se adoptada por la Corte Suprema en el acuerdo plenario antes mencionado y otros tienen otro punto de vista e interpretaciones diferentes.

1.2.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

Las armas aparentes, las armas de utilería, los juguetes con forma de arma, las réplicas de arma o cualquier elemento que por su similitud con un arma (...), al no ser sencillamente distinguible de las auténticas, produce los mismos efectos disuasivos de autodefensa activa en la víctima, ante la alevosía con que obra el agente delictivo”.

Las armas aparentes o impropias constituyen o son tomadas en cuenta para que se configure la agravante descrita en el numeral 3 del artículo 189° del Código Penal.

En el Acuerdo Plenario5-2015/CIJ-116, los magistrados, en el punto 9°, establecen que la amenaza a la cual se refiere el artículo 188° de Código Penal debe importar un peligro real e inminente para la integridad corporal o vida de las personas, por lo que se entiende de lo expuesto por la Corte Suprema, que aquellas amenazas realizadas con medios inidóneos para poder en situación de peligro real e inminente a la vida humana e integridad corporal, no serán típicas del delito de robo; siendo así, entonces en el delito de robo con la agravante “a mano armada”, debería suceder lo mismo, es decir, el arma que se utilice deberá ser idónea para poner en peligro la vida o integridad corporal del sujeto activo.

El criterio asumido por la Corte Suprema que robar usando una “arma” de juguete es una acción alevosa, en el sentido que sirve para doblegar la voluntad de la víctima (esta no sabe si es de juguete); vale decir, dicha acción forma parte de la intimidación con que actúa el sujeto activo.

El Derecho penal contempla un principio básico denominado “lesividad”, por el cual las acciones que contienen relevancia penal deben poner en riesgo o lesionar bienes jurídicos. Si no se cuenta con este ingrediente, un comportamiento -por muy reprochable que parezca- sencillamente no tiene por qué ser valorado por la justicia penal.

Los riesgos jurídicamente relevantes tienen lugar en el disvalor de la acción (ex ante). Aquí se recurre a la figura del “observador objetivo”. Entre los requisitos que se necesitan para configurar una conducta como robo, hay dos momentos:

El primero es que la acción delictuosa doblegue la voluntad de la víctima. A mi juicio esto sí ocurre con el arma de aparente o simulada que es doblegar la voluntad de la víctima, toda vez que la víctima desconoce la inidoneidad del medio empleado, porque al usar dicho tipo de arma la intención del sujeto activo no es causar daño a la vida sino sólo atemorizarlo para facilitar el apoderamiento del bien.

El segundo momento, que la acción sea capaz de poner en riesgo o lesionar los bienes jurídicos vida e integridad física de la víctima. Esto no ocurre con el arma de juguete, puesto que por principio de lesividad del tipo base de robo (art. 188 del CP), requiere “*peligro inminente para su vida e integridad física*” de la víctima. En mi opinión, robar usando un arma aparente si bien no pone en peligro el bien jurídico vida e integridad física víctima, pero se logra la finalidad que tiene el sujeto activo con ésta que es atemorizar a su víctima, toda vez que ésta encuentra indefensa; en ese momento, no sabrá distinguir si el arma que utiliza el delincuente, es real o de juguete, porque sencillamente el “arma si real o simulada” **le produce los mismos efectos disuasivos a la víctima.**

La jurisprudencia nacional traducida en resoluciones de nuestro máximo Tribunal ha adoptado dicha posición, se toma en cuenta el estado anímico de la víctima al momento en que el agente actúa portando o haciendo uso del arma aparente, más no si el arma aumenta la potencial agresividad del agente hacía la víctima.

1.3.- FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿En qué medida los criterios establecidos en la jurisprudencia emitida por la Corte Suprema y la doctrina nacional, sobre el arma aparente o simulada como agravante del robo, contribuyen a la efectividad del proceso judicial por este delito?

1.4.- JUSTIFICACION E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO

La importancia de esta investigación se constituye a partir de la gran preponderancia que tiene la dignidad humana como eje de los derechos fundamentales, en cuanto que su vulneración o afectación por la privación de la libertad al imputado por medio de una resolución judicial sin mediar una correcta valoración probatoria sería reprochable, no sólo para los operadores de justicia sino también para todo el sistema judicial del país y la población en general.

Es por eso que esta investigación de tesis analizará las particularidades conceptuales, doctrinales y jurisprudenciales que tiene la utilización de un arma aparente o simulada por el sujeto activo para cometer un delito de robo.

1.5.- OBJETIVOS.

1.5.1.- Objetivos Generales

Determinar si los criterios establecidos en el Acuerdo Plenario N° 5-2015/CIJ-116, sobre uso de un arma aparente o simulada por el sujeto activo para cometer un robo, han sido analizados adecuadamente para ser considerado como un agravante “a mano armada”?

1.5.2.- Objetivos Específicos

- Analizar el arma aparente o simulada y su valoración dentro del proceso penal en el delito de robo agravado
- Analizar el tipo penal de robo agravado, así como el tratamiento que tiene la prueba en el derecho penal peruano.

- Definir los conceptos esbozados en el Acuerdo Plenario N° 5-2015/CIJ-116 sobre arma aparente o simulada para la aplicación del numeral 3 del art. 198.
- Describir el tratamiento que tiene el delito de robo agravado, arma aparente o simulada, la prueba en otras legislaciones del derecho comparado.

1.6.- HIPOTESIS

Que a la actualidad si se viene aplicando correctamente los criterios establecidos en el Acuerdo Plenario N° 5-2015/CIJ-116, que es considerar que el uso de las armas aparentes o simuladas por el sujeto activo para cometer un robo, como agravante “a mano armada” de éste delito, toda vez que las armas aparentes, las armas de utilería, los juguetes con forma de arma, las réplicas de arma o cualquier elemento que por su similitud con un arma, al no ser distinguibles de las auténticas por parte de la víctima, le produce los mismos efectos disuasivos de autodefensa, ante la amenaza con la que actúa el sujeto agente, es decir la víctima en esos instantes no puede determinar ni está obligada a verificar si el arma es verdadera o simulada, pues lo que busca el sujeto activo es asegurar la ejecución del robo e impedir la defensa del agraviado al ejercer el efecto intimidante al punto de vulnerar su libre voluntad.

1.7.- VARIABLES.

1.7.1.- Variable Independiente

- La utilización de un arma aparente o simulada por el sujeto activo en un delito de robo para intimidar a su víctima.

1.7.2.- Variable Dependiente

- La consideración de las armas aparentes o simuladas por la jurisprudencia nacional como una de las agravantes “a mano armada” en el delito de robo.

1.8.- MÉTODOLOGÍA

Se trata de una investigación causal - explicativa pues, está orientada a descubrir las variables tanto independientes y concurrentes como las variables dependientes del problema de investigación.

También es una investigación comparativa porque se pretende acudir al derecho comparado para verificar como está regulado el delito de robo agravado a mano armada en otras legislaciones.

1.8.1.- Población y Muestra.

Población.- Distrito Judicial de Lambayeque y San Martín.

Muestra.- Sentencias Judiciales

Jurisprudencia nacional.

Acuerdo Plenario N° 5-2015/CIJ-116

1.8.2.- Técnicas e instrumentos de recolección de datos

- Análisis de sentencias sobre robo agravado.
- Estudio de Revistas especializadas sobre estado de robo agravado.
- Sinopsis de Libros sobre robo agravado
- Análisis de la legislación comparada.
- Encuestas realizadas a magistrados del Distrito Judicial de Lambayeque y San Martín.

- Encuestas realizadas a especialistas en materia penal, específicamente sobre el delito de robo agravado a mano armada, sobre arma aparente o simulada como medio de prueba en el delito de robo agravado.

CAPITULO II

DELITO DE ROBO AGRAVADO

I.- DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO

1.1.- ASPECTOS PRELIMINARES.

(SALINAS SICCHA, 2006)

El Título V del Libro II del Código Penal se refiere a los delitos contra el patrimonio. En otros códigos penales, estos delitos se agrupan en un mismo capítulo bajo la rúbrica de “Delitos contra la propiedad”. Nuestro legislador, en el código penal actual, manteniendo la misma rúbrica de 1924, ha sido consciente de todas las dificultades que conlleva el empleo del término “Propiedad”, en la medida en que tal concepto no abarca todos los comportamientos típicos acogidos bajo el Título V, de ahí que en la actualidad, tanto en el ámbito penal como en el civil, se utilice en cuanto termino más apropiado el de “patrimonio”.

No obstante, el concepto de patrimonio tampoco presenta un contenido claro capaz de resolver todos los problemas que plantean estos delitos; es por esto que se han mantenido diferentes posiciones que tratan de esclarecer su significado. Sin embargo, no constituye objetivo de esta obra el realizar una exposición exhaustiva de las distintas tesis doctrinales mantenidas al respecto, puesto que nos saldríamos de los límites fijados para ésta. De ahí que se expliquen brevemente, y sin perjuicio posteriormente de tomar una posición sobre la que se considera más apropiada.

Fundamentalmente, son cuatro las tesis planteadas en torno al concepto de “patrimonio”.

1.2.- CONCEPCIÓN JURÍDICA DE PATRIMONIO.

Según esta teoría, sólo son derechos patrimoniales aquellos reconocidos como derechos patrimoniales subjetivos por el Derecho privado o público. En la actualidad, esta posición ha caído en desuso.

Entre las muchas críticas que se le objetan a esta posición, destaca aquélla que afirma la dificultad de definir qué se entiende por derechos patrimoniales subjetivos, puesto que este concepto, según el punto de vista desde el que se analice, puede ser amplio o restringido. Así, si se interpreta ampliamente, supondrá que la lesión de un derecho sin valor económico o mediando alguna contraprestación de valor económico puede considerarse como un daño patrimonial. Si se acoge desde un punto de vista restrictivo, se excluirán como posibles lesiones al patrimonio aquéllas que recaigan sobre bienes con un valor económico pero que no estén jurídicamente concretados en derechos subjetivos, lo cual origina evidentes lagunas de punibilidad.

1.3.- CONCEPCIÓN ECONÓMICA DE PATRIMONIO.

El patrimonio está constituido por la suma de valores económicos pertenecientes a una persona, sin importar que éstos gocen de reconocimiento jurídico.

En un primer análisis, pueden ya apreciarse los inconvenientes de esta posición: en un primer lugar, por su visión puramente objetiva, no da importancia a las circunstancias de cada caso individual, como por ejemplo las necesidades y fines que tiene el “bien” para la persona afectada por su lesión; en segundo lugar, por ser tan amplia, la concepción de patrimonio abarcaría incluso aquellos bienes poseídos antijurídicamente, lo cual contradice uno de los principios rectores del Derecho, esto es, el Derecho sólo protege aquellos bienes jurídicamente reconocidos por él.

1.4.- CONCEPCIÓN PATRIMONIAL PERSONAL.

Posición mantenida por Otto Harry. Según esta tesis, el concepto de patrimonio depende de la opinión del sujeto pasivo de la infracción. Para Otto Harro lo que se pretende es asegurar y posibilitar el desarrollo de la personalidad del individuo. El patrimonio es una garantía objetiva para el desarrollo subjetivo, destacando principalmente el valor de uso de las cosas sobre el valor económico.

En esta posición se concede una sobrevaloración al momento subjetivo de la infracción, lo cual puede llevar a soluciones injustas, puesto que no existe ningún parámetro objetivo de valoración.

1.5.- POSICIÓN «MIXTA» DE PATRIMONIO.

(FREYLE, 1997)

Es ésta la posición que actualmente asume la doctrina con carácter mayoritario. Desde esta concepción, el patrimonio está constituido por la suma de los valores económicos puesto a disposición de una persona, bajo la protección del ordenamiento jurídico.

Un aspecto digno de ser resaltado es el grado de reconocimiento jurídico requerido en los bienes de contenido económico para constituir el patrimonio. En base a esto, los bienes ilícitos forman también parte del concepto de patrimonio, dado que, al adquirirse un bien ilícito, éste pase a formar parte del patrimonio de su adquirente; esto, se daría una relación fáctica que entraña un valor económico, siempre y cuando no sea frente al propietario.

En conclusión, el bien jurídico protegido en este Título es el patrimonio, interpretado según una concepción mixta o jurídico-económica del patrimonio.

En el análisis y desarrollo de los diferentes tipos penales comprendidos dentro de los distintos delitos contra el patrimonio, puede observarse la frecuente utilización por parte del legislador penal de términos jurídicos, especialmente en el Derecho Civil. Esto ha suscitado la necesidad de optar entre mantener el mismo contenido que tales términos tiene en otras ramas, o concederles un significado propio a los efectos del Derecho Penal.

A este respecto, se han sostenido distintas posiciones, entre las que destacan:

1.- Concepción privatista dependiente del Derecho Penal o Teoría sancionatoria del Derecho Penal: Es la posición tradicional según la cual el Derecho Penal sería accesorio del Derecho Civil a la hora de definir y atribuir un significado a los términos jurídicos recogidos en la descripción legal de los diferentes tipos penales, cuando éstos procedan de esta rama del ordenamiento jurídico.

Admitir esta posición implicaría afirmar que existe una convergencia de conceptos, hecho que no concuerda con la realidad. Por otro lado, no toma en consideración las exigencias particulares del Derecho Penal.

2.- Concepción autonomista pura o teoría autónoma del Derecho Penal: Se parte del carácter constitutivo y no meramente sancionador del Derecho Penal, considerando que los conceptos utilizados por el Derecho Penal poseen una significación y contenidos propios e independientes de otros sectores del Derecho.

El punto de partida de esta tesis es el hecho de la existencia de una divergencia terminológica, en donde, posiblemente, haya también una plena concordancia; sin embargo, no puede rechazarse a priori que los conceptos elaborados en otras ramas del Derecho carezcan de validez en el Derecho Penal.

3.- Concepción de la interposición teleológica: Actualmente se defiende una tercera corriente que busca el significado de los términos empleados por el Derecho Penal en base a una interpretación fundamentalmente teleológica de los concretos tipos penales. Se afirma que es un problema de interpretación que debe resolverse en cada caso particular. Se parte, por consiguiente, de la aceptación de los conceptos elaborados en otras ramas del ordenamiento jurídico; pero éstos han de ser examinados a la luz de las normas jurídico-penales a fin de verificar si ese significado se adapta o no a los fines perseguidos por el Derecho Penal. De esta manera, no se transgreden áreas de otras ramas del ordenamiento jurídico, evitando las confusiones terminológicas que dificultan las soluciones de problemas jurídicos.

1.6.- CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO.

Según la doctrina, los delitos patrimoniales pueden clasificarse en función de dos criterios:

a).-Según se obtenga un determinado enriquecimiento, se distinguen en:

1. Delitos de enriquecimiento: Son aquellos en que el sujeto activo busca una determinada ventaja patrimonial –hurto, estafa, apropiación ilícita–, pudiendo llevar a cabo la obtención de tal ventaja a través de diferentes modalidades que, fundamentalmente, son de apoderamiento (hurto, robo) o de defraudación, donde se pone el acento en una determinada relación entre sujeto activo y pasivo (engaño, confianza, etc.). Lo distintivo es el ánimo de lucro indefinido con el enriquecimiento, aunque haya casos en los que ese enriquecimiento no se obtiene de manera efectiva, como por ejemplo si el sujeto se apodera de un ganado enfermo que, además de morirse, destruye su propio ganado.

2. Delitos sin enriquecimiento: Son aquellos en el que el sujeto activo sólo persigue un perjuicio del sujeto pasivo -daños. En esta clasificación se parte de la consideración económica del patrimonio, que es la más sencilla desde un punto de vista sistemático.

b).- Según el objeto material sobre el que recae el comportamiento típico, pueden clasificarse en:

1. Delitos que recaen solo sobre bienes muebles: Hurto, robo, apropiación ilícita, receptación.
2. Delitos que recaen solo sobre bienes inmuebles: Usurpación.
3. Delitos que recaen sobre bienes muebles e inmuebles: Estafa, extorsión, daños.

2.- EL ROBO AGRAVADO EN EL PERU.

2.1.- LA GENESIS DE LA VIOLENCIA COMO ELEMENTO DEL DELITO ROBO AGRAVADO EN EL PERU.

La inseguridad ciudadana es un fenómeno social de carácter estructural que históricamente se ha expresado a través del tiempo; y, que actualmente tiene especiales connotaciones dada su extrema violencia.

El Perú no se escapa a esta realidad que debe ser comprendida y entendida no sólo como un problema policial y judicial, sino sobre todo, como un hecho de tipo económico social y cultural, lo que conlleva a la comisión de delitos como el robo agravado, que necesariamente se configura con el uso de violencia, la cual no es aceptable en nuestra sociedad.

La violencia social, es pues "un producto histórico, no surge de un día para otro. Una sociedad se va haciendo progresivamente violenta cuando en el proceso de su formación, los elementos que la componen no logran integrarse armónicamente; cuando las relaciones étnicas, económicas, de clase, de espacios regionales y de estructuración del Estado y la Nación, no fluyen de

manera continua... En el proceso histórico de conformación del Perú, las relaciones sociales han sido profundamente asimétricas, injustas y con tendencia a la dominación y explotación de unos sectores sobre otros, donde la violencia ha sido el punto focal de estas relaciones, desde el incanato, la conquista, la colonia y el periodo republicano hasta nuestros días.

Actualmente, la ciudad, se ha convertido en el punto focal donde se potencia y diversifica la violencia. La masificación urbana por las continuas migraciones poblacionales viene creando desde hace años problemas de salubridad, vivienda y seguridad. La pobreza y el desempleo exacerban comportamientos violentos que afectan el orden público y la seguridad ciudadana.

2.2.- DELINCUENCIA ORGANIZADA Y DELINCUENCIA COMÚN PRODUCTO DE LA VIOLENCIA.

La criminalidad y la delincuencia en el Perú constituyen en la actualidad un problema político social de primer orden, que exige la necesidad de desarrollar medidas concretas para disminuir la violencia en el país; y, cuyos efectos los padece transversalmente toda la población.

Esta violencia, como todo problema de orden estructural, obedece a muchos factores causales de índole socioeconómico y cultural, donde la familia, la escuela, la comunidad y los medios de comunicación constituyen espacios de socialización muy importantes; sin embargo, éstos históricamente no han articulado una clara orientación de sus objetivos, contribuyendo a una débil formación ciudadana.

En las principales ciudades del país, la delincuencia organizada y la delincuencia común no están, todavía, como en otros países y otras grandes urbes, entrelazados formando redes y sistemas de grandes bandas delincuenciales hasta delincuentes primarios que cometen pequeñas raterías. En este tipo de organizaciones delictivas el "jefe de la mafia" tiene poder económico y social, convirtiéndose, en determinados casos, en una especie

de "benefactor" de su barrio, sector o comunidad local, con la subsecuente dificultad de la Policía para desarrollar relaciones positivas con sus vecinos y luchar juntos contra la violencia urbana.

La delincuencia organizada en nuestro país sigue sus propios parámetros. No tiene mayor contacto con la delincuencia común. Por ejemplo, en cuanto al narcotráfico, las grandes bandas delincuenciales llamadas "firmas" se dedican a remitir al exterior pasta básica o clorhidrato para los denominados "carteles". Para el consumo interno venden en pequeñas cantidades a comerciantes de la droga, que a su vez la distribuyen a micro comercializadores en las ciudades. En esta cadena de compra y venta, no existen todavía en nuestro país redes ni sistemas organizados entre delincuentes comunes y bandas organizadas.

La delincuencia organizada por lo general actúa en bandas, cuenta con armamento de guerra, con una logística bien estructurada (grupos de apoyo, autos, chalecos antibalas, etc.), planifica sus actos delictivos (reglajes, obtienen información antes de cometer el delito). La delincuencia común, en cambio, es más informal y menos sofisticada. Sus víctimas son en su mayoría cualquier transeúnte o vecino sin distinción de estrato social y/o económico, con la finalidad de arrebatarle lo que tiene a la mano o ingresar a un domicilio por sorpresa.

Está demostrado que los hechos que más repercuten en las condiciones psicosociales de la población son las acciones de la delincuencia común, porque afecta directa y cotidianamente a los ciudadanos, materializada en robos menores y faltas: asaltos en la vía pública, pandillaje, robo de vehículos y de accesorios, micro comercialización y consumo de drogas, proxenetismo, violencia familiar, violaciones sexuales, etcétera y cuya incidencia es progresivamente más frecuente y afecta a todos los estratos sociales por igual.

2.3.- TRASCENDENCIA DE LAS ÚLTIMAS MODIFICACIONES DEL DELITO DE ROBO AGRAVADO.:

CÓDIGO PENAL (2018)

"Artículo 189.- La pena será no menor de cinco ni mayor de quince años si el robo es cometido:

1. En casa habitada.
2. Durante la noche o en lugar desolado.
3. A mano armada.
4. Con el concurso de dos o más personas.
5. En vehículo de transporte público de pasajeros que esté prestando servicio.
6. Fingiendo ser agente de policía, autoridad o servidor público o mostrando orden o mandamiento falso de autoridad.

Si la violencia o amenaza fuesen insignificantes, la pena podrá ser disminuida en un tercio.

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

1. Con crueldad.
2. Con empleo de armamentos, materiales o artefactos explosivos.
3. Con abuso de la incapacidad física o mental de la víctima o mediante el empleo de drogas contra la víctima.
4. Por un agente que actúa en calidad de integrante de una organización destinada a perpetrar estos delitos.
5. Colocando a la víctima o a su familia en grave situación económica.

Sobre bienes de valor científico o que integren el patrimonio cultural de la Nación.

La pena será no menor de quince ni mayor de veinticinco años cuando el agente actúa en calidad de jefe, cabecilla o dirigente de una organización destinada a perpetrar estos delitos.

En los casos de concurso con delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, la pena se aplica sin perjuicio de otra más grave que pudiera corresponder en cada caso." (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 26630, publicada el 21 junio 1996, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 189.- La pena será no menor de diez, ni mayor de veinte años, si el robo es cometido:

1. En casa habitada.
2. Durante la noche o en lugar desolado.
3. A mano armada.
4. Con el concurso de dos o más personas.
5. En vehículo de transporte público de pasajeros que esté prestando servicio.
6. Fingiéndose ser agente de policía, autoridad o servidor público o mostrando orden o mandamiento falso de autoridad.

Si la violencia o amenaza fuesen insignificantes, la pena podrá ser disminuida en un tercio.

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

1. Con abuso de la incapacidad física o mental de la víctima o mediante el empleo de drogas contra la víctima.
2. Colocando a la víctima o a su familia en grave situación económica.
3. Sobre bienes de valor científico o que integren el patrimonio cultural de la nación.
4. Por un agente que haya sido sentenciado por terrorismo.

La pena será de cadena perpetua cuando el agente actúa en calidad de integrante de una organización destinada a perpetrar estos delitos o con empleo de armamentos, materiales o artefactos explosivos o con crueldad." (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 896, publicado el 24 mayo 1998, expedido con arreglo a la Ley N° 26950, que otorga al Poder Ejecutivo facultades para legislar en materia de seguridad ciudadana, cuyo texto es el siguiente:

"Robo Agravado

Artículo 189.- La pena será no menor de quince ni mayor de veinticinco años, si el robo es cometido:

1. En casa habitada.
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.
6. Fingiéndose ser autoridad o servidor público o trabajador del sector privado o mostrando mandamiento falso de autoridad.
7. En agravio de menores de edad o ancianos.
8. Cuando se cause lesiones a la integridad física o mental de la víctima.
9. Con abuso de la incapacidad física o mental de la víctima o mediante el empleo de drogas y/o insumos químicos o fármacos contra la víctima.
10. Colocando a la víctima o a su familia en grave situación económica.
11. 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 delictiva o banda, 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." (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 27472, publicada el 05 junio 2001, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 189.- Robo agravado

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

1. En casa habitada.
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.
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 o ancianos.

La pena será no menor de veinte ni mayor de veinticinco 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 y/o 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 delictiva o banda, 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." (*)

(*) De conformidad con el Artículo 2 de la Ley N° 28982, publicada el 03 marzo 2007, se modifica inciso 5 del primer párrafo del presente Artículo, quedando redactado en su integridad en los siguientes términos:

"Artículo 189.- Robo agravado

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

1. En casa habitada.
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 o ancianos.

La pena será no menor de veinte ni mayor de veinticinco 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 y/o 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 delictiva o banda, 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." (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 29407, publicada el 18 septiembre 2009, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 189.- Robo agravado

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

1. En casa habitada.
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, discapacitados, mujeres en estado de gravidez o ancianos.
8. Sobre vehículo automotor.

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 delictiva o banda, 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.” (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 30076, publicada el 19 agosto 2013, cuyo texto es el 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 en calidad de integrante de una organización criminal, como consecuencia del hecho, produce la muerte de la víctima o le causa lesiones graves a su integridad física o mental."

(*)

(*) Extremo modificado por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 30077, publicada el 20 agosto 2013, la misma que entró en vigencia el 1 de julio de 2014, cuyo texto es el siguiente:

"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."

(*) De conformidad con el Acápito vi del Literal b) del Artículo 11 del Decreto Legislativo N° 1264, publicado el 11 diciembre 2016, se dispone que no podrán acogerse al Régimen temporal y sustitutorio del impuesto a la renta, los delitos previstos en el presente artículo; disposición que entró en vigencia a partir del 1 de enero de 2017.

CONCORDANCIAS: Ley N° 30077, Arts. 3 (Delitos comprendidos) y 24 (Prohibición de beneficios penitenciarios)

2.4.- FUNDAMENTO DE INCRIMINACIÓN, BIEN JURÍDICO

(BRAMONT ARIAS, 1990)

Como se puso en relieve el Robo es un delito que atenta contra el patrimonio, concretamente los derechos reales amparados en el ordenamiento jurídico, cuya sustantividad radica en la forma o, mejor dicho los medios que emplea el agente para apoderarse del bien mueble, esto es la violencia y/o la amenaza de peligro inminente para la vida e integridad física del sujeto pasivo de la acción típica. Lo que revela un mayor contenido del injusto típico, dando lugar a una reacción punitiva en puridad más severa.

Sin embargo, al igual que el caso del delito de Homicidio, muy por lo general será difícil advertir que el Robo se configura de una forma simple y convencional, pues la praxis judicial demuestra que en la mayoría de los casos este delito viene acompañado por ciertos añadidos que hacen injusto una conducta de mayor reproche, en vista de su manifiesta peligrosidad, agregados y/o elementos que le otorgan un plus de antijuridicidad penal, tanto por la forma de su comisión, las circunstancias que rodean el hecho punible, la calidad del autor, la mayor vulnerabilidad de la víctima, así como sus efectos perjudiciales; factores concurrentes y/o concomitantes, que han servido al legislador para construir normativamente la figura del «Robo Agravado».

Agregados circunstanciales que inciden, como es lógico, en la intensidad de la respuesta penal, que es significativamente mayor que en el caso de Robo Simple, lo que indicará en una defensa más audaz del imputado para negar la circunstancia agravante. Es de verse pues, que las penas por este delito pueden oscilar entre los diez años como mínimo, hasta el extremo de que el agente puede ser sancionado con pena de cadena perpetua, cuando se da la hipótesis contenida en el último párrafo del articulado. Pena incorporada por el D. L. N° 896, ratificada por la Ley N° 27472 de junio de 2001.

No nos oponemos de ninguna forma, de que delitos tan graves como el robo agravado sea reprimido con penas en puridad severas, pero lo peligroso, es cuando la modulación sancionadora desborda los principios legitimantes del Derecho Penal, v. gr., de proporcionalidad, de culpabilidad, de humanidad de las penas, sobre todo el fin preventivo-especial (positivo) de la pena que ha de resguardarse siempre, de común idea con lo dispuesto en el inc. 22 del art. 139° de la Ley Fundamental. Resultando ahora, que en merito a la postura neo-criminalizadora del legislador, los delitos de Homicidio son sancionados con una pena atenuada con respecto a este delito, lo que a nuestro parecer nos parece irrazonable, desde los fundamentos de una Estado Social y Democrático de Derecho.

Por otro lado, cabe señalar, de acuerdo a lo sostenido en el caso del Hurto Agravado, que la técnica excesivamente casuística que hace gala el legislador en el art. 189º, importa una contravención al principio de legalidad, pues en vez de hacer más precisos los supuestos de hecho, su excesiva proliferación de hipótesis, propicia lagunas, oscuridades y ambigüedades, que ha de repercutir en el juicio de subsunción jurídico-penal, lesivo al principio de seguridad jurídica. El recurrir al sistema casuístico es insuficiente, ya que se puede dejar de lado conductas merecedoras de una sanción penal a título de robo calificado, por no encontrarse específicamente señalados en el catálogo de agravantes; lo que resulta a todas luces injusto, porque materialmente es imposible formular un tipo que prevea todas las circunstancias.

En lo que respecta al bien jurídico que ha de ser tutelado por el art. 189º, ha de convenirse que de igual forma que el Robo Simple, lo constituye la propiedad y posesión, como derechos reales que vinculan jurídicamente a su titular con el bien mueble –que es objeto de apoderamiento por parte del agente-, pero además debe agregarse que otros bienes jurídicos resultan también tutelados, como la vida, el cuerpo, la salud y la libertad personal del sujeto pasivo de la acción típica. Dígase que la forma más intensa que en el caso del art. 188º, siendo que incluso la muerte de la víctima es consumida por este articulado, según lo expuesto en su último párrafo.

Según lo antes expuesto, no cabe más que ratificar nuestra postura adoptada en el articulado anterior, que el Robo Agravado es un delito pluriofensivo; al atacar una diversidad de bienes jurídicos. Punto de la cuestión que incide también en la determinación del círculo de sujetos pasivos; pues si la acción típica (violencia y/o amenaza), recae sobre una persona distinta al titular del bien (propietario poseedor), será calificado como el «sujeto pasivo de la acción» y el titular afectado en su patrimonio «sujeto pasivo del delito» lo que no obsta a que una sola persona pueden conjugarse ambas calidades

dogmáticas; pero lo que debe quedar claro, es que la acción típica siempre ha de recaer sobre la persona que cuenta con la tenencia, custodia y/o posesión del bien, pues si esta recala sobre la persona del propietario no poseedor, a fin de que se le entregue al agente una ventaja patrimonial, el hecho será constitutivo de un delito de Extorsión y no de Robo Agravado.

2.5.- Examen de los Agravantes

Antes de abordar la temática en cuestión, cabe precisar que solo serán de análisis aquellas circunstancias cualificantes que no se encuentran comprendidas en el marco normativo del art. 186º (hurto agravado), pues resulta, a nuestra opinión, inoficioso reiterar los argumentos esgrimidos en acápites anteriores, por lo que el lector, solo deberá remitirse a la sección correspondiente, en cuanto a las agravantes no incluidas en el presente texto.

Ahora corresponde analizar cada una de las circunstancias que agravan la figura del robo y por tanto, el autor merece mayor sanción punitiva:

a.- Robo en casa habitada

La primera agravante de la figura delictiva de robo se verifica cuando aquel se efectúa o realiza en casa habitada. La acción realizada por el agente afecta diversos bienes jurídicos protegidos por el Estado por considerarlos fundamentales para una armoniosa convivencia social, como son afectación al patrimonio, inviolabilidad del domicilio y eventualmente afectación a la vida, la integridad física, la libertad sexual, el honor, etc. de los moradores de la casa. Se afecta también de modo abrupto la intimidad entendida como el derecho que le asiste a toda persona de tener un espacio de su existencia para el recogimiento, la soledad, la quietud, evitando interferencias de terceros, permitiendo de ese modo un desarrollo libre y autónomo de su personalidad.

(BRAMONT, 1997)

Haciendo hermenéutica jurídica de esta agravante se discute en doctrina si a la frase “casa habitada” debe dársele una acepción restringida, limitándola sólo al lugar donde moran una o más personas o amplia, entendida como todo espacio físico que cumpla el papel de servir de vivienda o habitación y donde una o varias personas viven habitual o circunstancialmente.

De ambas concepciones, la segunda es la más atinada, pues si recurrimos al Diccionario de la Real Academia de la Lengua encontramos que por casa se entiende todo edificio para habitar; es decir, puede denominarse también residencia, domicilio, hogar, mansión, morada, vivienda o habitación. En tal sentido, toda vivienda permanente o temporal por precaria que sea su construcción configura la agravante a condición que no esté abandonada o deshabitada. La casa puede servir de domicilio permanente o eventual de sus moradores, lo importante a tener en cuenta es el hecho que se trata de una morada y que al tiempo de cometerse el robo servía de vivienda para la víctima sin importar claro está que al momento de realizarse el robo, la vivienda se encuentra sin sus moradores que habrían salido por ejemplo de visita aún familiar o a una fiesta. En consecuencia, quedan aludidas las casas de campo o verano en el tiempo que son utilizadas.

Desde el momento que se toma como referencia que el inmueble debe servir de morada o vivienda para la víctima, resultan excluidos de la agravante los edificios que sirvan para negocios, los colegios, las oficinas, los locales de instituciones públicas o privadas. En términos más gráficos y contundentes, un robo cometido en un colegio o en local de una Universidad no constituye agravante así éste se realice cuando estudiantes, profesores y trabajadores administrativos se encuentren en pleno ejercicio de sus labores.

b.- Robo durante la noche.

Constituye agravante el realizar o ejecutar el robo aprovechando la circunstancia de la noche, entendida como el lapso en el cual falta sobre el horizonte la claridad de la luz solar. Esto es importante tenerlo en cuenta puesto que así el horizonte esté iluminado por una hermosa luna llena o por efectos de luz artificial, la agravante igual se configura. El agente debe buscar la noche para realizar su accionar de sustracción ilegítima de bienes, pues sabe que la protección de los bienes muebles por parte de la víctima se ha relajado y que tendrá mayores posibilidades de consumar su hecho al sorprender a su víctima.

Es lugar común sostener que el fundamento político criminal de esta agravante radica en que la noche es un espacio de tiempo propicio para cometer el robo, al presuponer la concurrencia de los elementos: oscuridad, mínimo riesgo para el agente y facilidad mayor para el apoderamiento al relajarse las defensas por parte de la víctima y presuponer condiciones de mejor ocultamiento para el sujeto activo del delito y evitar de ese modo ser identificado por la víctima.

La frase “durante la noche” debe entenderse desde un criterio gramatical, esto es, en su sentido cronológico-astronómico; de ningún modo puede alegarse para el derecho penal peruano, que la agravante encuentra su explicación en un criterio teleológico funcional, es decir, buscando la finalidad político criminal de la norma penal. En consecuencia, creemos que no es posible hacer un híbrido entre el criterio gramatical y el teleológico para tratar de entender la agravante “durante la noche”, como lo sugiere el profesor(ROJAS VARGAS, 1997) al analizar esta agravante para el hurto, al sostener que durante la noche se constituye así en una agravante que debe ser considerada tanto en su acepción físico-gramatical de oscuridad o nocturnidad natural como en su perspectiva teleológica, buscando el fin implícito de tutela en la norma penal, para

descartar la agravante allí donde existió suficiente iluminación y/o posibilidades de defensa iguales a que si el hecho se hubiera cometido durante el día con luz solar.

Esta posición restringe en forma extrema los efectos de aplicación práctica de la agravante, pues en una calle donde haya suficiente iluminación artificial e incluso vigilancia particular no será posible cometer un robo agravado así el agente haya penetrado el inmueble y haciendo uso de la amenaza contra los moradores que súbitamente se despertaron, se apoderó de todo el dinero que había en la caja fuerte. Igual, no verificará esta agravante el hecho que el agente ingresa a una vivienda iluminada debido que los moradores se olvidaron de apagar la luz y sustrae los bienes después de dominar por la violencia a su víctima. Lo cual nos parece poco consistente, pues los supuestos evidentemente configuran agravante por haberse producido durante la noche.

La consumación o perfeccionamiento del robo tiene que hacerse durante la noche. Si en un caso concreto se llega a determinar que los actos preparatorios se hicieron en el día y la consumación se produjo en la noche se configura la agravante; mas no concurrirá agravante si llega a determinarse que los actos preparatorios se hicieron aprovechando la noche pero la sustracción violenta se produjo en el día.

c.- Robo en lugar desolado

Esta circunstancia agravante es nueva en nuestra legislación. En el Código Penal derogado de 1924, no aparece esta agravante. En cambio, el Código de 1863 utilizó la frase “robo en despoblado o en camino público” que tiene una connotación totalmente diferente a robo en lugar desolado. En efecto, mientras que robo en lugar despoblado significa que la acción se realiza en un lugar donde normalmente no hay población, el lugar es solitario; el robo en lugar desolado significa que la acción transcurre en un

lugar que normalmente o circunstancialmente se encuentra sin personas. Esto es, puede ser en un lugar despoblado como también puede ser en un lugar poblado pero que en forma circunstancial o eventual se encuentra sin pobladores.

En tal sentido (ROJAS VARGAS, 1997) enseña que lugar desolado será tanto el espacio físico sin población como el ámbito poblado que por factores diversos se halle sin gente: zonas industriales, calles extensas y solitarias, caminos, carreteras, zonas rurales alejadas de los pueblos o ciudades, estadios, plazas, teatros vacíos de gente, etc. El mensaje comunicativo del vocablo desolado posee así mayor riqueza significativa que la palabra despoblado, de allí entonces la mayor extensión de tipicidad objetiva que su inclusión en la circunstancia agravante del robo amerita. En cambio, (PEÑA CABRERA FREYRE, 2008) consideraba lo mismo robo en lugar despoblado que robo en lugar desolado.

En suma, la ubicación de la víctima en el espacio que le conlleva su desamparo, su desprotección, la ausencia de posibilidad de auxilio, la facilidad para la fuga y el ocultamiento, facilitan la realización del robo por parte del agente y naturalmente fundamentan la agravante en análisis.

d.- Robo a mano armada.

El robo a mano armada se configura cuando el agente porta o hace uso de un arma al momento de apoderarse ilegítimamente de un bien mueble de su víctima. Por arma se entiende todo instrumento físico que cumple en la realidad una función de ataque o defensa para el que la porta. En tal sentido, constituyen armas para efectos de la agravante: arma de fuego (revólver, pistolas, fusiles, carabinas, ametralladoras, etc.), arma blanca (cuchillo, verdugillo, desarmador, navajas, sables, serruchos, etc.) y *armas contundentes (martillos, combas, piedras, madera, fierro, etc.)*. Por ejemplo la Ejecutoria del 08 de mayo del dos mil tres, emitida por la Sala Penal Transitoria, da cuenta de un caso concreto en el cual el agente para lograr

su objetivo de sustraer los bienes del agraviado utilizó como arma un desarmador. En efecto, la citada Ejecutoria argumenta: “ Que durante la secuela del procesado el Colegiado ha evaluado y meritudo las pruebas actuadas estableciendo la responsabilidad penal de Rubén Sánchez Fuertes en la comisión del delito contra el Patrimonio Robo Agravado, quien en compañía de dos menores de edad interceptó a los agraviados Ruth Jacqueline Flores Aliano y Marco Antonio Cruzado Porras, despojándolos de sus pertenencias consistentes en un reloj de dama y una gorra de dril color azul, para cuyo fin el citado procesado utilizó un desarmador con el fin de intimidarlos, imputación que además es corroborada por los menores Gerardo Gozme Condori, José Luis Quijano Melgar y Alfredo Hinostroza de la Cruz, en presencia del representante del Ministerio Público y el mérito del acta de registro personal de fojas veintiuno, donde se aprecia que se le incautó el desarmador que utilizó para amenazar a los agraviados y lograr su fin, pruebas que han sido debidamente compulsadas por la Sala Superior’.(Exp. Nro. 2757)

La sola circunstancia de portar el arma por parte del agente a la vista de la víctima, al momento de cometer el robo, configura la agravante. Si en un caso concreto se verifica que el autor portaba el arma pero nunca lo vio su víctima, la sustracción-apoderamiento ocurrida no se encuadrará en la agravante en comentario. Para efectos de la hermenéutica de la agravante y aplicarlo a un hecho concreto, no resulta de utilidad diferenciar si realmente se hizo uso del arma o sólo se portó a vista del sujeto pasivo, pues al final en ambos supuestos el agente demuestra mayor peligrosidad y atemoriza a su víctima de tal forma que no pone resistencia a la sustracción de sus bienes. Tal disquisición sólo será importante para el juzgador al momento de graduar o individualizar la pena que impondrá al agente al final del proceso.

La discusión en la doctrina nacional se presenta cuando el agente hace uso

de armas aparentes tales como revólver de fogueo, una pistola de juguete o una cachiporra de plástico, etc. Para Bramont-Arias Torres y García Cantizano, el uso de armas aparentes en la sustracción configura el delito de robo, debido que el empleo de un arma aparente demuestra falta de peligrosidad en el agente, quien en ningún momento ha querido causar un daño grave a la víctima. Igual postura adopta Peña Cabrera, cuando alega que la mera simulación no es suficiente para delinear la agravación que comentamos, pues el arma aparente no aumenta la potencialidad agresiva del agente. En esa línea Villa Stein(VILLA STEIN J. , 1998)sostiene que “por arma no se entiende las simuladas o inservibles, por inidóneas”. En el mismo sentido Angeles-Frisancho-Rosas.

En cambio la jurisprudencia nacional traducida en resoluciones de nuestro máximo Tribunal ha adoptado posición totalmente distinta. No se toma en cuenta si el arma aumenta la potencial agresividad del agente sino por el contrario, se toma en cuenta el estado anímico de la víctima al momento en que el agente actúa portando o haciendo uso del arma aparente. Tres Ejecutorias Supremas son suficiente para graficar la posición de la jurisprudencia nacional: por Ejecutoria del 10 de marzo de 1998, la Corte Suprema expresó que “tomando en consideración que un arma es todo instrumento real o aparente que incrementa la capacidad de agresión del agente y reduce la capacidad de resistencia de la víctima, de ninguna manera puede considerarse como circunstancia de robo simple el hecho de haber los encausados usado armas aparentemente inocuas (revólver de fogueo y un madero) ya que resultaron suficientes para atemorizar a los agraviados, contra los que ejercieron violencia... ”.

La Ejecutoria Suprema del 20 de abril de 1998 afirma que “si bien conforme al dictamen pericial de balística forense el arma tiene la calidad de revólver de fogueo, ello no exime, en el caso de autos, a los agentes de su conducta delictiva dentro de los alcances de la agravante del robo a mano armada,

toda vez que en la circunstancia concreta el uso del mismo produjo un efecto intimidante sobre las víctimas al punto de vulnerar su libre voluntad, despertando en estas un sentimiento de miedo, desasosiego e indefensión’.

Finalmente, por Ejecutoria Suprema del 10 de julio de 1998 se sostiene que “el concepto arma no necesariamente alude al arma de fuego, sino que dentro de dicho concepto debe comprenderse a aquel instrumento capaz de ejercer efecto intimidante sobre la víctima, al punto de vulnerar su libre voluntad, despertando en ésta un sentimiento de miedo, desasosiego e indefensión, bajo cuyo influjo hace entrega de sus pertenencias a sus atacantes.

En tal sentido, la primera posición se basa en la eficacia del arma en su poder para producir un peligro real para la víctima; en tanto que la segunda postura se coloca en el plano de la víctima, valorando el poder intimidatorio que produce en la víctima.

Terciando en este debate doctrinario-jurisprudencial, el profesor,(ROJAS VARGAS, 1997)afirma que existe una posición racionalizadora que, sopesando el rigor de la fuerza argumentativa de tales tesis y sin subestimarlas o desecharlas, sostiene que si bien no se puede negar que un arma inutilizada o deteriorada no es apta para concretar su destino ofensivo, si la misma puede ser utilizada de otro modo con igual peligro real para la vida, integridad física o salud, estaremos ante el ámbito normativa de la agravante de robo a mano armada; de no ser así nos quedaremos en el dominio típico de la amenaza o intimidación propia del robo simple.

Por nuestra parte, asumimos totalmente la tercera postura denominada racionalizadora con acercamiento a la posición jurisprudencial. En efecto, la primera postura amparada en el no poder producir peligro real para la víctima el uso del arma aparente, pone énfasis en el arma de fuego que si

no es apta para su finalidad o destino normal obviamente no pone en peligro la vida o integridad física de la víctima; sin embargo, tal postura no toma en cuenta que muy bien aquella arma aparente (revolver de fogueo, pistola de juguete, etc.) puede ser utilizado como arma contundente y fácilmente poner en peligro la integridad física de la víctima.

La segunda postura al tomar en cuenta solamente el poder intimidante que produce en la víctima el uso del arma aparente, también obvia que el arma aparente puede causar real peligro para la integridad física de la víctima. Para esta postura si el uso del arma aparente no causó efecto intimidatorio en la víctima y en su caso opuso resistencia, la agravante no concurre. Sin embargo, el uso de arma aparente pone muy bien en peligro real la integridad física del sujeto pasivo.

En suma, el uso de arma aparente se subsume en la agravante en análisis hasta por tres argumentos:

PRIMERO, aceptando que arma es todo instrumento que cumple una función de ataque o defensa, el arma aparente muy bien puede ser usada para atacar o defender. Un arma de fuego al ser inútil para cumplir su finalidad natural por deterioro, ser de juguete o de fogueo, muy bien en la práctica puede convertirse en arma contundente o punzante. Esto es, como arma contundente o punzante pone en peligro real la vida o integridad física de la víctima. Ejemplo, opera la agravante cuando el agente al hacer uso de un revolver de fogueo en un robo, al tener resistencia de su víctima, lo utiliza como arma contundente y le ocasiona un traumatismo encéfalo craneano. También estaremos ante la agravante cuando el agente para robar hizo uso de una pistola de juguete, con el cual al oponer resistencia la víctima, le pincho la vista izquierda, haciéndole en consecuencia inútil para su función en el futuro.

SEGUNDO, el empleo de arma (blanca, de fuego o contundente) por parte del agente, normalmente ocasiona en la víctima efecto intimidatorio. Necesariamente provoca miedo y desasosiego en el sujeto pasivo, al punto que teniendo éste la posibilidad de defender la sustracción de sus bienes, no lo hace por temor al mal de perder la vida o poner en riesgo su integridad física. Al producirse un hecho concreto, la víctima nunca piensa si el arma es real o aparente. Lo aparente sólo se sabrá después de los hechos cuando incluso se someta a determinadas pericias. De ese modo, Walter Vilcapoma sostiene que es el efecto intimidante del arma lo que se levanta como un elemento calificante, con mucha más valía que la peligrosidad o eventual lesión de otros intereses distintos al patrimonio.

TERCERO, finalmente, no debe obviarse la finalidad que busca el agente al hacer uso de un arma de fuego real o aparente. Lo hace con el firme objetivo de anular la capacidad de resistencia de la víctima por miedo. Sabe perfectamente que una persona común de carne y hueso se intimida al observar un arma de fuego y sabe también perfectamente que llegado el caso puede utilizar el arma de fuego aparente en arma contundente o punzante para defenderse en caso que la víctima oponga resistencia.

Por otro lado, “el robo agravado con utilización de arma de fuego como instrumento para ejecutarlo no puede ser considerado como delito independiente, conforme lo ha establecido esta Sala Penal en numerosas ejecutorias, pues dada la naturaleza del acto ilícito, el delito de tenencia ilícita de armas se subsume en el inciso cuarto del artículo 189 del Código Penal. Igual posición se reitera en la Ejecutoria Suprema del 26 de julio de 1999 al sostener la Suprema Corte que “el delito de robo con utilización de arma de fuego como instrumento para

ejecutarlo, configura el delito de robo agravado y por ende no cabe que se considere dos delitos autónomos, pues el uso de armas en la ejecución de un robo constituye un sub tipo agravado del delito de robo”.

Así también se pronuncia la Ejecutoria del 17 de enero del 2003 cuando la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, argumenta que “Que, en el presente caso se ha procesado también por el delito de tenencia ilegal de armas de fuego, sin embargo de los actuados se aprecia que el delito de robo agravado fue ejecutado utilizando una arma de fuego, por lo que no puede ser considerado como delito independiente, sino que se encuentra subsumido en una de las agravantes del delito de robo conforme lo ha establecido la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. (Ejecutoria Suprema, 1996).

Esta correcta posición adoptada por nuestro máximo tribunal de justicia, debe ser tomada en cuenta por el operador jurídico con la finalidad de desterrar la errada práctica judicial que en robos con uso de armas de fuego, se formalice denuncia y abre proceso por robo agravado a mano armada y a la vez, por el delito de tenencia ilegal de armas. Así mismo, para efectos de la calificación de la agravante es irrelevante determinar si la posesión del arma de fuego por parte del agente es legítima o ilegítima.

La agravante se fundamenta en el notorio desvalor de la acción que supone el reforzar la acción instrumental de la violencia o la amenaza con elementos físicos contundentes que facilitan la realización del delito, ponen en riesgo la vida y la integridad físico-mental de la víctima, perturban el sentimiento colectivo de seguridad y aseguran en gran modo la impunidad inmediata del sujeto activo. A través de tal actitud, el sujeto activo revela especial peligrosidad y pone de manifiesto un enfático desprecio por los riesgos y efectos previsibles de su comportamiento para con la víctima y la sociedad.

f. Robo con el concurso de dos o más personas

Esta agravante quizá sea la más frecuente en la realidad cotidiana y por ello haya sido objeto de innumerables pronunciamientos judiciales aun cuando no se ha logrado establecer su real significado. Mayormente los sujetos que se dedican a robar bienes muebles, lo hacen acompañados con la finalidad de facilitar la comisión de su conducta ilícita, pues por la pluralidad de agentes merman o aminoran en forma rápida las defensas que normalmente tiene la víctima sobre sus bienes; radicando en tales supuestos el fundamento político criminal de la agravante.

En la doctrina peruana siempre ha sido un problema no resuelto el hecho de considerar o no a los partícipes en su calidad de cómplices o instigadores en la agravante en comentario. En efecto aquí, existen dos vertientes o posiciones. Unos consideran que los partícipes entran en la agravante. Para que se concrete esta calificante, (PEÑA CABRERA 1994) afirma sin mayor fundamento: es suficiente que el robo se realice por dos o más personas en calidad de partícipes. No es exigible acuerdo previo; sólo es necesario participar en el delito de cualquier forma: coautoría o complicidad.

En tanto que la otra posición que asumimos sostiene que sólo aparece la agravante cuando las dos o más personas que participan en el robo lo hacen en calidad de coautores. Es decir, cuando todos con su conducta teniendo el dominio del hecho aportan en la comisión del robo. Para saber cuándo estamos ante la figura dogmática de coautoría en esta agravante, cabe glosar la Ejecutoria Suprema del 09 de octubre de 1997, en la cual haciendo pedagogía nuestro máximo Tribunal ha sostenido: *“teniéndose en cuenta que toda forma de autoría en los delitos dolosos de resultado, como es el caso de autos, sea en su modalidad directa, mediata, o de coautoría, se caracteriza por el dominio del hecho, la coautoría requiere que quienes toman parte en la ejecución obren con dominio funcional; es así que en el*

caso sub judice como los agentes perpetraron los robos con una decisión común, en cuya ejecución cada interviniente dio un aporte esencial cabe unificar la imputación para todos ellos a título de coautores y no de autores por un lado, y cómplice secundario por otro, como erróneamente lo ha realizado la Sala Penal Superior; en esta parte es muy importante subrayar que el delito investigado reúne los tres requisitos que configuran la coautoría, a saber:

- a. decisión común: entre los intervinientes existe una decisión común de realizar el robo, que se distingue del acuerdo a voluntades propio de la participación en razón que las aportaciones de los coautores es manifiesta en un plano de igualdad, lo que permite hablar de una acción conjunta formada por actos parciales que posibilita una división de trabajo, o división de funciones orientado al logro exitoso del resultado,
- b. aporte esencial: el aporte individual que realiza cada actuante es esencial o relevante, de tal modo que si uno de ellos hubiera retirado su aporte pudo haber fracasado todo el plan de ejecución;
- c. tomar parte en la fase de ejecución: cada sujeto al tomar parte en la ejecución desplegó un dominio parcial del acontecer, este requisito precisamente da contenido real a la coautoría, pues la sola intervención en la fase preparatoria no es suficiente, porque ello también existe en la complicidad e instigación, quiere decir que la participación ejecutiva da contenido final al dominio funcional del hecho en la coautoría.

“Que, así mismo en virtud al principio de reparto funcional de roles, por el cual las distintas contribuciones deben considerarse como un todo y el resultado total debe atribuirse a cada coautor, independientemente de la entidad material de su intervención, cuya trascendencia jurídica penal radica en que la coautoría supone la aplicación de penas iguales para todos los *coautores*.

El mismo fundamento de la agravante nos lleva a concluir de ese modo, pues el número de personas que deben participar en el hecho mismo facilita su consumación por la merma significativa de la eficacia de las defensas de la víctima. El concurso debe ser en el hecho mismo de la sustracción-apoderamiento. No antes ni después, y ello sólo puede suceder cuando estamos ante la coautoría. En esa línea, no opera la agravante cuando un tercero facilita su vehículo para que Francisco Lujan solo, realice el robo. Tampoco cuando un tercero induce o instiga a Francisco Lujan para que robe a determinada persona, salvo claro está, que en el primer supuesto, el hecho haya sido planificado por ambos y que en el reparto funcional de roles, le haya correspondido actuar de facilitar del robo.

En estricta sujeción al principio de legalidad y adecuada interpretación de los fundamentos del derecho penal peruano, el robo con el concurso de dos o más personas sólo puede ser cometido por autores o coautores. Considerar que los cómplices o inductores resultan incluidos en la agravante implica negar el sistema de participación asumida por el Código Penal en su Parte General y, lo que es más peligroso, castigar al cómplice por ser tal y además por coautor, esto es, hacer una doble calificación por un mismo hecho (violación del principio del *ne bis in idem*).

(ROJAS, 2000)

La Jurisprudencia nacional ha asumido con rigor dogmático esta última posición. Así tenemos por Ejecutoria Suprema del 28 de mayo de 1996, nuestro máximo Tribunal sostuvo que “es necesario indicar que si los tres procesados acordaron asaltar a los agraviados y uno de los acusados no sustrajo nada, no es motivo para absolverlo, puesto que hay que tener en cuenta la decisión común de los procesados como un concierto de voluntades dirigidas a llevar a cabo el hecho delictivo, lo cual determina la función que cada uno de ellos realizaba en la perpetración de dicho ilícito,

fundamentada en el principio de la división del trabajo. *En igual sentido por Ejecutoria Suprema del 11 de marzo de 1998 se afirma:* “se infiere que los hechos sub materia fueron perpetrados por tres agentes, quienes actuaron previo concierto y propósito planificado, empleando armas de fuego reales, lo que aumenta su capacidad de agresividad y eficacia en el logro del resultado, lo que las conductas de los agentes reúnen los tres requisitos que configuran la coautoría. *En caso parecido con fecha 29 de enero de 1999, se reafirma que* “de la evaluación de los hechos y de los aportes de los intervinientes, se infiere que los hechos sub materia fueron perpetrados por tres agentes, quienes actuaron previo concierto y propósito planificado, empleando armas de fuego y apoyo logístico, lo que aumenta su capacidad de agresividad y eficacia en el logro del resultado.

Entre los coautores debe existir un mínimo acuerdo para perfeccionar el robo. No obstante, tal acuerdo no debe connotar permanencia en la comisión de este tipo de delitos, pues en tal caso estaremos en presencia de una organización criminal configura otra agravante diferente.

No está demás dejar establecido que esta agravante casi siempre concurre con otras agravantes como puede ser en casa habitada, a mano armada, durante la noche, etc.

g.- Robo en cualquier medio de locomoción de transporte público o privado de pasajeros o de carga.

La que dicho sea de paso no tiene antecedente en la legislación nacional, se configura cuando el agente haciendo uso de la violencia o la amenaza, sustrae y se apodera ilegítimamente de un bien mueble de su víctima en circunstancias que ésta se encuentra en cualquier medio de locomoción de transporte público o privado de pasajeros o de carga.

Aquí se toma como objeto material del delito al bien mueble que se encuentre o halle en cualquier medio de locomoción (vehículos, barcos, lanchas, acémilas, etc.) de transporte público o privado de pasajeros o de carga. Son medios de transporte público aquellos que prestan servicios al público en general, en tanto que transporte privado son aquellos medios que sirven para prestar servicio a determinadas personas. El uso de la violencia o amenaza debe producirse en el medio de locomoción y cuando este venga cumpliendo su función de transporte. Por ejemplo, si se determina que el medio de transporte público estaba estacionado en su día de descanso y el agente aprovechó para sustraerle su radio, la agravante no aparece. Igual posición adopta Rojas Vargas cuando afirma que de la naturaleza misma de la circunstancia modal se desprende que se tratará de medios de transporte en servicio, esto es, cumpliendo su rol de traslado de personas o de carga. En igual sentido Peña Cabrera.

El fundamento de la agravante radica en la mayor indefensión de la víctima para defender sus bienes, haciendo más fácil la tarea del agente para sustraer los bienes.

Un caso real que da cuenta del perfeccionamiento de la agravante en hermenéutica, aparece en la Ejecutoria Suprema del 31 de agosto del 2004 (R.N. Nro. 1750-2004-CALLAO), en la cual se argumenta “que, asimismo, como el robo fue perpetrado a propósito del servicio de taxi al que se dedica el agraviado y, precisamente, contra aquel, pues se le atacó y se le sustrajo el automóvil, también concurre la agravante del inciso quinto del artículo ciento ochenta y nueve del Código citado, en tanto que dicha circunstancia solo requiere que el robo se cometa “en cualquier medio de locomoción de transporte (...) privado de pasajeros (...) que, desde luego, los vehículos dedicados —formal o informalmente- al servicio de taxi lo son, y el agraviado fue víctima de atentado patrimonial violento con ocasión de tal servicio, lo que determina que se encuentre en una situación de mayor indefensión,

que precisamente es el fundamento de la agravante”.

h.- Robo fingiendo el agente ser autoridad

La agravante se configura cuando el agente para sustraer y apoderarse ilegítimamente de los bienes muebles de la víctima, aparte de utilizar la violencia o la amenaza, finge ser autoridad, esto es, simula o aparenta la calidad de autoridad que en la realidad no tiene.

Al utilizar el legislador nacional la expresión “autoridad”, se está refiriendo a los funcionarios públicos que enumera el artículo 425 del Código Penal. El funcionario es toda persona que tiene autoridad emanada del Estado.

La acción de fingir (ante el propietario) la calidad no poseída, para ser penalmente relevante deberá tener una suficiente entidad engañadora. Esto es, se exige idoneidad suficiente y adecuada para -en ponderación promedio- lograr el quiebre o eclipsamiento de la defensa. Esta ponderación no puede pasar por encima ni soslayar condiciones concretas bajo las cuales se desarrolló la acción ilícita, tales como la edad, la cultura, el contexto geográfico (ciudades o áreas rurales) y la vulnerabilidad de la víctima, ni perder de vista que la acción de fingimiento va aunada a la amenaza grave y los actos de violencia, lo que en su conjunto genera un cuadro de prevalimiento difícil de superar para el sujeto pasivo o afectado.

(ROJAS, 2000)

Aparece la agravante cuando dos sujetos, simulando uno Juez y otro Secretario, entran en una casa afirmando que están realizando un embargo y sustraen los bienes de la víctima bajo amenaza; o cuando en la calle, un sujeto fingiendo ser policía (vestido o identificándose como tal), haciendo uso de la fuerza detiene a una persona y se apodera de su dinero que llevaba.

i.- Robo fingiendo el agente ser servidor público

(BRAMONT, 1997)

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, el agente finge ser servidor o empleado público entendido como aquel trabajador que vinculado a la administración pública cumple actividades concretas y de ejecución bajo subordinación en relación del funcionario.

Opera la agravante por ejemplo, cuando el agente identificándose con un carnet del Poder Judicial, fingiendo ser secretario de un Juzgado civil y aseverando venir a trabar un embargo, ingresa al inmueble del agraviado y bajo amenaza de ser detenido, le sustrae diversos bienes muebles.

j.- Robo fingiendo el agente ser trabajador del sector privado.

La agravante se configura cuando el agente haciendo uso de la violencia o la amenaza y simulando o fingiendo ser trabajador de una empresa privada, sustrae en forma ilegítima los bienes muebles del sujeto pasivo. El agente finge ser trabajador de determinada persona jurídica particular.

Se presentará la circunstancia agravante cuando los agentes simulando ser trabajadores de la casa comercial CARSA de donde el agraviado adquirió a crédito sus artefactos, ingresan a la vivienda de este último con el cuento de verificar el estado de los artefactos y a viva fuerza se sustraen aquellos bienes; o cuando, el agente aparentando con un carnet de identidad ser trabajador de TELEFÓNICA, ingresa a la vivienda con anuencia de la víctima, aseverando venir a revisar la conexión del teléfono y luego, por medio de amenaza logra sustraer los bienes domésticos.

Aquí, cabe dejar establecido que de modo alguno en las tres hipótesis últimas, estaremos ante un concurso real con los delitos de usurpación de autoridad y estafa. El hecho de hacer uso de la violencia o amenaza y adicionalmente fingir ser funcionario, servidor público o trabajador del sector privado por parte del agente con la finalidad de sustraer bienes muebles ilegítimamente del agraviado, constituye sólo robo agravado.

K.- Robo mostrando el agente mandamiento falso de autoridad.

La circunstancia agravante también recogida en el inciso 6 del artículo 189 del C.P. se configura cuando el agente mostrando o enseñando a su víctima orden o mandato falso de autoridad y haciendo uso de la violencia o la amenaza le sustrae sus bienes muebles de modo ilegítimo. Debe verificarse el dato objetivo del tipo que la orden o mandato que muestra el agente en forma directa a la víctima es falso, caso contrario, si se determina que la orden era legítima o legal, la agravante no se configura.

Con (ROJAS VARGAS 2000) expresamos que en la medida que se trata de otra variedad de simulación que facilita la ejecución del delito, la clase de autoridad invocada en el mandamiento falso no resulta delimitante y definidora de la agravante, pudiendo tratarse de autoridades jurisdiccionales, administrativas, policiales, militares, burocráticas, de ejecución etc. Lo decisivo es que posea idoneidad y fuerza para vencer la resistencia (probable o en curso) de la víctima, no siendo de interés el centro aparente de producción de la orden, en tanto simule un nivel de autoridad quien lo emita.

Gráfica perfectamente esta agravante cuando los agentes fingiendo uno ser Fiscal de turno y los otros de ser efectivos de la policía nacional (incluso vestidos de tales) llegan a la vivienda del agraviado y mostrándole una orden falsa de supuesto allanamiento emitido por el Juez de turno, ingresan a su vivienda y a viva fuerza le sustraen diversos artefactos.

I.- Robo en agravio de menores de edad.

La agravante recogida en el inciso 7 del artículo 189 se configura cuando el agente comete el robo en agravio de menores de edad.

No hay mayor discusión en considerar menores a las personas que tienen una edad por debajo de los dieciocho años. Aparece así establecido en el inciso 2 del numeral 20 del Código Penal, en el artículo 42 del Código Civil y en el artículo 1 del Texto Único Ordenado del Código del Niño y Adolescentes.

La circunstancia agravante se materializa cuando el agente dirige los actos de violencia o amenaza en contra de un menor. El término “agravio” implica, no sólo el desmedro o merma patrimonial, sino también un direccionamiento de la violencia o la amenaza que afecta directamente al menor.

El agravio tiene así dos dimensiones concurrentes: a) La acción y efecto de la violencia y la amenaza; y b) el desmedro económico.

De ese modo, si en un caso concreto, sólo concurre la última de estas dimensiones, la circunstancia agravante no aparece. Se excluye la agravante por ejemplo, cuando la violencia o amenaza fue contra el guardián de la vivienda del menor quien sólo vio mermado su patrimonio por efecto del robo producido.

El agente debe conocer o darse cuenta que está ejecutando el robo en perjuicio de un menor de edad. Si no conocía ni había la posibilidad de conocer tal circunstancia, es posible la concurrencia de un error de tipo que se resolverá aplicando las reglas del artículo 14 del Código Penal. De verificarse un error de tipo sobre la circunstancia agravante, el o los autores sólo serán pasibles de sanción penal a título de robo simple.

m.- Robo en agravio de ancianos.

Saber cuándo estamos ante una persona anciana resulta una tarea poco difícil. No obstante, siguiendo la posición adoptada por Manuel Abanto Vásquez, consideramos que debe entenderse el término “anciano” recurriendo a las normas extrapenales como las laborales. En tal sentido, estamos ante una persona anciana cuando ha alcanzado o sobrepasado la edad cronológica límite para la jubilación. Es decir, cuando el varón haya cumplido los 65 años y en caso de las mujeres, los 60 años.

De ese modo no compartimos posición con (ROJAS VARGAS 2000), al afirmar que por interpretación sistemática del artículo 81 del Código Penal, se concluye que los 65 años marcan el inicio desde la perspectiva penal de la ancianidad o senectud.

Aparece la agravante cuando el agente dirige la violencia o la amenaza contra un anciano con el objetivo de sustraerle ilegítimamente sus bienes. Igual que en la agravante anterior, la acción de violencia o amenaza debe ser directa en contra del sujeto pasivo anciano y de ello debe resultar una consecuente merma de su patrimonio. Si la violencia o amenaza fue dirigida contra otra persona y sólo resultó mermada el patrimonio del anciano, la agravante no se verifica. También es posible que el agente por error actúe con la firme creencia que su víctima no es un anciano, en tal caso es factible invocarse el error de tipo previsto en el numeral 14 del Código Penal.

n.- Robo con lesiones leves en la integridad física o mental de la víctima.

El legislador nacional en la segunda parte del artículo 189 del Código Penal ha previsto y sancionado otro grupo de supuestos agravantes, los mismos que por su mayor injusto penal merecen una pena más elevada que las agravantes ya analizadas.

La primera circunstancia agravante tiene su antecedente nacional inmediato

en el segundo párrafo del artículo 239 del Código Penal de 1924.

Aparece la circunstancia agravante cuando el agente por efectos mismos del robo ocasiona lesiones leves a la integridad físico o mental de la víctima. Esto es, causa transformación evidente del estado de equilibrio actualizado y funcional de las estructuras somáticas y psicológicas de la víctima. Se entiende que las lesiones a la integridad físico o mental de la víctima deben ser consecuencia del uso doloso de la violencia o amenaza por parte del agente al momento de la sustracción-apoderamiento. Si las lesiones se verifican por otras circunstancias, la agravante no se configura.

Las lesiones que exige la agravante deben ser consecuencia del empleo de la violencia en el acto mismo de la sustracción. Estas lesiones pueden haber sido causadas en forma dolosa o por culpa del agente en el mismo momento que se produce el robo. No antes. Serán dolosas las lesiones que ocasiona el agente a la víctima que en el mismo momento de la sustracción de sus bienes opone resistencia. En cambio, serán culposas cuando la víctima se lesiona a consecuencia del forcejeo que se produjo al momento de la sustracción. Lo importante es que las lesiones simples físicas o mentales sean consecuencia circunstancial y episódica del robo. En esa línea del razonamiento, no opera la agravante si en determinado caso, llega a determinarse que el sujeto activo previamente había planificado lesionar a su víctima para luego sustraerle sus bienes. Aquí se presentará un concurso real de delitos entre lesiones simples o menos graves y hurto.

No hay agravante si las lesiones son producidas por causas fortuitas.

Se perfecciona o consuma el robo con la presente agravante cuando la magnitud de las lesiones alcanza más de diez y menos de treinta días de asistencia facultativa o descanso para el trabajo (Art. 122 del CP.). Si las lesiones merecen una prescripción facultativa menor, no estamos ante lo que jurídicamente se denomina lesiones sino faltas contra las personas, salvo claro está, que el daño a la integridad se haya producido con la

conurrencia de agravantes en cuyo caso serán lesiones (Art. 441 del CP.). No opera la agravante si las lesiones producidas alcanzan sólo a constituir faltas contra las personas. De ser el caso, el hecho será robo simple. Asimismo, las lesiones no deberán ser de una magnitud de lesión grave, pues en tal caso se configura la agravante prevista en la última parte del numeral 189 del C.P.

Las lesiones producidas a consecuencia del robo son subsumidas por esta agravante. No es posible jurídicamente formalizar denuncia penal y abrir proceso penal por el delito de robo agravado por la circunstancia en comentario y a la vez, por el delito de lesiones, como erróneamente todavía se estila en los estrados judiciales. Ello, pese que existen diversas Ejecutorias Supremas que han enfocado de modo atinado el problema. Aquí sólo hay el delito de robo agravado.

Con fines de ilustración y aun cuando los casos ventilados refieren lesiones graves, nuestro Máximo Tribunal Penal por Ejecutoria Suprema del 24 de junio de 1999 afirmó que “la figura típica de lesiones graves se encuentra subsumida dentro de Los alcances del tipo penal que prevé el delito de robo agravado, al haberse acreditado que tales lesiones causadas contra la integridad física de la víctima fueron ocasionadas como consecuencia del atentado patrimonial, siendo del caso absolver al acusado de la acusación fiscal en cuanto a dicho extremo se refiere, en atención a lo preceptuado por el artículo 284 del Código adjetivo.

En igual sentido se pronunció en la Ejecutoria Suprema del 07 de octubre de 1999 cuando pedagógicamente indica que “El empleo de la violencia en la perpetración del robo constituye un elemento de su tipo objetivo y tiene como fin anular la capacidad de reacción de la víctima; si bien la conducta desplegada por el agente puede encuadrarse en más de un tipo penal, debe ser de aplicación aquel que prevea el carácter pluriofensivo de su conducta, de modo que en aplicación del principio de especialidad, la figura típica de

lesiones graves se halla subsumida dentro de los alcances del tipo penal de robo agravado”. *En idéntico sentido se pronuncia la Ejecutoria del 29 de enero del 2003 cuando la Sala Penal Transitoria de la Suprema Corte, señala “que, en cuanto a las lesiones sufridas por el agraviado conforme es de verse del certificado médico legal de fojas catorce, han sido ocasionadas como consecuencia del robo, sin embargo la figura de lesiones se encuentra subsumido en una de las agravantes del delito de robo”.*(ROJAS, FIDEL;, 2005)

Sin embargo, también se denunciará y abrirá proceso penal por el delito de lesiones junto al de robo agravado cuando, la víctima de las lesiones sea una tercera persona contra la cual no fue dirigida la acción del agente para sustraerle sus bienes y en consecuencia, no vio mermada su patrimonio. Para subsumir las lesiones a la agravante, estas deben haberse ocasionado a la víctima de la sustracción ilegítima. Igual postura sostiene Rojas Vargas, al expresar que esta focalización permite entender y desdoblar la imputación -en el marco de la agravante en alusión- para las demás personas afectadas (distintas de la víctima) a título de lesiones más no de robo agravado. Es víctima el sujeto pasivo principal del delito patrimonial.

Si la sustracción-apoderamiento no llega a consumarse por factores diversos, estaremos frente al delito de robo agravado en grado de tentativa así se haya verificado las lesiones en agravio de la víctima.

El fundamento de la agravante radica en la concreción del peligro anunciado con la amenaza o previsible en los actos de violencia, circunstancias que evidencian la peligrosidad del agente pues con la finalidad de lograr su objetivo de sustraer bienes ajenos, no tiene miramientos para afectar bienes jurídicos fundamentales como es la integridad física o mental de las personas.

o.- Robo con abuso de la incapacidad física o mental de la víctima.

Esta agravante no tiene antecedente en nuestra legislación. Se configura cuando el agente haciendo uso de la violencia o amenaza grave y aprovechando de la incapacidad física o mental de su víctima le sustrae ilícitamente sus bienes muebles. El fundamento de esta agravante radica en la mayor facilidad para la comisión del delito del que se aprovecha el agente, unido a ello la alevosía con la que actúa.

Tal como aparece redactada la circunstancia agravante se entiende que la incapacidad física o mental es anterior a la sustracción. El agente debe saber de la condición especial de la víctima o en todo caso, tomar conocimiento en el acto mismo de la sustracción. Lo importante es tener en cuenta que el agente no debe ser el causante de la incapacidad. Caso contrario, esta agravante no se verifica.

Esta subespecie delictiva parte de la idea de que existe como base, como dato de la realidad, un estado de incapacidad observable en la víctima, que no ha sido creado ni propiciado por el agente y de lo cual se aprovecha este para sustraer y apoderarse del bien mueble objeto del delito²⁰⁸. De modo que si el agente antes de sustraer el bien mueble, ha sometido a la víctima a un estado de invalidez o lo ha atado a una silla, o de cualquier otro modo lo ha incapacitado para actuar en defensa de sus bienes muebles, ello no será propio de esta agravante.

Se presenta la agravante cuando el agente haciendo uso de la violencia o amenaza sustrae los bienes muebles de un ciego o paralítico o un aurista, etc. Aparte de abusar o aprovecharse del estado de incapacidad física o mental de la víctima, el agente debe actuar haciendo uso de la violencia o la amenaza sobre su víctima. Si por el contrario sólo se aprovecha de la incapacidad sin hacer uso de la violencia o amenaza, los hechos

constituirán hurto mas no robo. Para que exista robo agravado es necesario que el agente aparte de utilizar la violencia o amenaza en la sustracción y apoderamiento de bienes ajenos, aproveche el estado de incapacidad en que se encuentra la víctima.

Es factible también que el agente haya actuado en error respecto de la agravante. Es decir, el agente no conozca o no se haya dado cuenta de la incapacidad que sufre la víctima, presentándose de ese modo un supuesto de error de tipo, debiendo ser resuelto tal situación aplicando el artículo 14 del Código Penal, correspondiendo al operador jurídico determinar si el error fue vencible o invencible, pero en ambos casos la consecuencia es la misma: habrá robo simple nunca robo agravado.

p.- Robo mediante el empleo de drogas y/o insumos químicos o fármacos contra la víctima.

Esta agravante también recogida en el inciso 2 del segundo párrafo del artículo 189 del Código Penal, se configura cuando el agente comete el robo haciendo uso o empleando para tal efecto drogas, insumos químicos o fármacos contra la víctima para anular su resistencia de defensa de sus bienes.

Como hemos dejado establecido al hacer hermenéutica del robo simple, nosotros consideramos que estos supuestos constituyen hurto agravado por destreza. De ningún modo aceptamos lo que se denomina en doctrina violencia impropia. Pues aquí no hay uso de violencia entendida como la aplicación de una energía física sobre la víctima de intensidad necesaria para vencer su resistencia. En el supuesto de uso de drogas no hay violencia, lo que existe es la destreza que utiliza el agente para primero anular la capacidad de defensa de la víctima sobre sus bienes muebles y después, sin ninguna dificultad sustraerlos y apoderarse ilegítimamente de ellos. Esperemos que en el futuro se haga una mejor sistematización de las

agravantes, ubicándolas donde realmente corresponden. Situación diferente será si el agente haciendo uso de la violencia o amenaza hace que la víctima ingiera o consuma alguna droga o fármaco con la finalidad de sustraerle después sus bienes.

No obstante, como la finalidad de este trabajo es hacer hermenéutica jurídica de las normas penales tal como aparecen redactadas en el texto punitivo con el firme propósito de hacer que su aplicación en la realidad práctica sea de modo más previsible y coherente, no queda otra alternativa exponer qué significa aquella agravante o cuándo se verifica.

Aquí estamos ante la violencia impropia. El agente no se aprovecha del estado de incapacidad como sucede en la hipótesis anterior, sino que causa o genera el estado de incapacidad haciendo uso de la droga, insumo químico o algún fármaco para de esa forma facilitar la sustracción y apoderamiento ilegítimo de los bienes muebles de la víctima. En suma, para efectos de la agravante el sujeto pasivo debe causar la incapacidad de su víctima a través de la droga, caso contrario, si se aprovecha de la situación que la víctima ya se encuentra drogada o en estado de ebriedad por ejemplo, la agravante no se verifica.

Con fines pedagógicos es necesario indicar que los términos drogas y fármaco utilizado por el legislador nacional tienen el mismo significado. La Organización Mundial de la Salud define a la droga como la sustancia terapéutica o no que, introducida al organismo por cualquiera de los medios mecánicos clásicos (inhalación de vapores o humo, ingestión, fricciones) o nuevos (parental, endovenoso) de administración de los medicamentos o sustancias, es capaz de actuar sobre el sistema nervioso central del individuo provocando una alteración psíquica o intelectual.

q.- Robo colocando a la víctima o a su familia en grave situación económica.

No hay mayor discusión en la doctrina el considerar víctima del delito de robo a aquella persona que por efecto del actuar ilícito del agente ha visto disminuido su patrimonio. La víctima puede ser una persona natural o jurídica.

En esa línea, se presenta la agravante cuando la víctima o la familia que depende directamente de aquella, como consecuencia del robo han quedado desprovistas de los recursos económicos indispensables para satisfacer sus necesidades y de su familia. Sin embargo, para que opere la agravante no es necesario que la víctima quede en la pobreza o indigencia absoluta, sólo se exige que esta quede en una situación patrimonial difícil de cierto agobio e inseguridad, el mismo que puede ser temporal o permanente.

El agente debe conocer o percibir una variación notoria en la economía de la víctima o su familia; el dolo directo se ve así reforzado por el conocimiento de tal circunstancia. Caso contrario, si el sujeto activo al momento de actuar no se representó tal situación, la agravante no aparece.

La justificación de esta agravante es, al parecer, el mayor perjuicio real que genera en la víctima. Sin embargo, puede tener un efecto político-criminal negativo, pues fomenta la selectividad del robo y no su erradicación.

r.- Robo de bienes de valor científico o que integran el patrimoniocultural de la Nación.

De la lectura del inciso 4 de la segunda parte del artículo 189 del C.R se evidencia que estamos ante dos circunstancias agravantes por la cualidad del objeto del robo. Se configuran cuando el agente sustrae ilícitamente

haciendo uso de la violencia o la amenaza sobre los poseedores, bienes de valor científico o cuando lo hace sobre bienes que integran el patrimonio cultural de la nación. El fundamento de las agravantes radica en su importancia y significado de los bienes objeto del robo para el desarrollo científico del país y por su legado histórico, artístico y cultural de los mismos.

Por los bienes que conforman el patrimonio cultural se conoce el pasado histórico de la nación. Pero qué bienes tienen valor científico y cuáles pertenecen al patrimonio cultural de la nación. Responder a tales preguntas rebasa de sobremanera la labor del operador jurídico penal, quien tiene que recurrir a normas o disposiciones extra-penales para poder determinar si estamos ante alguna de las cualidades que exige la norma penal.

Resulta difícil saber qué bienes tienen valor científico y cuáles no. Correspondiendo al Juez determinar tal calidad en cada caso concreto. Para ello sin duda necesitará la concurrencia de personas calificadas en bienes de valor científico para saber si se trata de bienes de tales características. A modo de ejemplos, con Rojas Vargas⁴ que trata la agravante en el delito del hurto, podemos decir que bienes con valor científico serían las máquinas o instrumentos médicos de alta precisión, los riñones o corazones artificiales, microscopios o telescopios electrónicos, aparatos y dispositivos higrométricos, espectógrafos de última tecnología, etc., así como bienes de utilidad científica como material genético depositado en recipientes, cultivo de virus para estudio e investigación médica, fármacos en proceso de ensayo o experimentación, compuestos químicos-radioactivos, etc. No interesa tanto el valor económico del bien, sino su valor científico, así como que el agente debe

²" 2000, p. 265

conocer de tal característica.

En tanto que bienes que integran el patrimonio cultural de la nación son todos aquellos que constituyen testimonio de la creación humana, material o inmaterial expresamente declarados por su importancia artística, científica, histórica o técnica. Por medio de ellos las generaciones humanas presentes y por venir conocemos nuestro pasado histórico. Para saber si estamos ante un bien que integra el patrimonio cultural de la nación, el operador jurídico, como ya hemos mencionado al tratar la figura del hurto, debe recurrir a la ley número 24047 de 1985 que establece en forma más o menos clara qué bienes constituyen el patrimonio cultural de la Nación.

En ese orden de argumentos considero necesario efectuar la siguiente precisión: esta agravante constituye una excepción a los delitos contra el patrimonio, pues aquí no interesa tanto el valor económico que pueda tener el bien sustraído; tampoco interesa que el agente obtenga provecho económico del mismo, debido que muy bien puede sustraerlo para tenerlo como adorno o tenerlo en su colección, etc. Lo único que interesa saber es si el bien tiene valor cultural expresamente reconocido y el agente conocía de tal cualidad, caso contrario sólo estaremos ante a la figura del robo básico.

Para configurarse la circunstancia agravante, la sustracción ilegítima haciendo uso de la violencia o amenaza, debe hacerse de museos o de lugares donde los bienes de valor cultural se encuentren protegidos; si por el contrario, la sustracción se hace de yacimientos arqueológicos la agravante no aparece, configurándose el delito contra el patrimonio cultural previsto en los artículos 226° y siguientes del C.P. Así mismo, si por ejemplo primero se produjo la sustracción-apoderamiento por medio de la

fuerza o amenaza sobre sus protectores y después el agente lo saca o extrae del país, se presentará un concurso real de delitos entre robo agravado y el delito previsto en alguno de los artículos 228 o 230 del Código Penal. En tal sentido, se aplicará la pena del delito más grave, es decir, del delito en comentario.

s.- Robo por un integrante de organización delictiva o banda.

Aquí se recoge en forma aparente dos circunstancias agravantes diferentes. La primera si el agente pertenece a una organización delictiva cualquiera y la segunda cuando el agente es miembro de una banda. Decimos aparente porque a nuestra manera de ver las cosas, organización delictiva y banda tienen la misma naturaleza y persiguen los mismos objetivos e incluso de acuerdo a nuestra legislación merecen la misma sanción punitiva, la única diferencia que podemos evidenciar radica en el hecho que la organización delictiva es el género y la banda es la especie. La banda también es una organización delictiva con la diferencia que aparentemente se rige por disposiciones internas rígidas, situación que no sucede en otra organización o asociación delictiva.

Por su parte Rojas Vargas, después de hacer un análisis sesudo de los pronunciamientos de nuestra Corte Suprema sobre bandas, puntualiza que tender a diferenciar organización delictiva de banda con la argumentación que la primera alude o subsume a la asociación ilícita, a nivel de realización práctica o dinámica de la misma, como un grado de desarrollo vinculado directamente a la ejecución del delito, mientras que la “banda” está al margen de tal posibilidad inclusora, es postular un singular criterio discriminador de base débil por su cuestionable y escasa contrastación. Organización delictiva y banda son así términos análogos de uso lingüístico reiterativo.

No obstante, asumiendo una mínima diferenciación, tenemos que la

primera circunstancia agravante se configura cuando el autor o coautores que realizan la sustracción ilegítima de los bienes de la víctima haciendo uso de la violencia o amenaza, lo hacen en calidad de integrantes de un organización destinada a cometer hechos punibles. Estamos ante una agravante por la condición o cualidad del agente. El término organización abarca todo tipo de agrupación o asociación permanente de personas que se reúnen y de modo mínimo se organizan para cometer delitos con la finalidad de obtener provecho patrimonial indebido.

El agente será integrante de una agrupación delictiva cuando haya vinculación orgánica entre éste y aquella, concierto de voluntades entre el agente y los demás miembros de la organización y vinculación funcional entre el agente y el grupo. Configurándose la agravante cuando el autor o coautores cometan el robo en nombre o por disposición del grupo. Si se determina que aquel actuó sólo sin conocimiento de la organización a la que pertenece o porque dejó de ser miembro de aquella, la agravante no se configura.

De la comparación sistemática entre el contenido del inciso 1 de la segunda parte del artículo 186 con el último párrafo del numeral 189 del Código Penal que pareciera tuvieran contenidos parecidos, se evidencia claramente una diferencia surgida, sin temor a equivocarnos, por descuido del legislador. En efecto, aparece el hurto agravado cuando el agente pertenece a una organización delictiva destinada a cometer “estos delitos”, es decir, delitos contra el patrimonio; en tanto que, aparece el robo agravado cuando el autor pertenece a cualquier organización delictiva. No hay límite.

La segunda circunstancia aparece cuando el agente o agentes que cometen el robo pertenecen o son miembros de una banda, es decir, de una organización, asociación o agrupación de personas mucho más

organizada, e incluso podríamos afirmar que tienen una normatividad interna que si los miembros la infringen son sancionados hasta con la muerte. La única condición que se exige es que la actuación del agente esté vinculada a los planes delictivos de la organización. Si se llega a probar que si bien el agente pertenece a una banda pero que en el robo concreto actuó a título personal, la agravante no aparece.

ROY FREYRE (1983): comentando el artículo 238 del Código Penal derogado, enseña que generalmente se entiende por banda a la organización, más o menos jerarquizada, compuesta de tres o más sujetos, con armas o sin ellas, por lo común delincuentes habituales, que se asocian para cometer delitos múltiples e indeterminados. Podemos decir -sigue escribiendo Roy- que la *affectiosocietatis* que los une e impulsa no es otra que la de haber decidido hacer del delito un *modus vivendi*. En la Banda suele regir, como en toda organización sujeta a una jerarquía, el principio de la división del trabajo: hay quien planifica, dirige y ordena; y, existen quienes ejecutan, cumplen y obedecen.

Nuestra Corte Suprema por Ejecutoria del 25 de junio de 1997, después de indicar que los acusados han actuado en calidad de afiliados a una banda trata de definirlo señalando que se entiende “como tal a la integración de dos o más personas que concertan con la finalidad de cometer uno o más delitos, para lo cual se implementan y actúan coordinadamente a efectos de asegurar el éxito de su incursión criminal, señalándose roles para tal propósito.

Con (ROJAS VARGAS 2000) podemos indicar que la agravante consistente en actuar en calidad de integrante de banda admite las siguientes probabilidades:

- 1) El agente actúa individualmente en cumplimiento de los planes fijados por la banda, sin requerirse aquí actuación ejecutiva plural.
- 2) El agente actúa en división funcional de roles, sin requerirse

conurrencia espacial conjunta observable para la víctima que sufre la agresión.

- 3) Varios agentes actúan en forma conjunta, de modo que resultan fácilmente internalizados por la víctima.
- 4) El agente actúa individualmente haciendo patente para la víctima su pertenencia a una banda, sin que cumpla planes que reconduzcan el hecho a un concierto y decisión previa para el caso.

Finalmente, esta agravante puede entrar en concurso aparente con el supuesto de hecho previsto en el artículo 317 del Código Penal, denominado asociación ilícita para delinquir. Sin embargo, por el principio de especialidad y alternatividad penal y por la redacción de la formula, la circunstancia agravante subsume al supuesto del artículo 317.(CASTILLO, 2005)

t.- Robo con lesiones graves a la integridad física o mental de la víctima.

La agravante se configura cuando el agente o agentes por actos propios del uso de la fuerza o amenaza para sustraer de modo ilícito los bienes de su víctima, le causan lesiones físicas o mentales. Las lesiones deben ser de la magnitud de los supuestos taxativamente indicados en el artículo 121 del Código Penal. Si por el contrario las lesiones tienen la magnitud de los supuestos previstos en el artículo 122 o 441 del Código Penal, la presente agravante no aparece.

Se entiende también que las lesiones graves pueden ser causadas dolosamente o por negligencia del agente, esto es, el agente debe haber causado las lesiones físicas o mentales queriendo hacerlo para evitar por ejemplo, que la víctima siga resistiendo a la sustracción o también como consecuencia del acto mismo de la violencia utilizada para lograr la sustracción. Aparecerá la agravante por lesiones graves por negligencia cuando el agente en el acto de despojarle violentamente de su billetera a un pasajero, este pierde el equilibrio y cae del vehículo que se encontraba

en plena marcha.

Así lo ha interpretado el máximo Tribunal de Justicia en la Ejecutoria Suprema del 24 de junio de 1999, donde se expresa: “habiéndose producido las lesiones graves, las mismas que se describen en el historial médico y los certificados médico legales obrantes en autos, como consecuencia del forcejeo que hubo al efectuarse un robo contra el agraviado; en consecuencia, por la forma y circunstancias en que se desarrollaron los hechos, éstos se subsumen en el último párrafo del artículo 189 del Código Penal”.

Las lesiones deben ser originadas como consecuencia del uso de la violencia o la fuerza del autor sobre la víctima en los actos propios de la sustracción-apoderamiento. No deben ser preconcebidas ni planificadas por el agente. Si en un caso concreto se llega a determinar que el agente actuó sabiendo y queriendo perfectamente lesionar en forma grave a la víctima para anular cualquier oposición o resistencia a la sustracción de sus bienes, no estaremos ante la agravante sino ante un concurso real de delitos, esto es, se configurará el delito de lesiones graves previsto en el artículo 121 del CP con el delito de robo simple o robo agravado si alguna de las circunstancias agravantes ya analizadas concurre. Originando que al momento de imponer la pena al autor o autores se le aplicará la pena del delito más grave según la regla prevista en el numeral 50 del Código Penal; es decir, se le impondrá una pena privativa de libertad no mayor de veinticinco años salvo que el agente haya actuado como integrante de una banda.

En tal sentido, tal como aparece redactada esta agravante, llegamos a un absurdo jurídico que esperemos se corrija en el futuro inmediato. El

mensaje de tal forma de legislar es patético y aterrador para los ciudadanos de a pie, a los cuales están dirigidas las normas penales para motivarlos a no cometer delitos. En efecto, como el lector se habrá dado cuenta, si el agente no ha planificado ni pensado causar lesiones graves sobre la víctima, queriendo solamente sustraer bienes por medio de la violencia o la amenaza, no obstante ocasionalmente como producto de los actos mismos de la violencia o amenaza los causa, será merecedor de cadena perpetua; en cambio, si el agente ha planificado y, por tanto, quiere causar primero las lesiones graves sobre la víctima para después sustraerle sus bienes, el autor será merecedor a una pena no mayor de veinticinco años.

Esto es, el mensaje absurdo es el siguiente: si no quieres que te sancionen con cadena perpetua primero asegúrate de causarle lesiones graves a tu víctima para anular cualquier resistencia y luego sustráele sus bienes.

Finalmente, las lesiones graves pueden ser sobre el propietario de los bienes o sobre los poseedores o tenedores de los bienes objeto de la sustracción. Hemos ya dejado expresado que en un delito de robo es víctima tanto el titular o propietario del bien por ver mermado su patrimonio, como aquella persona que posee legítimamente los bienes y sobre el cual van dirigidos los actos de violencia o amenaza para despojarle de los mismos. Si por el contrario, las lesiones son ocasionadas a terceros como por ejemplo, personas que ocasionalmente se presentaron en defensa de la víctima o efectivos policiales, la agravante no se configura, estando en su caso, ante un concurso real de delitos entre robo agravado en agravio del propietario o poseedor de los bienes sustraídos y lesiones graves en agravio de los terceros.

u.- Robo con subsiguiente muerte de la víctima.

Esta circunstancia o supuesto es la última agravante de la figura delictiva

del robo, la misma que merece también la pena de cadena perpetua. La agravante se configura cuando el agente o agentes como consecuencia de los actos propios del uso de la violencia o amenaza para vencer la resistencia natural de la víctima en defensa de sus bienes, le ocasionan o le producen la muerte. Según la redacción de la circunstancia agravante, se entiende que el resultado final de muerte puede ser consecuencia de un acto doloso o culposo. Así mismo, para estar ante la agravante, el agente no debe haber planificado la muerte de su víctima. El deceso debe producirse por los actos propios del uso de la violencia o amenaza en el acto mismo de la sustracción. Si llega a determinarse que el agente previamente quiso acabar con la vida de la víctima para después apoderarse de sus bienes, no aparece la agravante sino el supuesto de asesinato previsto en el inciso 2 del artículo 108 del Código Penal, y, por tanto, el agente será merecedor de la pena privativa de libertad temporal no menor de quince años.

En esa línea del razonamiento llegamos a evidenciar la incoherencia legislativa del legislador del decreto legislativo 896 de 1998 y no superado por la ley Nro. 27472, al sancionar con la absurda e inhumana pena de cadena perpetua al agente que ocasiona la muerte de manera episódica, coyuntural, no planificada; en tanto que al agente que origina la muerte de una persona en forma planificada y deliberadamente dolosa a fin de sustraerle sus bienes sin mayor dificultad, le sanciona con una temporal no menor de 15 años. Como bien señala (ROJAS VARGAS 2000), se produce así el siguiente mensaje de perversión normativa: mata primero antes de apoderarte del bien mueble, porque si no lo haces y si de los actos de violencia resulta muerta la víctima serás castigado con cadena perpetua, mientras que en el primer caso a lo más serás sancionado a 35 años.

La agravante en comentario ha sido debidamente entendida por la

jurisprudencia nacional. En efecto, la Segunda Sala Penal de la Corte Superior de lea, por sentencia del 17 de agosto de 1999, en el hecho concreto que tres personas, siendo uno de ellos el acusado, llegaron a la *vivienda de los agraviados y cónyuges Montoya Palomino y Zorrilla Cárdenas con la finalidad de robar, ante la reacción de defensa de sus bienes fueron impactados por proyectiles de arma de fuego produciéndose instantáneamente su muerte*, sostuvo “que, la conducta del encausado González Blanco al haber dado muerte a los agraviados en circunstancias que perpetraba el asalto y robo en el inmueble de propiedad de los mismos, revela un total desprecio por la vida de sus semejantes al no haber vacilado en causar la muerte de dos personas indefensas que por su propia edad no significaban en absoluto un peligro para repeler el ataque de los malhechores, los cuales se encontraban premunidos de armas de fuego, esto es que actuaron con ventaja sobre los damnificados; comportamiento que no puede llamar a equivocación al tipificar el delito imputado, pues el Robo Agravado con subsecuente muerte se encuentra plenamente tipificado en el último párrafo del artículo ciento ochentinueve del Código Penal modificado por el Decreto Legislativo número ochocientos noventiséis, vigente al momento de cometerse los hechos”.

En el mismo sentido y tratando de precisar la diferencia entre robo agravado y asesinato, nuestra máximo Tribunal de Justicia por ejecutoria Suprema del 12 de agosto de 1999 asevera que “el Decreto Legislativo 896 ha modificado estructuralmente la configuración del robo agravado, en relación al sistema primigenio contenido en el texto original del artículo 189 del Código Penal y sus modificaciones posteriores introducidas por las leyes 26319 y 26630; en tanto que la primera norma legal acotada ha introducido como circunstancia agravante del delito de robo, la muerte de la víctima como consecuencia del atentado patrimonial, sancionándola con la severísima pena de cadena perpetua; el delito de robo con homicidio,

precisa la presencia de un dolo homicida, ya sea directo o eventual con representación del mortal desenlace, sin exigirse la carga de subjetividad propia del delito deliberado, con minuciosa y anticipada previsión del modus operandi en cuanto que eliminar una vida se ofrezca como necesaria o conveniente para la realización del plan de apoderamiento, bastando a tal efecto con el surgido de modo repentino instantáneo, en el curso de la acción incidente, en principio sobre la propiedad ajena, ante imprevistos; en consecuencia, sólo se adscribe el (Exp. 159-99 HABER NULIDAD, 1999)subtipo penal el supuesto de que la muerte se produzca de modo episódico, es decir, como consecuencia del hecho, según expresa el texto del precepto legal, quedando fuera el supuesto de que la muerte se produzca de manera pre ordenada, esto es, cuando la muerte de la víctima va encaminada a la consecución del apoderamiento lucrativo, caso en el cual nos encontraremos frente a un homicidio calificado, en tanto que el homicidio se erige como delito medio para llegar al delito fin: el apoderamiento violento del bien mueble”.

Incluso tal forma de ver las cosas ha sido reiterada en el precedente de carácter vinculante del 17 de febrero del 2005, cuando la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema ha sostenido, en forma pedagógica “que cuando la violencia es ejercida con posterioridad a la consumación del hecho punible y se cause la muerte de la víctima, la conducta del agresor habría quedado circunscrita a un resultado preterintencional o a un delito contra la vida, el cuerpo y la salud- homicidio doloso-, produciéndose aquí un concurso real de delitos, esto es, la presencia de dos ilícitos calificándolos cada uno de ellos como hechos independientes. Que, sin embargo, si la muerte de la víctima la ocasionó el agente para facilitar la consumación del robo, para ocultar su realización, impedir su detención, tal acción homicida constituirá delito de asesinato (ver José Hurtado Pozo. Manual de Derecho Penal. Parte Especial I. Homicidio. Ediciones Juris. Lima mil novecientos noventa y cinco, paginas

cincuentinueve y sesenta). Sexto: Que, en cuanto se refiere a los hechos submateria, de las diligencias y pruebas actuadas ha quedado establecido que en horas de la tarde del ocho de junio del dos mil dos, el agraviado Carlos Lino Chonlón Vega fue interceptado por los coacusados Carlos Alberto Ramos Sandoval, Darío Damián Pedraza Alarcón y Rey David Pedraza Campos, en circunstancias que luego de retirar dinero del Banco se dirigía a bordo de una motocicleta por la carretera con destino al Centro Poblado Menor “Naranjos Alto» en la jurisdicción del Distrito de Cajaruro, Provincia de Utcubamba, siendo el caso que Ramos Sandoval conjuntamente con Pedraza Campos, aprovechando la superioridad numérica y empleando violencia le despojaron del dinero que portaba, para darse a la fuga, a lo que el agraviado en su intento de recuperar lo sustraído es impactado por un proyectil de arma de fuego disparado por Darío Damián Pedraza Alarcón quien se encontraba detrás de aquel en actitud de contención, ocasionando su muerte en forma instantánea, siendo la causa de ella shock hipovolémico, traumatismo torácico abierto, lesiones de disparo de arma de fuego, conforme aparece en el protocolo de autopsia de fojas sesentitrés: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia recurrida de fojas cuatrocientos sesentiséis, su fecha trece de setiembre del dos mil cuatro, en cuanto condena a CARLOS ALBERTO RAÍMOS SANDOVAL Y DARIO DAMIAN PEDRAZA ALARCON por el delito de robo agravado, en agravio de Carlos Lino Chonlón Vega.

En suma, no todas las situaciones de robo en que se produce el resultado muerte de una persona, son subsumidas en la última parte del artículo 189 del Código Penal. En los casos en los que el autor o coautores han preordenado la muerte de la víctima, o actúan decididamente con el objetivo expreso de matar para luego apoderarse de los bienes muebles, configuran asesinato, mas no robo y subsecuente muerte de la víctima. Igual situación aparece cuando el agente mata a un tercero que no reúne las características exigíóles para constituirse en víctima del robo agravado,

es decir, cuando el agente ocasiona la muerte de un tercero que no es propietario ni poseedor del bien objeto del robo.

Respecto de quienes pueden constituirse en víctimas, cabe hacer la siguiente precisión: como ya hemos dejado establecido al realizar la hermenéutica del delito de robo, son víctimas los propietarios del bien objeto del robo así como aquellos poseedores legítimos o servidores de la posesión que define el artículo 897 del Código Civil, sobre los cuales van dirigidas las acciones de violencia o amenaza o en este caso, la acción homicida para vencer cualquier eventual resistencia en defensa de los bienes y de ese modo lograr la sustracción. En otras palabras: víctima es el propietario que ve mermado su patrimonio con la sustracción así como los poseedores que se ven afectados o perjudicados con la acción homicida.

En ese sentido por ejemplo, es subsumible en la agravante tal como lo hace atinadamente la Corte Superior del Callao y confirmada por la Corte Suprema, el hecho que da cuenta la Ejecutoria Suprema 02 de mayo del 2000 (Expediente 186-2000 -Callao, 2000) en el cual *“los procesados... previa concertación de voluntades, se trasladaron a la empresa Papelera Nacional S.A..., con la finalidad de sustraer diversas especies, una vez que los tres primeros se encontraban en el interior de la empresa, se dirigieron a la caseta de control donde se hallaba el agraviado Luis Alberto Masías Malásquez cumpliendo su labor de vigilancia, quien al percatarse de la presencia de los acusados intentó enfrentarlos, oponiendo tenaz resistencia, ante ello el encausado Higinio Aramburu quien portaba un arma de fuego le disparó impactándole el proyectil en la región del tórax, causándole la muerte...”*

Incluso así lo precisa (ROJAS VARGAS 2000) cuando refiere que al haberse admitido la pluriofensividad del delito de robo, cabe extender la titularidad, en este caso complementaria, del sujeto pasivo a quienes

sufren la violencia, lesiones, o se ven afectados en su libertad. Es una apreciación dogmática-jurídica que resulta coherente con la diversidad de bienes jurídicos en juego y que son objeto de tutela penal. Sin embargo, el citado autor se contradice cuando pretendiendo encontrar una diferencia entre el término “persona” que aparece en la tipicidad del robo simple con el de “víctima” que aparece en la agravante en comentario, sostiene que para configurarse la agravante, la persona debe ser aquella que además de perder la vida por los actos propios del robo vea mermado su patrimonio. Esto es, sólo se configura la agravante cuando el sujeto pasivo es el propietario del bien. Los poseedores o los que tienen la tenencia de los bienes así mueran a consecuencia del uso de la violencia por parte de los agentes con la finalidad de sustraer los bienes, no están protegidos por esta agravante. Con esta posición (ROJAS VARGAS 2000), niega la configuración de la agravante en el caso que da cuenta la Ejecutoria Suprema antes citada, alegando en su comentario a tal Ejecutoria que en el caso se presenta un concurso entre homicidio simple y hurto agravado.

Posición discutible que no compartimos, pues no podemos hacer diferencias en donde la ley no lo hace y menos hacer una interpretación sobre lo que significa sujeto pasivo para el tipo básico y otra diferente para lo que significa sujeto pasivo en un tipo derivado o cuando concurre agravante. Mucho menos se puede aceptar tal postura, si como en el caso que da cuenta la Ejecutoria Suprema, estamos ante un “servidor de la posesión”, quien según el artículo 897 del Código Civil, es aquel que se encuentra en relación de dependencia respecto a otro y conserva la posesión en nombre de éste, cumpliendo órdenes e instrucciones suyas.

Por el contrario, si el resultado muerte se produce sobre un tercero que no es propietario, poseedor del bien ni servidor de la posesión, se producirá un concurso real de delitos entre robo simple o agravado en agravio del propietario, poseedor o servidor de la posesión, de ser el caso, con homicidio simple o asesinato en agravio del tercero que por ejemplo,

ocasionalmente salió en defensa de la víctima del robo o un tercero que persiguió al agente después de la sustracción.

Para concluir con el análisis de las agravantes del delito de robo, es pertinente dejar establecido que las dos últimas agravantes de ningún modo constituyen resultados preterintencionales. En efecto, sabemos que existe preterintencionalidad cuando el agente dolosamente causa un resultado determinado, el mismo que por negligencia o culpa de su autor se convierte en un resultado más grave. Ejemplos evidentes de ilícitos preterintencionales son los últimos párrafos de los artículos 115, 121, y 122 del Código Penal. Allí se redacta expresamente cuándo estamos ante un delito preterintencional, apareciendo siempre la frase “y el agente pudo prever este resultado”. En cambio, la redacción de la última parte del artículo 189 dista totalmente de tales parámetros. Aquí la mayor de las veces el agente dolosamente causa las lesiones leves o la muerte de la víctima con la evidente finalidad de quebrar o anular la resistencia a la sustracción de sus bienes. En el delito preterintencional, el agente no quiere el resultado grave en cambio aquí, el agente quiere el resultado grave. En los casos en que concurre la negligencia en la producción del resultado (lesiones graves o muerte), este es consecuencia inmediata y directa de los actos de fuerza sobre la víctima en la sustracción de sus bienes. Aquí el agente ocasiona el resultado grave con una culpa directa e inmediata.

2.5.1.-Penalidad

Cuando concorra cualquiera de las circunstancias agravante por si solas o en conjunto, previstas en el primer párrafo del artículo 189, el agente será merecedor de pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de veinte años. En cambio cuando se trata de alguna agravante prevista en el segundo párrafo del citado numeral, el autor será merecedor a pena privativa de libertad no menor de veinte ni mayor de veinticinco años.

En tanto que si se trata de alguna de las agravantes previstas en el último párrafo del numeral 189, el autor infelizmente será objeto de sanción con cadena perpetua, la misma que en un Derecho Penal mínimo y garantista que impulsa un Estado Social y Democrático de Derecho, debe ser proscrita por inhumana y negar los fines constitucionales de la pena.

CAPITULO II

ARMA APARENTE O SIMULADA

3.1.- CONCEPTO DE ARMA.

Se considera: “Arma” es todo objeto capaz de producir un daño en el cuerpo o en la salud de una persona, y, en un sentido más estricto, es todo instrumento destinado a ofender o a defenderse.

Partiendo de una conceptualización semántica otorgada por la Real Academia de la lengua, debe entenderse por arma todo instrumento apto para ofender o defenderse. Esta sólo logrará su objetivo con el incremento de la agresión o el poder ofensivo del agente. En consecuencia, por arma se entiende todo instrumento físico que cumple en la realidad una función de ataque o defensa para el que la porta.

En un sentido genérico, arma es todo elemento que aumenta de cualquier modo el poder ofensivo del hombre. Bajo este orden de ideas, es preciso tener en cuenta que el concepto de arma admite las tres categorías siguientes:

- **Armas en sentido amplio:** todo aquel instrumento que intensifica la potencia agresiva del agente y consecuentemente el riesgo para otros bienes jurídicos.
- **Armas en sentido restringido:** instrumentos que han sido elaborados con la finalidad de incrementar la potencia agresora del agente.
- **Armas aparentes:** instrumentos que objetivamente no incrementan la peligrosidad del comportamiento del agente de cara a la lesión de los otros bienes jurídicos.

Sobre las clases de armas, la cuestión no es pacífica en la doctrina nacional. Así, un sector de ella considera que dichas son: la de fuego y las blancas (cortantes, punzo cortantes, contundentes, etc.).(PEÑA CABRERA FREYRE, 2008)

Por ejemplo, (SALINAS SICCHA,, 2006)señala que constituyen armas para efectos de la agravante: arma de fuego (revólver, pistolas, fusiles, carabinas, ametralladoras, etc.), arma blanca (cuchillo, verduguillo, desarmador, navajas, sables, serruchos, etc.) y armas contundentes (martillos, combas, piedras, madera, fierro, etc).

Mientras que otro sector de la doctrina²⁹ se inclina por la clasificación que las agrupa en armas propias e impropias, es decir, las específicamente destinadas para el ataque o defensa de las personas, y los objetos que adquieren tal carácter por razón de su empleo como medio contundente. Así, en palabras de (DONNA 2005)

Armas propias: Son aquellos instrumentos que han sido fabricados expresamente para ser empleados en la agresión o defensa de las personas.

Este grupo comprende, a decir de (DONNA 2005):

Armas de fuego: instrumentos de dimensiones y formas diversas, compuestos por un conjunto de elementos mecánicos que con un funcionamiento normal y armónico entre sí, resultan aptos para el lanzamiento a distancia de determinados cuerpos, llamados proyectiles, aprovechando la fuerza expansiva de los gases que se desprenden al momento de la deflagración de un compuesto químico denominado pólvora, con producción de un estallido de gran potencia, con fuerza, dirección y precisión. Han recibido este nombre por el fuego que se produce al ser percutido el fulminante.

En general, los elementos fundamentales constitutivos de un arma de fuego son: el armazón, el cañón o tubo, el aparato de puntería, el mecanismo de carga, el mecanismo de cierre, el mecanismo de disparo, el mecanismo de extracción y expulsión, el mecanismo de seguridad, las guarniciones y los accesorios.

En otras palabras, arma de fuego es aquel instrumento que se emplea para atacar o defenderse y que impulsa un proyectil por medio de un dispositivo que utiliza la fuerza expansiva de los gases que produce la combustión rápida de la pólvora u otra sustancia con propiedad semejante.

Armas blancas: son las ofensivas de hoja metálica punzante o cortante, como los bastones-estoque, los puñales de cualquier clase, los cuchillos acanalados, estriados o perforados, dagas, espadas, y las navajas llamadas automáticas. Se incluyen también, en el concepto de armas propias, todas aquellas cuyo destino sea ofender a las personas y cuyo uso han sido prohibido por la ley, y se asimila a las armas explosivas; gases asfixiantes y lacrimógenos. Las armas impropias son aquellos objetos que, sin ser armas propiamente dichas, y habiendo sido fabricadas para diverso destino, se emplearon ocasionalmente para producir un daño en el cuerpo o en la salud de una persona. Deberá el juez apreciar, en el caso concreto, si, de hecho, por la forma en que fueron mostradas o utilizadas, representaban o no un argumento de violencia física inmediata.

Al respecto, no es necesario que el objeto se asemeje a un arma, sino que cumpla la función de potencializar la capacidad ofensiva del sujeto activo: una lapicera, utilizada a modo de cortaplumas, amenazando, por ejemplo, un ojo, puede ser tomada como arma impropia. Asimismo, una rama de árbol utilizada

como garrote, etcétera; en definitiva, todo elemento capaz de disminuir la capacidad defensiva del sujeto pasivo de manera que al sujeto activo le sea posible desapoderarlo habida cuenta de la menor defensa de la víctima, ya sean navajas, cuchillos, y has incluso se ha llegado a aceptar como arma la utilización de una jeringa conteniendo el virus del HIV.

Se deben considerar como armas impropias todos «los instrumentos punzantes aun cuando no haya sido originariamente fabricados con el fin de servir propiamente como armas, toda vez que lo decisivo, desde el punto de vista teleológico, no es la finalidad con la que se construyó el instrumento, sino el peligro que de su uso se deriva, y el aumento del poder coactivo de la acción».

Señala (VILCAPOMA, 2000) que esta última clasificación la más adecuada porque permite una mayor amplitud, al poder incluir en ella una serie de instrumentos no contemplados en la clasificación anterior. Esto se refuerza con el hecho de que en ella se pueden considerar aquellas que, no pudiendo ser considerados como armas, por su naturaleza (arma de juguete de metal, revólver de fogeo, etc.) sí tienen dicha apariencia y son idóneos para intimidar a la víctima (estado necesario para poder reducir su voluntad y lograr apoderarse del bien).

Aunque también existen argumentos en contra de la clasificación entre armas propias e impropias. Tozzini, por ejemplo, entiende que la introducción del concepto de armas impropias termina por vulnerar el principio de legalidad, al introducir en el tipo un concepto extensivo, por analógico, como asimismo el de certeza jurídica, al desdibujar el entorno lo más preciso posible que debe otorgarse a todo elemento del tipo penal, mediante distinciones que no aparecen como surgidas de un análisis sistemático del Código.

Siguiendo a Simaz, consideramos que sostener como regla general que la inclusión de las “armas impropias” dentro del concepto de arma vulnera el principio de legalidad, sea mediante la sub-concreción de *lex certa* o *lex stricta*, es erróneo porque ello implicaría apoyarse en una distinción (la intención del fabricante) que en la mayoría de los casos resulta un tanto absurda.

3.2.- EL CRITERIO JURISPRUDENCIAL

De acuerdo con la conceptualización asumida por la jurisprudencia nacional: «... arma es el instrumento destructivo e intimidante por excelencia al incrementar la capacidad agresiva del agente; que como tal las armas de fuego cumplen estas funciones: destruir o intimidar (...)»

Por ejemplo la Ejecutoria del 08 de mayo del dos mil tres, emitida por la Sala Penal Transitoria, da cuenta de un caso concreto en el cual el agente para lograr su objetivo de sustraer los bienes del agraviado utilizó como arma un desarmador. En efecto, la citada ejecutoria argumenta: «Que durante la secuela del procesado el Colegiado ha evaluado y meritado las pruebas actuadas estableciendo la responsabilidad penal de Rubén Sánchez Fuertes en la comisión del delito contra el Patrimonio Robo Agravado, quien en compañía de dos menores de edad interceptó a los agraviados (...) despojándolos de sus pertenencias (...), para cuyo fin el citado procesado utilizó un desarmador con el fin de intimidarlos» Incluso hasta una piedra puede llegar a ser considerada arma impropia. En la jurisprudencia española, se dijo que:

«Partiendo de que “piedra”, semánticamente significa “sustancia mineral dura y compacta, que no es terriza ni de aspecto metálico”, no es preciso remontarse, ni al Paleolítico, ni al Neolítico, ni siquiera a la época de los honderos baleares, y de ciertos episodios bíblicos, ni de las catapultas, ni, finalmente a tiempos más recientes, cuando en los albores de la artillería, se utilizaban pedreros, esto es, bocas de fuego antiguas destinadas a disparar pelotas de piedra, para

comprender que, en casi todos los tiempos, las piedras fueron armas arrojadas, y que también se utilizaron reforzando la eficacia de las fuerzas físicas propiamente individuales, no cabiendo duda de que [...] su uso manual, aunque se concede que no constituye arma, es al menos medio peligroso, puesto que acrecienta el poderío físico y la capacidad vulnerante de quien se vale de ellas, cumpliendo un doble cometido, pues, de un lado, son instrumento adecuado para conminar o amedrentar, inspirando, en el sujeto pasivo, un temor racional y fundado, a sufrir un mal inminente y grave, y, de otro, son aptas e idóneas para golpear, herir, e incluso, matar, contribuyendo, de ese modo, a la perpetración de delitos de robo con violencia»

Por su parte, en la jurisprudencia argentina, se ha considerado arma a efectos de la agravante, a un alambre aplicado alrededor del cuello de un taxista para exigirle la entrega de dinero; al empleo de un aerosol que contenía una sustancia irritativa; a los caños empleados por los asaltantes para agredir; a una baldosa utilizada para golpear a la víctima; en cambio, se negó el carácter de arma impropia a una bufanda empleada para retener por el cuello a la víctima contra el respaldo de la butaca de su vehículo, sobre la base de que por sus propiedades no es susceptible de generar un mayor peligro para la víctima que las propias manos del agresor.

3.3.-CONFIGURACIÓN DE EL USO DE ARMAS APARENTES EN LA CONDUCTA TÍPICA PREVISTA EN EL ART. 189 INC.3 DEL CÓDIGO PENAL.

No obstante lo señalado anteriormente, debemos precisar que no todas las armas presentan la misma relevancia para el comportamiento del agente. Al respecto, y a modo de recuento, la doctrina⁵ se ha encargado de realizar una categorización de las armas:

⁵Cfr BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, Manual de Derecho Penal, p. 312.

a. Arma en sentido estricto.- En la cual ingresan todos los instrumentos que tienen como finalidad específica su utilización para fines de agresión o defensa, esto es, que su elaboración persigue directamente conseguir el aumento de la potencia defensiva o agresora del individuo (v.gr. revólver, cuchillo, etc.)

b. Arma en sentido amplio.- En la cual ingresan todos aquellos instrumentos cuya elaboración, no obstante carecer de esta específica finalidad de incremento de la potencialidad agresora o defensiva, pueden ser circunstancialmente utilizados con esa finalidad en la medida que sus características morfológicas resultan idóneas para esos fines (v.gr. objetos contundentes, cortantes, etc.)

c.- Arma aparente.- En esta categoría ingresan aquellos instrumentos que presentan características externas similares a las auténticas, pero que en la realidad se muestran inadecuadas o inidóneas para la concreción de la finalidad agresora o defensiva presente en el agente.

3.3.1.-el estado actual en la jurisprudencia.

En cambio, la jurisprudencia nacional traducida en resoluciones de nuestro máximo Tribunal ha adoptado posición totalmente distinta. No se toma en cuenta si el arma aumenta la potencial agresividad del agente sino por el contrario, se toma en cuenta el estado anímico de la víctima al momento en que el agente actúa portando o haciendo uso del arma aparente.

Tres ejecutorias son suficientes para graficar la posición de la jurisprudencia nacional:

1) Ejecutoria del 10 de marzo de 1998, la Corte Suprema expresó que:

«Tomando en consideración que un arma es todo instrumento real o aparente que incrementa la capacidad de agresión del agente y reduce la capacidad de resistencia de la víctima, de ninguna manera puede considerarse como

circunstancia de robo simple el hecho de haber los encausados usando armas aparentemente inocuas (revólver con fogueo y un madero) ya que resultaron suficientes para atemorizar a los agraviados contra los que ejercieron violencia».

2) La ejecutoria suprema del 20 de abril de 1998 afirma que:

«si bien conforme al dictamen pericial de balística forense el arma tiene la calidad de revólver de fogueo, ello no exime, en el caso de autos, a los agentes de su conducta delictiva dentro de los alcances de la agravante del robo a mano armada, toda vez que en la circunstancia concreta el uso del mismo produjo un efecto intimidante sobre las víctimas al punto de vulnerar su libre voluntad, despertando en estas un sentimiento de miedo, desasosiego e indefensión».

3) Finalmente, por Ejecutoria Suprema del 10 de julio de 1998 se sostiene que:

«el concepto de arma no necesariamente alude al arma en su poder, sino que dentro de dicho concepto debe comprenderse a aquel instrumento capaz de ejercer efecto intimidante sobre la víctima, al punto de vulnerar su libre voluntad,despertando en esta un sentimiento de miedo,desasosiego e indefensión, bajo cuyo influjo hace entrega de sus pertenencias a sus atacantes».

Ahora bien, analizamos que en la jurisprudencia existía una disparidad de criterios que generan riesgos para la seguridad jurídica, así el R. N 26276-2012 Junín nuestra Corte Suprema manifiesta correctamente desde nuestra posición, la no concurrencia de la circunstancia de ataque a mano armada pues considero que tipo exige cierta certeza que ponga en peligro tanto la vida, como la integridad física o la salud de las víctimas lo que no concurre en este caso, así en opinión de Gonzales Rus no pueden considerarse tales armas simuladas o inservibles, porque con independencia de su mayor o

menor parecido con las reales; no pueden desencadenar nunca el peligro efectivo de la lesión que la fundamenta. Posteriormente la Corte Suprema cambia de criterio y uniformiza sus lineamientos en el Acuerdo Plenario N°05-2015/ CIJ-116 en el cual se decanta por la posición que el arma aparente, simulada, inoperativa queda encuadrada dentro de la agravante a mano armada, utilizando como punto de partida que la acción de robar con arma de juguete es una acción alevosa sirviendo para doblegar la voluntad de la víctima la que desconoce si el arma es de juguete, el sujeto activo actúa con intimidación hacia la víctima consumándose así el delito por lo tanto el uso de arma juguetes debe sancionarse con una pena privativa de libertad de 12 a 20 años.

3.3.2.- La discrepancia en la doctrina:

La tercera posición jurisprudencial, arriba resumida, es la que Rojas Vargas ha denominado posición racionalizadora que, sopesando el rigor de la fuerza argumentativa de tales tesis y sin subestimarlas o desecharlas, sostiene que si bien no se puede negar que un arma utilizada o deteriorada no es apta para concretar su destino ofensivo, si la misma puede ser utilizada de otro modo con igual peligro real para la vida, integridad física o salud, estaremos ante el ámbito normativo de la agravante de robo a mano armada; de no ser así nos quedaremos en el dominio típico de la amenaza o intimidación propia del robo simple.

Salinas Siccha, del mismo modo, también asume la tercera postura denominada racionalizadora con acercamiento a la posición jurisprudencial. En efecto, la primera postura amparada en el no poder producir peligro real para la víctima el uso del arma aparente, pone énfasis en el arma de fuego que si no es apta para su finalidad o destino normal obviamente no pone en peligro la vida o integridad física de la víctima; sin embargo, tal postura no toma en cuenta que muy bien aquella arma aparente (revólver de fogeo, pistola de juguete, etc.) puede ser utilizado como arma contundente y fácilmente poner en peligro la integridad física de la víctima.

En consideración de Salinas Siccha, la segunda postura al tomar en cuenta solamente el poder intimidante que produce en la víctima el uso del arma aparente, también obvia que el arma aparente puede causar real peligro para la integridad física de la víctima. Para esta postura si el uso del arma aparente no causó efecto intimidatorio en la víctima y en su caso opuso resistencia, la agravante no concurre. Sin embargo, el uso del arma aparente pone muy bien en peligro real la integridad física del sujeto pasivo.

Del mismo parecer es (REÁTEGUI SÁNCHEZ 2005), para quien, para la configuración del art. 189 inc. 3 CP, no es necesario que el arma de fuego esté en perfectas condiciones para su uso, dado que el arma sólo debe servir, para el caso específico del delito de robo, de “oponer” resistencia a la víctima al momento de producirse el apoderamiento de la cosa; en este caso –señala Reátegui Sánchez- basta que el sujeto activo muestre de manera objetiva e indubitable ante los ojos de la víctima. Por lo que, más que el funcionamiento del arma de fuego, lo que agrava la tipicidad de la conducta es que la víctima se intimide con el arma mostrada, aun cuando este no sea un arma verdadera. En la doctrina argentina, de similar parecer es Simaz, cuando señala que, en el caso de robo con armas, la protección que persigue el legislador no se refiere a la vida o integridad física de las personas –aunque de hecho pueda verse afectada- sino a la mayor intensidad con que se produce la intimidación de las personas, producto de la exhibición de un “arma” que a los ojos de la víctima reviste capacidad vulnerante.

Pero también hay un sector de la doctrina para la cual el efecto intimidatorio en la víctima no es suficiente para calificar el uso de armas aparentes dentro de los alcances del art. 189 inc. 3 CP. Así, Peña Cabrera señala que la mera simulación no es suficiente para delinear la agravación que comentamos, pues el arma aparente no aumenta la potencialidad agresiva del agente⁵⁴. Del mismo modo, Villa Stein sostiene que «por arma no se entiende las simuladas

o inservibles, por inidóneas». En la misma línea, si bien apelando al lado subjetivo del agente, para Bramont-Arias Torres/García Cantizano, el uso de armas aparentes en la sustracción configura el delito de robo [simple, y no agravado], debido a que el empleo de un arma aparente demuestra falta de peligrosidad en el agente, quien en ningún momento ha querido causar un daño grave a la víctima.

Sin embargo, manifestándose en contra de este parecer doctrinal, hay quienes han señalado que esta interpretación, además de olvidar a la víctima (titular del bien jurídico protegido por la norma), pasa por alto el elemento psicológico que produce en la víctima la exhibición del arma aparente y que lo estimula a “dejarse robar”. Este elemento psicológico, se afirma, está normativizado en el art. 188° CP con respecto a la víctima, no en relación al victimario, por lo que carece de sentido indagar la voluntad del agente. Lo decisivo, entonces, pasa por indagar la representación que se formó la víctima al momento en que entró en contacto con el instrumento. El juez debería valorar el medio utilizado “poniéndose en los zapatos de la víctima”.

En este mismo sentido, (SALINAS SICCHA 2000) considera que el uso de arma aparente se subsume en la agravante en análisis hasta por tres argumentos:

Primero, aceptando que arma es todo instrumento que cumple una función de ataque o defensa, el arma aparente muy bien puede ser usada para atacar o defender. Un arma de fuego al ser inútil para cumplir su finalidad natural por deterioro, ser de juguete o de fogueo, muy bien en la práctica puede convertirse en arma contundente o punzante.

Esto es, como arma contundente o punzante pone en peligro real la vida o integridad física de la víctima. Ejemplo, opera la agravante cuando el agente al hacer uso de un revólver de fogueo en un robo, al tener resistencia de su víctima, lo utiliza como arma contundente y le ocasiona un traumatismo

encéfalo craneano. También estaremos ante la agravante cuando el agente para robar hizo uso de una pistola de juguete, con el cual al oponer resistencia la víctima, le pinchó la vista izquierda, haciéndole en consecuencia inútil para su función natural en el futuro.

Segundo, afirma Salinas Siccha, el empleo de arma (blanca, de fuego o contundente) por parte del agente, normalmente ocasiona a la víctima efecto intimidatorio. Necesariamente provoca miedo y desasosiego en el sujeto pasivo, al punto que teniendo este la posibilidad de defender la sustracción de sus bienes, no lo hace por temor al mal de perder la vida o poner en riesgo su integridad física. Al producirse un hecho concreto, la víctima nunca piensa si el arma es real o aparente. Lo aparente solo se sabrá después de los hechos cuando incluso se someta a determinadas pericias. De ese modo, Walter Vilcapoma, sostiene que es el efecto intimidante del arma lo que se levanta como un elemento calificante, con mucha más valía que la peligrosidad o eventual lesión de otros intereses distintos al patrimonio.

Tercero, concluye Salina Siccha, no debe obviarse la finalidad que busca el agente al hacer uso de un arma de fuego real o aparente. Lo hace con el firme objetivo de anular la capacidad de resistencia de la víctima por miedo. Sabe perfectamente que una persona común de carne y hueso se intimida al observar un arma de fuego y sabe también perfectamente que llegado el caso puede utilizar el arma de fuego aparente en arma contundente o punzante para defenderse en caso que la víctima oponga resistencia. Consideramos que visto el asunto solamente desde el sujeto pasivo, y en un momento en que la víctima toma un papel relevante, era claro que la jurisprudencia admitiera la agravación del robo con arma descargada, ya que aumenta la capacidad ofensiva del autor, porque juzgado el caso ex ante, la víctima no puede detenerse a cuestionar si su asaltante tiene o no el arma cargada o, en su caso, si ésta es apta para el disparo⁶⁰. Por ello hay quienes, como Vilcapoma Buijaico⁶¹, señalan que no se requiere que el arma sea real, basta que se

ciña de apariencia, agregando que esto se fundamenta en el hecho de que a la víctima no le es exigible, por las circunstancias que la rodean, que conozca la real dimensión (idoneidad) del objeto que el agente utiliza.

CAPITULO IV

EL ROBO AGRAVADO EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

4.1.- EN JURISPRUDENCIA ARGENTINA

Se ha considerado arma a efectos de la agravante, a un alambre aplicado alrededor del cuello de un taxista para exigirle la entrega de dinero; al empleo de un aerosol que contenía una sustancia irritativa; a los caños empleados por los asaltantes para agredir; a una baldosa utilizada para golpear a la víctima; en cambio, se negó el carácter de arma impropia a una bufanda empleada para retener por el cuello a la víctima contra el respaldo de la butaca de su vehículo, sobre la base de que por sus propiedades no es susceptible de generar un mayor peligro para la víctima que las propias manos del agresor⁶.

4.2.- EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

Se dijo que:

«Partiendo de que “piedra”, semánticamente significa “sustancia mineral dura y compacta, que no es terriza ni de aspecto metálico”, no es preciso remontarse, ni al Paleolítico, ni al Neolítico, ni siquiera a la época de los honderos baleares, y de ciertos episodios bíblicos, ni de las catapultas, ni, finalmente a tiempos más recientes, cuando en los albores de la artillería, se utilizaban pedreros, esto es, bocas de fuego antiguas destinadas a disparar pelotas de piedra, para comprender que, en casi todos los tiempos, las piedras fueron armas arrojadizas, y que también se utilizaron reforzando la eficacia de las fuerzas físicas propiamente individuales, no cabiendo duda de que [...] su uso manual, aunque se concede que no constituye arma, es al menos medio peligroso, puesto que acrecienta el poderío físico y la capacidad vulnerante de

⁶ Mayores referencias sobre dichos pronunciamientos jurisprudenciales en FONTÁN BALESTRA, Derecho Penal. Parte Especial, p. 489.

quien se vale de ellas, cumpliendo un doble cometido, pues, de un lado, son instrumento adecuado para conminar o amedrentar, inspirando, en el sujeto pasivo, un temor racional y fundado, a sufrir un mal inminente y grave, y, de otro, son aptas e idóneas para golpear, herir, e incluso, matar, contribuyendo, de ese modo, a la perpetración de delitos de robo con violencia»⁷.

⁷ Las referencias en, DONNA, Delitos contra la propiedad, p. 162.

CAPITULO V

PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y LESIVIDAD EN EL DERECHO PENAL PERUANO

5.1- PRINCIPIO DELEGALIDAD.

5.1.1.- Antecedentes históricos

En la actualidad, se llega a afirmar que el principio de legalidad es producto de la filosofía de la ilustración; pero sin embargo, también, se ha llegado a sostener que sus orígenes se remontan a épocas anteriores, remitiéndose hasta el Código de Hammurabi (según algunos, año 1950 a. C., según otros año 1700 a. C.) en el cual se planteaba la necesidad de un derecho plasmado en grafías, accesible a todos, que protegiera y brindara seguridad jurídica a los ciudadanos. (VELÁSQUEZ, 1995). Igualmente, hay algunos que señalan que el Derecho romano y el Derecho Medieval románico preveían ya en cierta medida prohibiciones de retroactividad, pero era absolutamente usual castigar conforme al Derecho consuetudinario o al arbitrio judicial. Durante algún tiempo, otro sector doctrinal ha sostenido que su origen hay que buscarlo en el artículo 39 de la Magna Charta Libertatum dada por el Rey inglés Juan sin Tierra en el año 1215. Otros se inclinan por el precedente de la Charta Magna Leonesa que D. Alfonso Rey de León y de Galicia, otorgó en las Cortes de León del año 1188. (MORILLAS, 1992). Pero, sin duda, es el pensamiento de la ilustración, que surgió como respuesta a las arbitrariedades del poder estatal, el que sienta las bases del principio de legalidad. Encuentra en esta época, su plasmación, su firme y claro contenido, hasta hoy, vigente.

De cualquier forma no cabe duda que el principio, tal como actualmente se concibe; tiene su origen en el siglo XVIII y es obra del pensamiento ilustrado y liberal en su lucha contra los abusos y arbitrariedades del poder. Su consagración definitiva se inicia en las Constituciones americanas (Filadelfia, 1774; Virginia y Maryland, 1776). En Europa lo esboza la “Josephina” austriaca de 1787, pero es, sobre todo, la Declaración francesa de los Derechos del

hombre y del ciudadano de 26 de agosto de 1789 la que le otorga carta de naturaleza.

5.1.2.- Ámbito conceptual

Se considera, con mucho acierto, que el principio de legalidad, constituye uno de los cimientos sobre los que debe reposar todo Estado democrático y de derecho. Los valores como la libertad y seguridad personales, son los que fundamentan este principio; por lo que la presencia del mismo en las reglas del Derecho Internacional Público y en las del derecho interno, no hacen más que poner en primer orden, su importancia y su gravitación en la construcción del control penal.

Está claro, pues, que este principio juega un rol elemental al fijar límites objetivos al ejercicio del poder punitivo estatal; siendo uno que, por su naturaleza jurídica, cumple una función esencial y, además, establece deberes que deben ser cumplidos por los operadores del Estado, bajo el apremio de asumir responsabilidades funcionales, en caso de incumplimiento de los parámetros que introduce el principio de legalidad.

El principio de legalidad penal es, en cuanto a su vigencia, una exigencia jurídica fundamental en todo sistema que se precie respetuosa de los derechos humanos. Es por ello, reconocido en la mayoría de los Códigos penales y de las Constituciones políticas del mundo. Así en el Perú y en España se proclama este principio y sus inherentes garantías, que luego estudiaremos, en el propio texto de la legislación orgánica del Derecho punitivo (art. II, III, VI, entre otros, del Código penal peruano de 1991; arts. 1, 2, 4 y 10, entre otros, del Código penal español de 1995) y del Ordenamiento penitenciario (en España, también en el art.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria), y con carácter jurídico fundamental también la constitución (arts. 2 inc. 24 d, 103, 139 inc. 10, 140 de la Constitución peruana; arts. 81.1, 53.1, 9.3 y en correlación con el principio de la irretroactividad de la ley penal en el art. 25.1 de la Constitución española).

Este principio es conocido universalmente con el apotegma latino “nullum crimen, nullapoena, sine lege”; es decir “no hay delito, no hay pena, sin ley”. Las formulaciones latinas ordinarias del principio de legalidad –nullapoena sine lege (scripta, stricta, praevia, certa), nullapoena sine crimine, nullum crimen sine poenalegali- provienen de Feuerbach, que las desarrolla como elemento de su teoría de la pena (teoría de la conminación penal):

Nuestra Constitución Política establece en su artículo 2.24.d) que “Toda persona tiene derecho: (...) A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: (...) Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”. Así mismo, la Carta Política, en el literal a) del mismo artículo 2.24 sostiene que “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”. Es indiscutible que, como está concebido jurídicamente este principio en la Constitución política, técnicamente, constituye un derecho fundamental de la persona, por lo que los operadores del Estado no solo están obligados a observarlo, sino que además tienen el deber jurídico de cumplirlo, atendiendo a la fuerza normativa constitucional que en la actualidad tiene; en ese sentido, hoy debe ser denominado como el derecho a la legalidad penal. También goza del mismo reconocimiento en otros ordenamientos constitucionales e internacionales. La vigencia de este principio es indiscutida; es más, desde la Revolución francesa y los movimientos codificadores se le considera como un principio básico del derecho penal. Es cierto que inicialmente este principio, que constituye en España, un derecho fundamental, el derecho a la legalidad penal, surgió, en realidad, como consecuencia de la desconfianza respecto de los jueces del Antiguo Régimen.

Este principio, tradicionalmente designado con el nombre de “principio de legalidad”, establece que la intervención punitiva estatal, tanto al configurar el delito como al determinar, aplicar y ejecutar sus consecuencias, debe estar

regida por el “imperio de la ley”, entendida ésta como expresión de la “voluntad general”. Y puesto que se refiere a la intervención del poder punitivo estatal se le puede llamar principio de intervención legalizada. (MUÑOZ CONDE, 1975)

No le falta razón al profesor Muñoz Conde, cuando sugiere que al principio de legalidad penal se le puede, igualmente, denominar como principio de intervención legalizada; ello atendiendo a que constituye un parámetro o un límite al poder punitivo estatal, en la medida que le impone al Estado la obligación de intervenir en asuntos penales, haciendo uso de un solo instrumento normativo, como lo es la ley; esto es para determinar infracciones penales, para fijar en abstracto las sanciones penales, y para todo aquello en lo que se requiera una intervención legalizada.

Hurtado Pozo agrega que "el Principio de legalidad tiende igualmente a establecer exigencias en relación a la manera como el legislador redacta las disposiciones legales. Al respecto, muchos autores dicen con justeza: "Nullum crimen nullapoena sine legecerta". Esto tiene en nuestro Derecho Penal confirmación ya que es necesario que la calificación de un hecho susceptible de sanción debe ser formulada de manera expresa e inequívoca. (HURTADO, 2000).

5.1.3. Fundamentos del principio de legalidad

Se puede sostener que son dos los fundamentos sobre los que reposa este principio, uno es el político y el otro es el jurídico. El fundamento del principio de legalidad no logra obtener unanimidad y acuerdo entre los especialistas del Derecho Penal. Por ejemplo, autores como Roxin consideran que el fundamento es tanto jurídico político como jurídico penal, mientras que Maurach o Mir Puig lo reconducen a la idea rectora del Estado de derecho. (URQUIZO, 2000).

5.1.3.1.- Fundamento Jurídico.

Una de las principales características del principio de legalidad es el de orientarse a crear seguridad jurídica, más aún si le entiende como un valor y fin del orden jurídico referido a la realización de una función de organización y de una función de realización. (...) La seguridad jurídica se opone a la incertidumbre, al azar, a la arbitrariedad y al desamparo respecto de una situación jurídica dada, que en materia penal viene representada por la comisión de un ilícito.

Esta seguridad jurídica constituye, además, una garantía para el ciudadano, en la medida que la existencia de la ley, le permite conocer los marcos de criminalidad. El principio de legalidad muestra sus efectos sobre el poder penal limitándolo a lo señalado en la ley, y sobre los ciudadanos, buscando que conozcan, en todo momento, cuáles son las consecuencias jurídicas de su conducta y la manera cómo van a ser aplicadas. (VILLAVICENCIO, 2006).

4.1.3.2.- El fundamento democrático del principio de legalidad penal

El contenido esencial del principio de legalidad penal, se resume en el aforismo latino "Nullum crimen, nullapoene sine lege" que quiere decir que sin una ley que lo haya declarado previamente punible ninguna conducta puede ser calificada como delito y merecer una pena del derecho penal, además, su contenido se resume en las exigencias de ley previa (lexpraevia) por el cual se prohíbe la retroactividad de la ley penal, ley estricta (lexstricta) se prohíbe la analogía, ley escrita (lexscripta) se establece la reserva de la ley y se prohíbe el derecho consuetudinario y Ley cierta (lexcerta) se determina la taxatividad de la ley penal y se prohíbe la expedición de normas penales indeterminadas.

Como concepción jurídica político, filosófico, el principio de legalidad penal tuvo su inicio en la Ilustración y fue acogido por en 1764 cuando publica su libro "De los delitos y de las penas" en este libro se enfatiza mucho respecto al fundamento democrático de este principio, que actualmente es seriamente cuestionado. (BECCARIA, 1984)

Señala Beccaria que "...sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir en el legislador, que representa a toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia, decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad".

Este pensamiento que, además, fue el de toda la filosofía penal conocida como la Ilustración, dejaba claro su preocupación por definir previamente los delitos y las penas en una sociedad, pero sobretodo su preocupación en fundamentar y justificar el fundamento democrático de la ley penal de quiénes son los que crearían los delitos y las penas, cómo se realizaría, es decir, cuáles son los límites para que se haga esta creación de delitos y de penas, la que estaría circunscrita en el derecho racional natural; y como se aplicarían, donde el rol del Juez sería muy exiguo.

Esta preocupación de fundamentar el principio de legalidad penal en los representantes del pueblo, tan mencionada en los filósofos y juristas de la Ilustración, así como fundamentar este principio en la división de poderes donde el poder legislativo tiene sus funciones de legislar en materia penal, el poder ejecutivo y judicial sus funciones propias distintas a la de legislar, en lugares como el Perú nunca ha tenido vigencia práctica, históricamente, recién aparece este principio como garantía constitucional en el Siglo XX, en la Constitución de 1920, más precisamente en el artículo 26° que prescribe lo siguiente: "nadie puede ser condenado sino conforme a las leyes preexistentes al hecho imputable y por los jueces que las leyes establezcan"; no se entiende esta actitud tardía de los legisladores, no obstante haberse ya establecido este principio en la declaración francesa de 1789.

Es probable como señala el constitucionalista peruano Marcial Rubio que "los constituyentes del siglo XIX prefirieron no constreñir las posibilidades represivas del Estado con normas expresas de rango constitucional".[4] En la realidad peruana actual es fácil detectar que los principales textos normativos penales, sustantivos, procesales y de ejecución penal, han sido

producidas por el Poder Ejecutivo, vía la delegación de facultades, autorizada por la constitución, donde el Poder Legislativo nunca ha tenido el rol de dar vigencia democrática a la norma jurídica penal, y asumir sus funciones como poder legislativo, teniéndose por tanto un poder ejecutivo sin límites para la creación y producción de normas jurídicas penales propias de un "Estado Leviatán".

Por ello el principio de legalidad penal actualmente ha decaído como fuerza que limita la facultad punitiva del Estado, sobre todo en lo que se refiere a su fundamento democrático según el cual solamente el poder legislativo es el llamado a legislar en materia penal, en el Perú, nadie en su sano juicio puede otorgar a los parlamentarios esta labor.

5.1.4.- Principio de legalidad y la facultad legislativa.

En doctrina, una de las consecuencias que se deriva del Principio de Legalidad, es la prohibición de delegar la facultad legislativa penal. Bramont Arias dice al respecto: "La garantía de la legalidad implica en el régimen republicano, que supone la división de Poderes del Estado, que el Poder Legislativo no puede pasar el ejercicio de su poder sancionador de la ley penal, ni al Poder Ejecutivo ni al Judicial, por ser una atribución privativa o exclusiva del Congreso

Sin embargo, el art. 188° de la Constitución permite tal delegación cuando señala que "el Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos sobre la materia y por el término que especifica la ley autoritativa".

A través del art. 211 o. inc. 11 de la Constitución, se otorga al Poder Ejecutivo la facultad "reglamentaria", ésta sólo "consiste en la autorización que tiene el Ejecutivo para reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de las leyes". Pero la creación de delitos y penas, es más que una simple reglamentación, es la esencia de la propia ley. Es entonces, que el Poder Ejecutivo no puede valerse de esta facultad para expedir alguna ley penal,

sustituyendo al Legislativo como "titular de la facultad represiva penal". El reglamento debe operar de acuerdo a la ley, más no más allá ni contra la ley, pues si así lo hiciera, cabría la posibilidad que se trasgrediera o desnaturaliza las leyes penales.

En conclusión, el excesivo o mal uso de las facultades legislativas puede constituir un peligro, cuando se accionan para transformar en leyes todas las voluntades del Poder Ejecutivo. Si se diera este caso se pondría en riesgo la libertad del individuo. Es por esto que el Principio de Legalidad constituye una garantía fundamental para los ciudadanos frente al poder punitivo del Estado.

5.1.5.- El tribunal constitucional y el principio de legalidad penal.

El período último que podemos identificar desde el nuevo milenio (2000 – 2009) no es ajeno a esta realidad, pero nos vislumbra un panorama diferente en cuanto a la aplicación del principio de legalidad penal. Es un periodo de restablecimiento del sistema democrático interrumpida nuevamente por un gobierno dictatorial como tantas veces en la historia del país, pero en el que se produce un fenómeno socio jurídico, interesante.

El principio de legalidad penal es concebido como un principio más entre otros principios que limitan el poder punitivo del Estado, principio de proporcionalidad, principio de culpabilidad, principio de resocialización entre otros, pero más importante aún es el hecho de que este principio es tutelado en la práctica cotidiana desde la ciudadanía, vía los procesos constitucionales como el de Inconstitucionalidad y el Hábeas Corpus que tuvieron y tienen viabilidad gracias al restablecimiento de los miembros del Tribunal Constitucional y la promulgación del Código Procesal Constitucional.

De esta manera, en este nuevo período del 2000 – 2009, se va tener una actividad intensa del Tribunal Constitucional en materia penal, procesos de Habeas Corpus derivados de procesos penales, van a ir definiendo los puntos más controvertidos del derecho penal peruano, así como también, los procesos de Inconstitucionalidad. La legislación antiterrorista, la tipificación de

los delitos, la duración de la medida cautelar de detención preventiva, el mandato de detención, la detención domiciliaria, el debido proceso, la motivación de resoluciones, la prescripción, los beneficios penitenciarios, el traslado de penal son materias controvertidas frecuentes planteadas por los procesados.

En ella se puede percibir nítidamente un rol muy peculiar por parte del Tribunal Constitucional respecto a la tutela del principio de legalidad penal, donde el poder Legislativo no tiene un rol preponderante en la producción de normas jurídicas penales, y el juzgador sustenta sus decisiones judiciales en una norma jurídica penal muchas veces imprecisas y contrarias a los valores principios constitucionales, emitidos o no por el parlamento, no existiendo control difuso por parte de los jueces; sin embargo el Tribunal Constitucional ha aplica el control constitucional declarado nulas muchas sentencias donde no se había respetado el contenido esencial del principio de legalidad penal vía los procesos de inconstitucionalidad y de hábeas corpus.

También ha dejado sentado su posición respecto a este principio de legalidad penal, en la sentencia recaída en el Expediente N.º 2758-2004-HC/TC se señala que: (...) se configura como un principio, pero también como un derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos.

Como principio constitucional, informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el Poder Legislativo al momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones. En tanto que, en su dimensión de derecho subjetivo constitucional, garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta y escrita, y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica. (...)

Por tanto, resulta igualmente claro que la dimensión subjetiva del derecho a la legalidad penal no puede estar al margen del ámbito de los derechos protegidos por la justicia constitucional frente a supuestos como la creación

judicial de delitos o faltas y sus correspondientes supuestos de agravación o, incluso, la aplicación de determinados tipos penales a supuestos no contemplados en ellos. El derecho a la legalidad penal vincula también a los jueces penales, y su eventual violación posibilita obviamente su reparación mediante este tipo de procesos de tutela de las libertades fundamentales".

En la sentencia del expediente N.º 5815-2005-PHC/TC se desarrolla la relación del principio de legalidad penal y el proceso constitucional de habeas corpus, se manifiesta que si bien el principio de legalidad penal, que tutela el derecho a no ser sancionado por supuestos no previstos en una norma jurídica, en tanto derecho fundamental es pasible de tutela a través del proceso constitucional de hábeas corpus, mediante el análisis que debe practicar la justicia constitucional que no es equiparable a la que realiza un juez penal.

De ahí que, excepcionalmente, quepa efectuar un control constitucional sobre una resolución judicial por afectación del principio de legalidad penal y, en concreto, en aquellos casos en los que, al aplicar un tipo penal o imponer una sanción, el juez penal se aparte del tenor literal del precepto o cuando la aplicación de un determinado precepto obedezca a pautas interpretativas manifiestamente extravagantes o irrazonables, incompatibles con el ordenamiento constitucional y su sistema material de valores.

En consecuencia, si en la justicia ordinaria se determina la culpabilidad o inocencia del imputado, determinando en el caso si se da el supuesto de hecho previsto en la norma y sobre la base de consideraciones de orden penal, de acuerdo con la alternativa que ofrezca la dogmática penal que se estime la más adecuada, en la justicia constitucional, en cambio, se determinará si la resolución judicial cuestionada afecta derechos fundamentales (Sentencia, 2006).

5.2.-PRINCIPIO DE LESIVIDAD.

5.2.1.- Contenido.

En un Estado Social y Democrático la potestad normativa penal del Estado está sujeta a límites materiales, estos límites al ius puniendi se expresan en forma de principios que tienen base constitucional.

Existía consenso sobre la necesidad de limitar el poder penal del Estado en función del principio de exclusiva tutela de bienes jurídicos. Se aceptaba la vigencia del principio —*nullum crimen sine injuria*— según el cual todo delito debe comportar la lesión o puesta en peligro para un bien jurídico penalmente protegido.

Sin embargo en la actualidad entre algunos tratadistas tenemos al jurista alemán Gunther JAKOBS, citado por Dino Carlos Caro Coria, quien niega que la misión del Derecho Penal consista en proteger bienes jurídicos y entiende que el verdadero objeto de tutela es la vigencia o estabilización de la norma. (CARO CORIA, 2004)

Conceptuar materialmente el bien jurídico-penal es doblemente importante de cara a su función crítica: como descripción y cuestionamiento del Derecho vigente (sentido dogmático, de *lege lata*) y como guía para construir el modelo penal que se desea alcanzar (sentido político-criminal, de *lege ferenda*).

La construcción de un concepto material de un bien jurídico-penal debe asentarse en determinados presupuestos básicos, el profesor CARO CORIA considera que la dogmática debe orientarse no por la línea de las definiciones negativas, que no logran precisarlo con certeza y fiabilidad. El Derecho Penal no debe renunciar a su esencia de Carta Magna, y debe continuar en el camino de hallar una definición positiva de bien jurídico-penal y como segundo presupuesto el hecho de no desvincular dicho concepto de la realidad axiológica en la que debe operar. Si se espera que el bien jurídico limite racionalmente la obra del legislador y de los jueces (función crítica), en los

procesos de criminalización primaria y secundaria, ello presupone que debe ser coherente y funcional a un específico sistema de valores que relacionan directamente con la realidad histórica-social que se vive y la que se desea alcanzarll, pues el bien jurídico penalmente protegido está sujeto al cambio histórico y condicionado por las estructuras socio-culturales de una comunidad que ocupa un espacio y tiempo determinado. Juzga como punto de referencia el sentido político criminal del modelo de Estado social y democrático de Derecho. Desde esta base mínima, se requieren ulteriores desarrollos del concepto material para determinar tanto los bienes que merecen una valoración positiva por parte del ordenamiento punitivo, como las conductas que deben ser desvaloradas por este.

Es de destacar lo anotado por el jurista MIR PUIG citado por Caro Coria al expresar que —si el Derecho Penal solo protege bienes jurídicos, ello no significa que todos estos deban ser tutelados penalmente, ni tampoco que todo ataque en su contra deba determinar la intervención punitiva, pues ambas pretensiones se opondrían, respectivamente al principio de subsidiaridad y al carácter fragmentario del Derecho Penalll.

En el contexto que bien jurídico-penal como expresión del merecimiento y necesidad de pena, si un determinado comportamiento le es imputable un resultado socialmente dañoso que no afecta directamente al individuo en sus posibilidades de participación social, queda sin lugar la intervención penal, pero está justificado el uso del derecho administrativo. En consecuencia, la síntesis de los aspectos de afectación a los individuos y dañosidad social, a través del entendimiento del bien jurídico como posibilidad de participación individual en la sociedad, constituye una primera e importante delimitación que permite excluir la sanción de las conductas lesivas tan solo para cierta forma de moralidad, valores, funciones o estrategias político sociales. Esta construcción refuerza el fundamento de la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales o colectivos, como la salud pública, el ambiente natural o la ordenación del territorio que, en menor medida que los individuales

pero de manera trascendental, constituyen medios importantes para la autorrealización social del individuo.

Para satisfacer la necesidad de una mayor concreción del concepto material de bien jurídico-penal, debe acogerse la idea de plasmación constitucional, en sentido amplio y no como vinculación estricta, por la máxima jerarquía y el carácter consensual que se atribuye a la Carta Magna, lo que dispensa al bien jurídico una mayor legitimidad en términos normativos. No obstante, aun entendido el bien jurídico-penal a partir de la dañosidad social de las agresiones, la referencia individual y su plasmación constitucional, esta orientación solo permite determinar que bienes ameritan una valoración penal positiva, es decir el juicio sobre el merecimiento de pena, pero no señala que comportamientos deben incriminarse por ser oportuna o útil la intervención punitiva, extremos que debe enfrentar una teoría del bien jurídico-penal que aspira a ejercer una función crítica y rectora de los procesos de criminalización y descriminalización.

Como expresa SILVA SANCHEZ citado también por Caro Coria para que un bien jurídico, en cuanto a su protección, revista la calidad de merecedor de pena, debe de aglutinar, simultáneamente la referencia al individuo, la dañosidad social de las agresiones y su plasmación constitucional.

Nuestro Código Penal como muchos otros códigos modernos inicia su contenido normativo con la regulación de un título preliminar incorporando una serie de pautas rectoras, principios constitucionales y penales que desde una perspectiva histórica, cultural e ideológica deben orientar la actividad legislativa y la praxis judicial en el campo del derecho penal. Así tenemos el artículo IV del título preliminar del código penal cuyo tenor literal dice: —La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por ley. De esta manera, se recoge en nuestra legislación penal el llamado “principio de lesividad”. Según la doctrina nacional, tal principio cumple una función relevante dentro de un Estado social y Democrático de Derecho ya que: —(...) comprende las siguientes

consecuencias: Primera, todos los preceptos penales deberán por principio, proteger bienes jurídicos. Pero tal protección se debe entender que actúa ante la puesta en peligro o lesión del bien jurídico. Segunda, un Estado no puede pretender imponer una moral, una política o una religión, ya que esto depende de una función libre del ciudadano (...). Tercera, debido a que la potestad punitiva del Estado debe estar al servicio de la mayoría de los ciudadanos, se debe tutelar intereses que pretendan toda la sociedad y no un grupo determinado (VILLAVICENCIO TERREROS, 2006)

El principio de lesividad tuvo como fuente directa el artículo 4° del CP Colombiano de 1980, según el cual para que una conducta típica sea punible se requiere que —lesione o ponga en peligro, sin justa causa, el interés jurídico tutelado por la ley. La doctrina colombiana que interpreta esta norma y su equivalente en el CP colombiano del 2000, considera unánimemente que la expresión —lesión o puesta en peligro idéntica a la que utiliza el código penal peruano que hace referencia únicamente a la lesión o puesta en concreto peligro del bien jurídico. (VELASQUEZ VELASQUEZ , 2002)

Así en estricto no se incluye en estas categorías el peligro abstracto, en donde no se aprecia la puesta en peligro de un bien jurídico como resultado del comportamiento del autor sino un simple comportamiento con idoneidad lesiva en el que no se observa un resultado peligroso, de concreto o efectivo peligro. Por tanto en armonía al referido principio solo será considerado como un ilícito penal aquellos comportamientos que lesionen o pongan en peligro un bien jurídico determinado.

5.2.2.-Delitos de peligro.

Cuando se dice que un comportamiento lesiona un bien jurídico es porque dicho acto u omisión provoca un daño efectivo al objeto material que representa dicho valor. Por ejemplo, en el delito de lesiones (artículo . 121 CP) la salud se ve afectada si es que se le desfigura a una persona o en el caso del delito de hurto (artículo 185 CP) el acto recae en el bien mueble que es sujeto de sustracción por parte del autor afectando la propiedad (expresión del

bien jurídico patrimonio). En otras palabras, generalmente en los bienes jurídicos individuales se presenta un daño efectivo (lesión) provocado por la conducta delictiva.

De acuerdo a nuestra normativa, se pueden sancionar comportamientos peligrosos (delitos de peligro). Y es que se dice que una sola conducta no puede dañar efectivamente un bien jurídico con características especiales (colectivos e institucionales). Por ejemplo, el delito ambiental (artículo 304 CP) sanciona el acto contaminante que —pueda— causar daño al medio ambiente; también tenemos el delito de manejar en estado de ebriedad (artículo 274 CP) que sanciona el mero acto de manejar un vehículo bajo el estado de embriaguez suficiente (mayor a 0.5 gramos por litro de alcohol en la sangre) sin exigir un daño efectivo a bienes jurídicos individuales de terceros) o también el delito de fraude tributario (artículo 1 del Decreto Legislativo 813) ya que dicha conducta por sí sola no va a crear una situación de descalabro al sistema de hacienda pública, solo la pondrá en peligro.

Desde el plano político criminal, ello se explica debido al avance tecnológico y a fenómenos tales como la globalización que ha provocado que nuestra sociedad experimente una serie de cambios, tanto positivos como negativos. Así por ejemplo, la constitución de distintas empresas ha generado nuevas oportunidades de desarrollo profesional para muchas personas; sin embargo, en la cara opuesta de este desarrollo, también se puede observar la presencia de nuevas formas de criminalidad, que obliga al Estado a cambiar sus formas de intervención penal, lo que ha generado controversia con el principio de lesividad.

Dentro de estos cambios, podemos encontrar la opción por flexibilizar diversos principios penales en aras de la protección de bienes jurídicos. Así, uno de los principios sujetos a esa relajación punitiva es el Principio de lesividad dando cabida a los llamados tipos de peligro, como hemos visto anteriormente.

Por otro lado, los delitos de peligro pueden ser de peligro abstracto o de peligro concreto. Según Caro Coria, la diferencia entre se encuentra en lo siguiente: —(...) que los ilícitos de peligro concreto constituyen delitos de resultado, razón por la cual se exige en cada caso una verificación ex post sobre la puesta en peligro del bien jurídico. Antes bien, las infracciones abstractas de peligro se concentran en una acción peligrosa, aquí el peligro no se configura en un resultado sino que es inherente a la realización de la conducta, de modo que su constatación precisa de un análisis ex ante, es decir la verificación de si al momento de ejecutar la conducta el agente podía prever el contenido peligroso de la misma (CARO CORIA D. , 1999)

5.2.3.- Análisis de tipos penales que constituyen delitos de peligro.

En nuestro sistema a raíz del nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana existe una política criminal que pretende dar respuesta a esa moderna sociedad del riesgo incrementando la criminalización de comportamientos mediante la proliferación de nuevos bienes jurídicos de naturaleza colectiva, con predominio de las estructuras típicas de simple actividad, ligadas a delitos de peligro o de lesión ideal del bien jurídico en detrimento de las estructuras que exigen un resultado material lesivo: dentro de esa tendencia, los delitos de peligro concreto ceden terreno frente a los de peligro abstracto, y se consolidan los delitos de acumulación y de obstaculización de funciones de control, anticipación del momento en que procede la intervención penal: se penan abundantes ilícitos antes solo administrativos, civiles o mercantiles, se generaliza el castigo de actos preparatorios específicamente delimitados, es decir criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico, se autonomiza la punición de la asociación delictiva, se hace una interpretación generosa de la lesividad real o potencial de ciertos comportamientos.

5.2.4.- El agente pone en peligro la seguridad nacional.

La tipificación en comento en la segunda circunstancia calificada, se hace referencia a un bien jurídico de especial relevancia en cualquier sistema jurídico-estatal, a la Seguridad Nacional. La tipificación puede ingresar en una

conflicto aparente de normas con el comportamiento recogido en el artículo 330 del CP referido a la revelación de secretos nacionales. Si la información que se accede de una base de datos, de forma indebida claro está, se realiza a fin de hacerla accesible a un Estado extranjero y no para dañarla o destruirla, debemos inclinar la adecuación típica en base al artículo 330° aunque pueda decirse que el solo hecho de usar de forma indebida dicha información pueda poner en peligro la Seguridad Nacional, en el sentido de que el bien jurídico tutelado por el artículo 207 C constituye la Seguridad de la información contenida en base de datos o red de computadora. Consideramos que al incluirse de forma expresa el interés jurídico puesto a discusión, se desnaturaliza la esencia de los injustos informáticos. (PEÑA CABRERA , 2010)

Desde el plano político criminal, ello se explica debido al avance tecnológico y a fenómenos tales como la globalización que ha provocado que nuestra sociedad experimente una serie de cambios, tanto positivos como negativos. Así por ejemplo, la constitución de distintas empresas ha generado nuevas oportunidades de desarrollo profesional para muchas personas; sin embargo, en la cara opuesta de este desarrollo, también se puede observar la presencia de nuevas formas de criminalidad, que obliga al Estado a cambiar sus formas de intervención penal, lo que ha generado controversia con el principio de lesividad.

Los delitos de peligro pueden ser de peligro abstracto o de peligro concreto. Según Caro Coria, la diferencia entre se encuentra en lo siguiente: (...) que los ilícitos de peligro concreto constituyen delitos de resultado, razón por la cual se exige en cada caso una verificación ex post sobre la puesta en peligro del bien jurídico. Antes bien, las infracciones abstractas de peligro se concentran en una acción peligrosa, aquí el peligro no se configura en un resultado sino que es inherente a la realización de la conducta, de modo que su constatación precisa de un análisis ex ante, es decir la verificación de si al momento de ejecutar la conducta el agente podía prever el contenido peligroso de la misma.

5.2.5.- Análisis de tipos penales que constituyen delitos de peligro.

En nuestro sistema a raíz del nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana existe una política criminal que pretende dar respuesta a esa moderna sociedad del riesgo incrementando la criminalización de comportamientos mediante la proliferación de nuevos bienes jurídicos de naturaleza colectiva, con predominio de las estructuras típicas de simple actividad, ligadas a delitos de peligro o de lesión ideal del bien jurídico en detrimento de las estructuras que exigen un resultado material lesivo: dentro de esa tendencia, los delitos de peligro concreto ceden terreno frente a los de peligro abstracto, y se consolidan los delitos de acumulación y de obstaculización de funciones de control, anticipación del momento en que procede la intervención penal: se penan abundantes ilícitos antes solo administrativos, civiles o mercantiles, se generaliza el castigo de actos preparatorios específicamente delimitados, es decir criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico, se autonomiza la punición de la asociación delictiva, se hace una interpretación generosa de la lesividad real o potencial de ciertos comportamientos.

CAPITULO VI

JURISPRUDENCIA

6.1.- ACUERDO PLENARIO N° 5-2015/CIJ-116

Fundamento: Artículo 116° TUO LOPJ.

ASUNTO: EL CONCEPTO DE ARMA COMO COMPONENTE DE LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE “A MANO ARMADA” EN EL DELITO DE ROBO.

Lima, dos de octubre de dos mil quince.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES.

1°. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N.° 246-2015-P-PJ, de 10 de junio de 2015, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Pariona Pastrana, acordaron realizar el IX Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, que incluyó el Foro de Participación Ciudadana, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116°, del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2º. El IX Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas.

La primera etapa estuvo conformada por dos fases: el foro de aporte de temas y justificación, la publicación de temas y la presentación de ponencias. Esta última etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a las personas en general, a participar e intervenir en la identificación, análisis y selección de los principales problemas hermenéuticos y normativos que se detectan en el proceder jurisprudencial de la judicatura nacional, al aplicar normas penales, procesales y de ejecución penal en los casos concretos que son de su conocimiento. Para ello, se habilitó el Foro de Participación Ciudadana a través del portal de internet del Poder Judicial, de suerte que se logró una amplia participación ciudadana a través de sus respectivas ponencias y justificación.

Luego, los Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda -en atención a los aportes realizados-, en la sesión del 12 de agosto último, para lo cual tuvieron en cuenta, además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han conocido en sus respectivas Salas durante el último año. Fue así cómo se establecieron los seis temas de la agenda, con sendos problemas específicos.

La segunda etapa, consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el 3 de septiembre. En ella, los juristas y expositores especialistas convocados sustentaron y debatieron sus ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos.

La tercera etapa comprendió el proceso de deliberación, votación y formulación de los Acuerdos Plenarios, con la designación de los Jueces Supremos Ponentes para cada tema seleccionado. Esta fase culminó el día de la Sesión Plenaria realizada en la fecha con participación de todos los Jueces integrantes de las Salas Permanente y Transitoria, con igual derecho de voz y voto. Es así como, finalmente, se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme con lo dispuesto en el artículo 116º de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial -en este caso, de la Corte Suprema de Justicia de la República- a pronunciar

resoluciones vinculantes con la finalidad de concordar y definir criterios jurisprudenciales del orden jurisdiccional que integran.

3°. Atendiendo a la complejidad y a las características peculiares del tema en cuanto a la agravante específica “a mano armada”, en el delito agravado de robo previsto en el artículo 189.3° del Código Penal, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar las bases jurídicas correspondientes para así establecer una posición jurisprudencial sólida que responda las inquietudes arriba señaladas. De igual forma, se decidió decretar su carácter de precedente vinculante, en consonancia con el rol unificador en materia jurisprudencial que corresponde a la Corte Suprema de Justicia de la República. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario.

Intervienen como ponentes los señores Prado Saldarriaga y Salas Arenas.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

1. Antecedentes y situación problemática

4°. El artículo 239° del Código Penal de 1924, en la redacción que introdujo la Ley N° 23405, de 27 de mayo de 1982, consideró como agravante del robo, el que este hubiese sido cometido portando “cualquier clase de arma o instrumento que pudiere servir como tal”. Con esta expresión se aludía a las denominadas “armas impropias”.

Este antecedente muestra que el legislador desarrolló una noción más amplia de aquella que ha correspondido tradicionalmente a la agravante de mano armada o de portar armas. Esto es, la necesidad de que el agente exhiba o lleve consigo un medio confeccionado exclusivamente para potenciar la capacidad de ataque o de daño contra terceros.

El legislador con dicho texto propició la posibilidad de una interpretación analógica a partir de la función propia de las armas: su capacidad de servir para atacar y dañar. De allí que, desde aquél entonces, la doctrina ha rechazado que se configure la agravante si no es posible derivar del medio empleado tal capacidad ofensiva.⁸

5°. El Código Penal de 1991 no ha reproducido una fórmula alterna similar sino que el legislador se ha limitado a considerar, en el inciso 3 del artículo 189°, como agravante específica del delito de robo, el cometerlo a “mano armada”, es decir, que el agente porte y exhiba ante la víctima “un arma”. Si la interpretación de dicho precepto se hiciera en atención a la doctrina antes señalada, entonces no sería posible la configuración de la agravante “a mano armada” cuando el agente portara un juguete con forma de arma o simulara portar un arma que es en realidad un medio que carece de capacidad ofensiva y sirve a otros fines, como ocurre, por ejemplo, en el caso de los encendedores fabricados con las características externas de un arma de fuego, es decir, cuando esgrima un “arma aparente”. Se destaca, desde tal perspectiva, la influencia calificante del peligro personal corrido por la víctima.⁹

El debate se ve reflejado en las ejecutorias supremas pronunciadas con motivo de los Recursos de Nulidad N°5824-97-Huánuco, en que se indicó que “arma es todo instrumento real o aparente que incrementa la capacidad de agresión del agente y reduce la capacidad de resistencia de la víctima [...]”, y el N° 2179-1998-Lima, donde se sostuvo que “el concepto de arma no necesariamente alude al arma de fuego, sino que dentro de dicho concepto debe comprenderse a aquel instrumento capaz de ejercer efecto intimidante sobre la víctima, al punto de vulnerar su libre voluntad, despertando en ésta

⁸[Roy Freyre, Luis E: Derecho penal peruano. Parte Especial, Tomo III. Delitos contra el patrimonio, Instituto Peruano de Ciencias Penales, Lima, 1983, pp. 90-91].

⁹Soler, Sebastián: Derecho penal argentino, Tomo IV, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1983, p.267.

un sentimiento de miedo”, en tanto que en el Recurso de Nulidad N° 4172-2004-Chincha, en que se consideró que “el fundamento de la calificante se basa en la calidad del medio empleado por el agente para cometer el ilícito y que potencia su capacidad ofensiva en desmedro de la seguridad del sujeto pasivo”. Desde otra óptica, en la postura adoptada en el Recurso de Nulidad N° 2676-2012-Junín, se consideró que “el fundamento de la agravación se encuentra en el peligro que para la vida, la integridad o la salud del sujeto pasivo o de los terceros supone la utilización de tales objetos o medios”; con lo que el debate no se cerró.

6°. En la actual situación de inseguridad ciudadana se aprecia que los robos que ocurren con mayor frecuencia se realizan con armas reales y no simuladas. No obstante, la cifra concreta de delitos en los que se utilizan armas aparentes y armas de fuego inoperativas u otro tipo de objeto, réplicas, de utilería o simuladas, se incrementa cada vez más y motiva que la judicatura penal de la Corte Suprema se pronuncie, determinando firmemente la connotación de aquel elemento agravatorio en su dimensión cabal, para aplicarse como decisión vinculante, sin generar paradojas ni impunidad¹⁰.

Es de resaltar que hoy existe variedad de objetos no letales que tienen las características de un arma de fuego como las denominadas armas neumáticas, airsoft y paintball que tienen la apariencia de un arma de fuego auténtica sin serlo; encendedores que copian la forma de un arma de fuego – como dato de la observación concreta– y juguetes cuya semejanza con una real no puede ser apreciada a simple vista y que su utilización para la comisión de delitos se incrementa en el marco creciente de la inseguridad ciudadana

¹⁰Es de resaltar que el término “arma” (que involucra a la de fuego) aparece, además del robo, en varios dispositivos contenidos en el Código Penal: v. gr., violación sexual: artículo 170.1 del CP; abigeato: artículo 189.C del CP; usurpación: artículo 204.1 del CP; rebelión: artículo 346 del CP; y sedición: artículo 347 del CP), considerando que la comisión del hecho con un arma debe ser sancionada de modo más intenso.

extendida en todo el país, ello se puede apreciar en los cuadros de fuente policial contenidos en los anexos 01 y 02 (ver al final)¹¹.

Según la información consolidada emitida por las Divisiones Territoriales y Divisiones Policiales en la Región Policial de Lima, durante el 2014 se incautaron 17 armas de fuego hechizas, 74 réplicas de armas de fuego y 31 armas de fuego inoperativas, mientras que del 1 de enero hasta el 31 de agosto del 2015 se incautaron 11 armas de fuego hechizas, 120 réplicas de arma de fuego y 29 armas de fuego inoperativas. Se eleva por tanto el empleo de elementos con apariencia de arma, en particular de fuego, usadas para facilitar los robos, reduciendo o anulando la resistencia de las víctimas¹².

En razón de ello ¿hay una necesidad desde la perspectiva político criminal de comprender en las agravantes del robo el empleo en su comisión de armas de juguete, armas simuladas o armas descargadas o defectuosas? Esta interrogante es respondida a continuación.

2. Alcance de la violencia configuradora del delito de robo.

7°. Para comprender el sentido de la represión penal de la agravante “a mano armada” en el delito de robo, se ha de partir por identificar cuál es el bien jurídico protegido. En la doctrina nacional destacan dos posiciones sobre ello: a) Aquella que afirma que el robo es un delito pluriofensivo, donde la propiedad es el bien jurídico específico predominante; pero junto a ella, se afecta también directamente a la libertad de la víctima, la vida y la integridad física [Rojas Vargas, Fidel: Delitos contra el patrimonio, Grijley, Lima, 2000, p. 348]. b) La

¹¹Reporte estadístico de incautación de armas de fuego inoperativas, armas de fuego hechizas, y réplicas de arma remitido por el Jefe de la Oficina de Planeamiento Administrativo de la Región Policial Lima.

¹²Es más sencillo para quien delinque proveerse de una réplica que de un arma de fuego verdadera y finalmente le resulta menos aflictivo, ante una súbita intervención penal, porque no hay una tenencia ilícita de réplica de arma de fuego.

otra postura que considera que el único bien jurídico que se tutela con el delito de robo simple es el patrimonio y que la afectación de otros bienes jurídicos como la vida, la integridad física o la libertad sólo sirven para calificar o configurar de forma objetiva el hecho punible de robo¹³

La tesis adecuada a la protección más cabal del delito de robo es la que considera que el delito de robo tiene la característica de ser pluriofensivo, puesto que afecta esencialmente al patrimonio, pero también a la integridad física o la salud y la libertad.

Así, el empleo de un arma para apoderarse de un bien mueble implica la configuración de una agravante específica cuya consecuencia es el incremento de la punición. Todo delito de robo involucra la afectación simultánea de varios bienes jurídicos (cuanto menos dos) en pos de la sustracción (afectación patrimonial) que ciertamente es el objetivo final del sujeto activo. Ordenados según la frecuencia de su afectación se presentan del modo siguiente (sin referirse a un orden de prevalencia):

Patrimonio	Siempre afectado
Libertad	Siempre afectada
Integridad corporal	Afectada en algunos casos, según la conducta
Vida humana	Afectada en algunos casos, según la conducta

8°. El artículo 188° del Código Penal sanciona la conducta de quien se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, empleando para ello violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente

¹³Salinas Siccha, Ramiro: Delitos contra el patrimonio, Ed. Instituto Pacifico, Lima, 2015, p. 125.

para su vida o integridad física. La fórmula legislativa, modificada por el Artículo 1 de la Ley N.º 27472, publicada el 5 de junio de 2001, ha sido diseñada de la siguiente manera:

Artículo 188.- Robo: “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”.

9º. La circunstancia de agravación prevista en el inciso 3) del artículo 189º del Código Penal, se configura cuando la conducta descrita se lleva a cabo “a mano armada”. Esto es, mediante la utilización de un arma. En este contexto, cabe determinar a qué intensidad y a qué clase de amenaza se refiere la fórmula del tipo base cuando señala que el agente debe “amenazar con un peligro inminente para su vida o integridad física” (se entiende del sujeto pasivo)¹⁴.

En el artículo 188º se alude a una amenaza inminente¹⁵, de allí que no podrá configurar tal exigencia legal la amenaza de un mal de remota materialización. Tendrá, por tanto, que revestir las calidades de verosimilitud en la materialización y, además, proximidad¹⁶.

Se hallan afuera, por tanto, las advertencias de inferir males de menor connotación y las amenazas absurdas.

¹⁴El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española –en adelante, el DRAE– define el término amenaza con dos acepciones: “1. Tr. Dar a entender con actos o palabras que se quiere hacer algún mal a alguien” y “2. Tr. Dar indicios de estar inminente algo malo o desagradable”.

¹⁵Según el DRAE, del latín *imminens*, -entis. Part. Act. De *imminere* “amenazar”) se entiende “que amenaza o está para suceder prontamente”.

¹⁶Según el DRAE: “cercanía, que dista poco en el espacio o en el tiempo”.

10°. Según la perspectiva objetiva, la “amenaza inminente” ha de recaer sobre específicos bienes jurídicos personalísimos: vida o integridad corporal, desde luego puede tratarse de la vida o integridad de la propia víctima o de la vida o integridad de otra persona a quien la víctima proteja al someterse a la intimidación del sujeto activo (vis compulsiva) debe ser cierta (real, auténtica). Debido a ello, el mal anunciado a la víctima ha de ser grave, es decir, debe poner efectivamente en riesgo próximo la vida o la integridad física.

Si la descripción normativa “mano armada” se entendiera desde la perspectiva objetiva, ceñida al arma propia (arma auténtica y funcional), la amenaza con arma de utilería o un juguete bélico semejante no sería cierta y, por tanto, al no ser factible con ella la afectación de la vida o integridad física, tampoco habría inminencia. Así, la postura objetiva respecto del arma –que exige el aumento de peligro para los bienes jurídicos de la víctima, (vida o la integridad personal), como consecuencia del uso de la misma, y no simplemente en la mayor capacidad coactiva o intimidante del autor, como postula la jurisprudencia española en atención a su ordenamiento penal (Conforme: STSE 1401/1999, de ocho de febrero de 2000) – no resuelve dogmáticamente el problema y genera paradojas.

3. Fundamentos de la circunstancia agravante por empleo de arma

11°. Como se ha anotado, desde la perspectiva objetiva el fundamento de la agravante reside en el peligro que para la vida, la integridad o la salud del sujeto pasivo o de los terceros supone la utilización de armas (posibilidad de daño o peligro concreto), evaluado ex post, sin tener en cuenta la real complejidad e intensidad del ataque e ignorando los efectos psicológicos producto de la agresión, la especial posición intimidatoria del agente, el grado de indefensión a la libertad que efectivamente sufre la víctima y la facilidad para la comisión del ilícito y para asegurar su impunidad.

12º. El significado del “arma” es amplio, pues basta para ello que cumpla la finalidad de potenciar la capacidad de ataque o defensa de quien la utiliza¹⁷; a lo que se agrega el concepto de alevosía¹⁸, que expresada en el empleo de armas, se funda en la ventaja derivada de los efectos del temor¹⁹, situación con la que cuenta el asaltante para lograr su objetivo ilícito que como es claro tiene una expectativa fundamentalmente patrimonial. Cuando el agente ejecuta la sustracción amenazando con un elemento que en apariencia es un arma (sea o no de fuego), obra para asegurar el resultado planificado, intentando eludir los riesgos de una reacción defensiva de la persona atacada; se coloca en condición de superioridad ante la indefensión del sujeto pasivo. El agente se prepara y cuenta con los efectos del temor de distinta intensidad que generará según la víctima²⁰ (elemento subjetivo de tendencia distinto al

¹⁷Cfr., DRAE, disponible en: <http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=VQPyw97SLDXX2XNv4IED>.

¹⁸Cfr., DRAE. Entendida como una “cautela para asegurar la comisión de un delito contra las personas, sin riesgo para el delincuente”.

¹⁹Según el DRAE: “Pasión del ánimo, que hace huir o rehusar aquello que se considera dañoso, arriesgado o peligroso”.

²⁰El mecanismo que desata el miedo se encuentra, tanto en personas como en animales, en el cerebro, concretamente en el cerebro reptiliano, que se encarga de regular acciones esenciales para la supervivencia como comer y respirar, y en el sistema límbico, que es el encargado de regular las emociones, la lucha, la huida, la evitación del dolor y en general todas las funciones de conservación del individuo y de la especie. Este sistema revisa de manera constante (incluso durante el sueño) toda la información que se recibe a través de los sentidos, y lo hace mediante la estructura llamada amígdala cerebral, que controla las emociones básicas, como el miedo y el afecto, y se encarga de localizar la fuente del peligro. Cuando la amígdala se activa se desencadena la sensación de miedo y ansiedad, y su respuesta puede ser la huida, el enfrentamiento o la paralización. Se ha encontrado que la sensación de miedo está mediada por la actuación de la hormona antidiurética (o “vasopresina”) en la amígdala cerebral y que la del afecto lo está por la de la hormona oxitocina, también en la amígdala. El miedo produce cambios fisiológicos inmediatos: se incrementa el metabolismo celular, aumenta la presión arterial, la glucosa en sangre y la actividad cerebral, así como la coagulación sanguínea. El sistema inmunitario se detiene (al igual que toda función no esencial), la sangre fluye a los músculos mayores (especialmente a las extremidades inferiores, en preparación para la huida) y el corazón bombea sangre a gran velocidad para llevar hormonas a las células (especialmente adrenalina). También se producen importantes modificaciones faciales: agrandamiento de los ojos para mejorar la visión, dilatación de las pupilas para facilitar la admisión de luz, la frente se arruga y los labios se estiran horizontalmente.

La consolidación en la memoria de un episodio de miedo intenso (o de un trauma) no es inmediata. Según los investigadores Min Zhuo, Bao Ming Li y BongKiunKaang la activación de los receptores NMDA (que son las moléculas que reciben las señales bioquímicas que provocan un efecto fisiológico

dolo); es claro que no habrá un trauma psíquico en todos los casos, pero el temor al daño se hallará presente siempre.

Este proceder constituye una expresión de la alevosía –más grave aún si se produce el ataque por la espalda–, en que el desvalor de la conducta se funda en: a) la tendencia interna intensificada del agente²¹ que, para facilitar el delito, procede a traición y sobre seguro (elemento subjetivo distinto del dolo presente en el sujeto activo), allí se revela la perversidad del autor y se pone en evidencia la naturaleza subjetiva de la alevosía²²; y, b) la mayor antijuridicidad, por los medios comisivos que el agente emplea, revelándose allí la mayor gravedad del injusto, esto es, la naturaleza objetiva de la alevosía²³, por el empleo de medios o formas para diluir o minimizar el riesgo para quien delinque.

En algunos casos se tratará de alevosía proditoria (el acechar a través de una actuación preparada para que la víctima no pueda percatarse del ataque hasta el momento del hecho) y en otros de alevosía sorpresiva (en que el agente no se oculta pero no trasluce sus afanes sino hasta el instante mismo de la agresión).

concreto) provoca que en esos receptores se produzca una huella en las células cerebrales. En concreto, sería la subunidad molecular llamada NR2B la que serviría de marca de memoria. En experimentos realizados con ratones, el bloqueo de la NR2B en la corteza prefrontal produjo la desaparición de la reacción a un miedo previamente experimentado.

²¹Al respecto, y principalmente, JESCHECK, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal. Parte General, Cuarta Edición, MANZANARES SAMANIEGO José Luis (Trad.), Comares, Granada, pp. 286-287; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, Curso de Derecho Penal. Parte General. I. Editorial Universitas, Madrid, 1996, pp. 396-397; y VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, Derecho Penal. Parte General, Grijley, Lima, 2006, p. 376.

²²CUELLO CALÓN, Eugenio. Derecho Penal. Parte General. Tomo I.

²³EREZO MIR, José. Curso de Derecho Penal español. Parte General.

En uno y otro, el agente cuenta con los efectos psicológicos, fisiológicos y bioquímicos del temor en su víctima, que se presentarán como reacción natural frente al atentado amenazante.

13°. El amenazado con un arma de fuego comúnmente no puede apreciar a priori –salvo se trate de persona especializada y según la circunstancias- su autenticidad, si se encuentra, o no, cargada, no es posible entonces negar la idoneidad de esta arma para la consecución de los objetivos del agente. La utilización de un arma (ya sea propia, impropia o de juguete con las características de arma verdadera, replica u otro sucedáneo) genera, pues, el debilitamiento de las posibilidades de defensa, que es precisamente lo que busca el agente con el empleo de tal elemento vulnerante.

Dicho de otra manera, con el empleo del arma, el sujeto activo se vale de un mecanismo, cierto o simulado, que lo coloca en ventaja al reducir al sujeto pasivo, y cuya aptitud la víctima no está en aptitud de determinar ni obligada a verificar –busca, pues, asegurar la ejecución del robo e impedir la defensa del agraviado, de los que es consciente, e importa un incremento del injusto y una mayor culpabilidad-. Allí radica, pues, lo alevoso como fundamento de esta agravante.

14°. En la Directiva de Órgano DG-PNP N.º 04-20-2009-DIRLOG/ PNP-B, de 20 de octubre de 2009, se regula el control, la adquisición, tenencia, uso, seguridad, conservación, afectación, altas, bajas, transporte y destino final del armamento, municiones y equipo policial del Estado, así como de armas de fuego particulares de propiedad del personal PNP en situación de actividad, disponibilidad y retiro; en el apartado “Q” denominado CARTILLA PARA NORMAS EL EMPLEO DE ARMAS DE FUEGO²⁴; se describe un modo de

²⁴En el acápite 4 relativo al “Procedimiento a Seguir en Caso de Emplearse Armas”, se precisa que el policía debe: a) Identificarse como miembro PNP. b) Hacer conocer con voz clara y firme que se va a hacer uso del arma. c) Repetir dos veces esta notificación, incluyendo que se va a disparar. d) Si no ha sido posible conseguir resultados favorables con estas advertencias, se efectuará un disparo al aire

actuar que revela diáfananamente la función disuasoria o intimidante del empleo de un arma de fuego de la que legítimamente se valen los efectivos policiales en el restablecimiento del orden, utilidad que también aprovechan quienes pretenden cometer o cometen ilícitos, desplegando especial alevosía²⁵ y con la ventaja consiguiente para lograr su objetivo ilícito de orden patrimonial.

En el ordenamiento penal peruano no existía una previsión general de tal naturaleza y se hallaba la alevosía única y directamente vinculada al homicidio calificado (artículo 108.3 del CP).

Hoy, el artículo 46.2.f, del Código Penal peruano²⁶, señala como una circunstancia genérica de agravación, el “ejecutar la conducta punible mediante ocultamiento, con abuso de la condición de superioridad sobre la víctima o aprovechando circunstancias de tiempo, modo o lugar, que dificulten la defensa del ofendido o la identificación del autor o partícipe”; por lo que el legislador ha extendido la alevosía a otros supuestos delictivos en cuanto fueran compatibles y no será razonable duplicar la valoración en los supuestos de robo y otros delitos violentos, ejecutados “a mano armada”, por tratarse de circunstancias específicamente previstas en los tipos penales correspondientes.

con el objeto de amedrentarlos, procurando que el disparo no cause daño. e) Si a pesar de ello no se obtiene que el infractor deponga su actitud, se hará uso enérgico del arma, evitando causarle la muerte. f) Si en una captura intervienen varios miembros de la Policía Nacional, el más antiguo dará la orden para el empleo de las armas, siendo responsable de su determinación.

²⁵La expresión “alevosía”, según CEREZO MIR, exige que el sujeto haya elegido o utilizado los medios, modos o formas de ejecución con el fin de asegurarla y de evitar los riesgos procedentes de una posible defensa de la víctima sin que sea preciso que el sujeto “haya elegido determinados medios, modos o formas de ejecución con el fin de asegurarla e impedir la posible defensa de la víctima”, sino que “basta con que utilice los medios, modos o formas de ejecución con los fines mencionados”. CEREZO MIR, José. Curso de Derecho Penal español. Parte General. II. Teoría jurídica del delito. Sexta Edición, Tecnos, Madrid, 1998, p. 372.

²⁶Vigente desde agosto del 2013, en el artículo 1 de la Ley N° 30076.

Cabe resaltar que en la Ley N° 30299, Ley de armas de fuego, municiones, explosivos, productos pirotécnicos y materiales relacionados de uso civil, se ha considerado que las pistolas neumáticas o similares de armas de fuego, deben ser objeto de diferenciación para no ser confundidas con las reales, por lo que en el artículo 12 se establece que “las armas neumáticas o similares a las armas de fuego, deben presentar un signo distintivo como punta roja o naranja para su importación, comercialización y uso, que permita su fácil visualización hacia terceros, de modo que pueda distinguirse claramente de un arma de fuego real” y “no se permite la comercialización, porte y uso de las citadas armas que no presenten la característica mencionada”²⁷.

15°. En consecuencia, el legislador nacional ha declarado que en algunos casos hay dificultad para diferenciar un arma de fuego real de una aparente y debido a ello ha establecido la obligación de hacerlas distinguibles como requisito para su comercio, porte y uso, lo que abona que, bajo el principio de la realidad, es indiferente para la víctima en un acto de robo, que el elemento con el que la amenazan sea un arma funcional o fuera simulada, puesto que esencialmente el grado de semejanza es tal que difícilmente un experto podría reconocer a priori si se está empleando una verdadera y apta o una falsa (tanto más si el atacante obra por la espalda o en la oscuridad)²⁸.

²⁷En noviembre del 2014, un adolescente afroamericano de doce años, en Cleveland (Ohio), apuntaba con una pistola a los transeúntes en un parque, y luego de una denuncia telefónica, un vehículo patrullero se hizo presente casi al instante y un agente policial conminó al atacante hasta en tres oportunidades a que levantara las manos, y tras hacer caso omiso el menor llevó las manos a la cintura (se ignora si para sacar el arma) y el policía le disparó en el abdomen. El adolescente murió en el hospital. El arma no era verdadera, sino una pistola airsoft, que no tenía el tapón o el botón naranja que lo distinguiera de las verdaderas. La interrogante es si el tema se ha de abordar como un caso de legítima defensa, un caso de cumplimiento del deber o un asesinato. Lo probable es que se entienda aquel proceder como justificado.

²⁸En el artículo 14 del Proyecto de Reglamento de la Ley N° 30299, de 24 de julio de 2015 (Resolución Ministerial 0426-2015-IN), se considera que deberá ser fácil el diferenciar por terceros las que no son armas de fuego reales.

16°. A mayor abundamiento, en el artículo 189°.C del Código Penal, relativo al robo de ganado, se agrava la responsabilidad, entre otros supuestos, cuando el agente “hubiere portado cualquier clase de arma o de instrumento que pudiese servir como tal”, con lo que el legislador asumió el sentido amplio de “arma” y consideró la alevosía contra la víctima en el proceder.

4. Respecto al delito de tenencia ilícita de armas de fuego

18°. Es de resaltar que las valoraciones sobre autenticidad y funcionabilidad de armas de fuego son atendibles y exigibles en el específico caso de los delitos de tenencia ilícita de armas de fuego (artículo 279° del Código Penal).

III. DECISIÓN

19°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

20°. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 9° al 18°.

21°. PRECISAR que los principios jurisprudenciales antes mencionados deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del estatuto orgánico.

22°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial El Peruano.
Hágase saber. Ss.
SAN MARTIN CASTRO
PRADO SALDARRIAGA
RODRIGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA
SALAS ARENAS
BARRIOS ALVARADO
PRINCIPE TRUJILLO
NEYRA FLORES
LOLI BONILLA

6.2.- ANALISIS DEL ACUERDO PLENARIO.

La Corte Suprema inicia mencionando que el delito de robo es pluriofensivo, es decir, que afecta a diversos bienes jurídicos, siendo la propiedad el bien jurídico predominante – es por ese motivo que se ubica al delito de robo entre los delitos contra el patrimonio -, siendo más exactos el bien jurídico protegido principal en el delito de robo viene a ser la libertad patrimonial, además también se ven vulnerados de una u otra manera a la integridad corporal y vida humana. Siendo lógicos con lo expuesto, para que se pueda configurar el delito de robo, deberá afectarse a la libertad patrimonial y además, por lo menos poner en peligro, a la integridad corporal o vida humana; ello acorde al principio de lesividad, establecido en el artículo IV del Título Preliminar de nuestro Código Penal.

Siguiendo el orden establecido en el Acuerdo Plenario, los magistrados, en el punto 9°, establecen que la amenaza a la cual se refiere el artículo 188° de Código Penal debe importar un peligro real e inminente para la integridad corporal o vida de las personas, por lo que se entiende de lo expuesto por la Corte Suprema, que aquellas amenazas realizadas con medios inidóneos para poder en situación de peligro real e inminente a la vida humana e integridad corporal, no serán típicas del delito de robo; cuestión que es sumamente lógica y correcta; siendo tal, en el delito de robo con la agravante “a mano armada”, debería suceder lo mismo, es decir, el arma que se utilice deberá ser idónea para poner en peligro la vida o integridad corporal del sujeto activo.

Siendo coherentes con lo dicho anteriormente, es incorrecto considerar que el usar un arma distinta a una real, será una acción típica de Robo Agravado. La

Corte Suprema argumenta que no se puede tomar la perspectiva objetiva[4] debido a que el uso de un arma en apariencia pone en una situación de ventaja al portador de la misma sobre la futura víctima, con lo cual reduce o anula la capacidad de defensa de la víctima quien no puede darse cuenta que no se trata de un arma real y olvidar ello sería incorrecto; aquel argumento es incoherente con la naturaleza del Delito de Robo, naturaleza que ha sido aceptada por la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario bajo análisis, nos referimos su pluriofensividad. Si se sostiene que en el Delito de Robo se vulnera la libertad patrimonial y además se afecta o pone en peligro la integridad corporal y la vida humana, no parece lógico fundamentar la agravante de mano armada en la reducción de la capacidad de defensa de la víctima, parece más correcto ir acorde a los Principios del Derecho Penal, en este caso al Principio de Protección de los Bienes Jurídicos que menciona que el accionar del Derecho Penal sólo puede legitimarse cuando esté dirigido a la protección de bienes jurídicos, en este caso, la razón de ser de la agravante debe estar dirigida a la salvaguardar tanto la libertad patrimonial como la vida e integridad corporal, de no ser así, no tendría fundamento sólido una mayor penalidad el Delito contemplado en el artículo 189.3; asumir lo contrario sería darle una función impropia al Derecho Penal además de considerar acciones inidóneas para vulnerar o poner en peligro los demás bienes jurídicos protegidos en el delito bajo análisis como típicas de robo agravado, lo que es incorrecto desde todo punto de vista.

Entendemos que la Corte Suprema busca brindar un mayor desvalor a una acción en la cual el sujeto activo se encuentra en una situación de ventaja sobre la víctima que ve reducida su capacidad de defensa debido a las circunstancias, es decir, debido a que la víctima cree que el arma es real; sin embargo, aquella situación se salva con la aplicación de un artículo que ha sido mencionado en el Acuerdo Plenario, no referimos al 46.2.f, en el cual encaja perfectamente aquella situación en la que se utiliza un arma aparente o de “juguete”, siendo así innecesario el criterio establecido por la Corte

Suprema, más aún cuando, como ya se dijo anteriormente, se vulneran los principios de lesividad y protección de bienes jurídicos.

La Corte Suprema se equivoca al señalar como argumento que fortalece su postura a lo mencionado en el delito de Robo de Ganado – 189° C[6], puesto que cuando el tipo penal hace referencia a “cualquier tipo de arma” se debe aplicar en concordancia con el tipo base, el cual establece al igual que en el delito de Robo, “un peligro inminente para su vida o integridad física”, por lo que la palabra “cualquier tipo de arma” implica también un arma idónea para vulnerar los demás bienes jurídicos del delito pluriofensivo, en tal sentido, los mismos argumentos esgrimidos a lo largo de este trabajo podrán ser correctamente usados para este delito, con lo cual pierde sentido lo mencionado en el Acuerdo Plenario.

En conclusión, el uso de un arma aparente o de juguete no puede configurar la agravante del delito de robo agravado a mano armada, por no ser un medio idóneo para vulnerar o poner el peligro los bienes jurídicos protegidos como la vida e integridad física según sea el caso; ello también, en base al respeto de los principios que informan al Derecho Penal, aquellos principios que en los últimos años son dejados de lado de modo preocupante, creando desorden y caos innecesario en esta rama del derecho.

CONCLUSIONES

1. Que estoy de acuerdo con los criterios establecidos por los Jueces supremos, en el Acuerdo Plenario 5-2015, sobre el uso de arma aparente o simulada por el sujeto activo para cometer un robo son correctos, toda vez que pese a que se trate de un arma aparente o de juguete, ésta provoca un efecto intimidante sobre la víctima, vulnerando su voluntad, éste no sabrá distinguir si el arma que utilizan los delincuentes, es real o de juguete, porque sencillamente el “arma” le produce los mismos efectos de temor que un arma real.
2. Que es indiferente para la víctima, en un acto de robo; pueda diferenciar que el elemento con el que le amenazan sea un arma funcional o fuera simulada, toda vez que por el grado de semejanza resulta difícil reconocer, salvo que se trate de una persona especializada para poder reconocer si el arma con la cual está siendo intimidada es una verdadera y apta o una falsa (más si el atacante obra por la espalda o en la oscuridad sería difícil para la víctima reconocer si el arma es verdadera o falsa).
3. En el delito de robo agravado el empleo de arma por parte del agente, normalmente ocasiona en la víctima efecto intimidatorio. Necesariamente provoca miedo y desasosiego en el sujeto pasivo, al punto que teniendo esta posibilidad de defender la sustracción de sus bienes, no lo hace por temor al mal de perder la vida o poner en riesgo su integridad física. Al producirse un hecho concreto, la víctima nunca piensa si el arma es real o aparente. Lo aparente solo se sabrá después de los hechos cuando incluso se someta a determinadas pericias.

4. El bien jurídico principal en el delito de robo es el patrimonio de la víctima, por lo que las armas aparentes (juguete) o simuladas (fogueo) deben ser consideradas como parte de la agravante mano armada en el delito de Robo, siempre que la utilización de estas genere un efecto intimidatorio en la víctima y producto de ello se despoje de un bien mueble a la víctima.

RECOMENDACIONES

1. El juzgador deberá procesar al sujeto activo por el delito de robo agravado “a mano arma” y no como robo simple, teniendo como elemento probatorio la réplica de pistola, como también las inoperativas, aparentes, de utilería y juguetes con forma de arma, teniendo en cuenta que cuando se utiliza la réplica de arma, igual causa intimidación y deja sin respuesta a la víctima para poner resistencia adecuada ante dicha acción, a diferencia si dicha arma fuese diferenciado por el agraviado de una pistola verdadera si éste fuese una persona especializada, pero para mejor ilustración jurídica se cuenta con el Acuerdo Plenario N° 5-2015/CIJ-116 del IX Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 21 de junio del 2016.
2. Los operadores de justicia del País, deben seguir considerando como parte de la agravante “a mano armada” en el delito de Robo, a las armas aparentes (juguete) o simuladas (fogueo), siempre que la utilización de estas genere un efecto intimidatorio en la víctima y producto de ello se genere un apoderamiento o sustracción de un bien mueble de propiedad de la víctima. En ese sentido, aquellas personas que utilicen armas aparentes o simuladas al cometer un Robo, deberán ser sancionados con una pena privativa de libertad no menor a doce (12) años ni mayor a veinte (20) años.

BIBLIOGRAFÍA

1. Exp. 159-99 HABER NULIDAD, EXPEDIENTE 159-99 (Corte suprema 21 de octubre de 1999).
2. BECCARIA, C. (1984). *De los delitos y de las penas*. Buenos Aires: Editorial Orbis, pp. 29-31.
3. BRAMONT ARIAS, L. (1990). *Temas de Derecho Penal*. Lima: Jurista Editores.
4. BRAMONT, L. (1997). *"Manual de Derecho Penal Parte Especial"*. Lima: Jurista Editores - 3ra Edición.
5. CARO CORIA, D. (1999). *"Derecho Penal del Ambiente Delitos y Técnicas de Tipificación"*. Lima: Grafica Horizonte.
6. CARO CORIA, D. (2004). *Principio de Lesividad de Bienes Jurídicos Penales*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica. p. 130.
7. CASTILLO, J. (2005). *Asociación para delinquir*. Lima: Grijley.
8. Ejecutoria Suprema, Exp. 437-96. Lima, en Rev. Peruana de Jurisprudencia, 1999, año I, Nro. 2, p. 344. (Suprema 29 de 03 de 1996).
9. Exp. Nro. 2757 , Jurisprudencia Penal Comentada (Lima,).
10. Expediente 186-2000 -Callao, Jurisprudencia vinculante (Tribunal Constitucional 25 de octubre de 2000).
11. FREYLE, R. (1997). *"Delitos Contra el Patrimonio"*. Lima: Jurista Editores.
12. GALVEZ VILLEGAS, T. A. (2014). *Derecho Penal: Parte Especial. Tomo II.* . Lima: Editorial: Jurista Editores, p. 780.
13. HURTADO, J. (2000). *"Manual de Derecho Penal. Parte General"*. Lima: Sesator p. 68.

14. MORILLAS, L. (1992). *Manual de Derecho Penal - Parte General*. Madrid: Editoriales de Derechos Reunidas.
15. MUÑOZ CONDE, F. (1975). *Introducción al Derecho Penal*, . Barcelona: BOSCH Casa Editorial S.A.
16. NUÑEZ, R. (2010). *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*. Buenos Aires.: Editorial Bibliográfica Argentina. , p.240.
17. PEÑA CABRERA , A. (2010). *Derecho Penal Parte Especial*. Lima.: Editorial Moreno.
18. PEÑA CABRERA FREYRE, A. (2008). *Derecho Penal: Parte Especial. Tomo II. Segunda Edición*. . Lima.: IDEMSA. p 262.
19. R.N. Nro. 1750-2004-CALLAO, Gaceta Jurídica, Nro. 78, (Diálogo con la Jurisprudencia).
20. ROJAS , V. (Lima). *Jurisprudencia Penal Comentada.- R N 3627 Huanuco*.2005: IDEMSA, p. 248.
21. ROJAS VARGAS, F. (1997). *Actos Preparatorios, tentativa y consumación del delito*. Lima: Grijley, 1ra edición.
22. ROJAS, F. (2000). *"Jurisprudencia Penal comentada"*. Lima: Gaceta Juridica.
23. ROJAS, FIDEL;. (2005). *JURISPRUDENCIA PENAL COMENTADA*. Lima: IDEMSA.
24. SALINAS SICCHA, R. (2006). *DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO*. Lima: Jurista editores.
25. SALINAS SICCHA,, R. (2006). *Delitos contra el Patrimonio*. . Lima: Jurista Editores, p.153.
26. Sentencia, Expediente N.º 5815-2005-PHC/TC (Tribunal Constitucional 04 de enero de 2006).

27. SOLER, S. (1969). *Derecho Penal Argentino- Tomo IV.* . Buenos Aires: p.187.
28. URQUIZO, J. (2000). *El Principio de Legalidad.* Lima: Gráfica Horizonte S.A.
29. VELASQUEZ VELASQUEZ , F. (2002). *Manual de Derecho Penal Parte General.* Bogota: Temis.
30. VELÁSQUEZ, F. (1995). *Derecho Penal, Parte General.* Bogota: Temis.
31. VILCAPOMA, B. (2000). *La calificación del delito de robo agravado.* Lima: p. 75 y 76.
32. VILLA STEIN, J. (1998). *Derecho Penal - Parte General* . Lima: San Marcos.
33. VILLA STEIN, J. (2001). *Derecho Penal. Parte Especial. T-A,* . Lima: Editorial San Marco. p.73.
34. VILLAVICENCIO TERREROS, F. (2006). *Derecho Penal. Parte General* . Lima: 1° ed., Grijley.
35. VILLAVICENCIO, F. (2006). *Derecho Penal, Parte General.* Lima: Grijley, p .135.

ANEXOS

GUIA DE ENTREVISTAS A FISCALES

CARPETA FISCAL N° 564-2012
REQUERIMIENTO DE ACUSACION

DELITO: ROBO AGRAVADO

EXPEDIENTE N° 02347-2012

JUZGADO COLEGIADO

DELITO: ROBO AGRAVADO