



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

EL USO DE ARMAS APARENTES EN
EL DELITO DE ROBO:
¿CONFIGURACIÓN DE LA
AGRAVANTE? - ANÁLISIS A PARTIR
DEL ACUERDO PLENARIO
Nº 5-2015/CIJ-116

Jair Castillo-Guerrero

Piura, abril de 2019

FACULTAD DE DERECHO

Área Departamental de Derecho

Castillo, J. (2019). *El uso de armas aparentes en el delito de robo: ¿Configuración de la agravante? - Análisis a partir del Acuerdo Plenario N° 5-2015/CIJ-116* (Tesis para optar el título de Abogado). Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Piura, Perú.



Esta obra está bajo una licencia

[Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

[Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura](https://repositorio.institucional.pirhua.edu.pe/)

UNIVERSIDAD DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

PROGRAMA ACADÉMICO DE DERECHO



**El uso de armas aparentes en el delito de robo:
¿Configuración de la agravante? – Análisis a partir del
Acuerdo Plenario N° 5-2015/CIJ-116**

Tesis para optar el título de Abogado

Jair Alejandro Castillo Guerrero

Asesor: Dr. Percy García Caveró

Piura, abril de 2019

Aprobación

Tesis titulada “*El uso de armas aparentes en el delito de robo: ¿Configuración de la agravante? – Análisis a partir del Acuerdo Plenario N° 5-2015/CIJ-116*”, presentada por el bachiller Jair Alejandro Castillo Guerrero en cumplimiento con los requisitos para optar el Título de Abogado, fue aprobada por el Director Dr. Percy García Caverro.

Dr. Percy García Caverro
Director de tesis

Dedicatoria

A Dios en primer lugar, por permitirme concretar este paso. Al recuerdo siempre latente de mí amada mama Raquel y papa Jano, quienes no están físicamente hoy, pero desde el cielo y en mi corazón, saben que esto va para ellos con mucho amor, momento que me produce mucha nostalgia. A mis padres y hermano, quienes siempre estuvieron preocupados y pendientes de que no caiga en el camino y concluya este gran paso, con una mención especial a mi madre Jeannette, por haberme dado más que la vida. Y, por último, a mi compañera de vida Angie, quien me entrego lo mejor de ella; mis hijos Ghia y Paolo, los tres son mi corazón y motor para seguir adelante a pesar de las adversidades. Gracias por estar a mi lado en todo momento, porque todo es por ustedes hasta que Dios lo permita, los amo.

Agradecimiento

Un especial agradecimiento al doctor Percy García Caveró, por la inmensa paciencia mostrada durante todo el tiempo prestado para concluir esta etapa, por su constante orientación, consejo, precisiones y en especial por los momentos de charla fuera del asesoramiento, que hicieron más ameno y amical este aprendizaje. Mi más sincera y eterna gratitud, porque sin él, no hubiera podido concretar y crecer como persona, y profesional. Por ello, Dios lo bendiga siempre. Para usted mi mayor admiración, maestro.

Una mención adicional, para mis tíos Justo, William y Esperanza, quien cada uno, y en un pasaje de mi vida, contribuyo para encontrarme en donde estoy hoy en día, porque son como mis padres, gracias por eso y mucho más.

Abreviaturas

AP	Acuerdo Plenario
Art. /arts.	Artículo/artículos
CP	Código Penal
CPP	Código Penal Peruano
Etc.	Etcétera
Exp.	Expediente
Inc. /incs.	Inciso/incisos
R.N	Recurso de Nulidad
S/ss.	Siguiente/siguientes
V. gr.	Por ejemplo

RESUMEN ANALÍTICO – INFORMATIVO

Título de la tesis: **El uso de armas aparentes en el delito de robo: ¿Configuración de la agravante? – Análisis a partir del Acuerdo Plenario N° 5-2015/CIJ-116.**

Autor de la tesis: **Jair Alejandro Castillo Guerrero.**

Asesor o director de la tesis: **Dr. Percy Raphael García Caverro.**

Tipo de tesis: **Tesis de título.**

Título que opta: **Licenciado en Derecho.**

Institución. Facultad: **Universidad de Piura. Facultad de Derecho.**

Fecha de sustentación: **Piura, abril de 2019.**

Palabras claves: a mano armada/ robo/ bien jurídico/ libertad de autodeterminación patrimonial/ arma/ alevosía/ competencia por el hecho/ pena.

Descripción: Tesis de título en Derecho perteneciente a la línea de investigación del uso de arma aparente en el robo, que origina diversas posiciones doctrinarias y jurisprudenciales, a fin de determinar si tal supuesto de hecho es robo simple o agravado.

Contenido: El texto de la tesis está dividido en 4 capítulos: el primero se refiere al tema del robo en el Perú y su evolución legislativa a lo largo de la historia codificadora de la rama del derecho penal (código). El segundo estudia el tipo penal del robo, su naturaleza jurídica, el bien jurídico que se vulnera a raíz de los medios comisivos necesarios como presupuestos para la configuración del ilícito penal. El tercero se centra concretamente en el concepto del vocablo “arma”, para encuadrar el sentido e interpretación correcta de la acepción “a mano armada”, siendo que desde tal posición se podrá analizar si es necesario un peligro real o una disminución de la capacidad de resistencia de la víctima, en función de la competencia por el hecho del agente en la consecución del fin ilícito. Finalmente en el cuarto capítulo se realiza un análisis valorativo y crítico de los fundamentos arribados por el Acuerdo Plenario N° 5/2015/CIJ-116, mismo que pretende zanjar la controversia jurisprudencial existente, sin advertir que genera mayor incertidumbre, pues sus fundamentos son objetivamente insostenibles.

Metodología: Método descriptivos y analítico.

Conclusiones: El uso de armas aparentes en el robo, no lesiona algún otro bien jurídico tutelado por la norma penal dentro del tipo base, sin embargo, las constantes diferencias de pronunciamientos contradictorios, llevo a la Corte Suprema a zanjar el tema a través del AP N° 5-2015/CIJ-116, llevando a un incorrecto análisis de la figura y generando mayor incertidumbre. Esto debido a no realizar un correcto estudio del tipo penal, apoyando postura en criterios subjetivos insostenibles. Por tanto, el delito de robo no se agrava por el uso de armas aparentes, debido a que tal circunstancia se encuentra intrínsecamente dentro de la intimidación o amenaza propia del tipo penal base.

Fuentes: Libros, documentos electrónicos, sitios webs consultados, normativa extranjera y nacional, jurisprudencia nacional e internacional reseñadas en la bibliografía de la tesis.

Fecha de elaboración de resumen: 10 de abril de 2019.

Tabla de Contenidos

Introducción.....	1
 Capítulo 1 El delito de robo en el Perú.....	 5
1.1. Regulación del delito de robo	5
1.2. Antecedentes legislativos: evolución histórica en el derecho peruano	5
1.2.1. Código Penal de 1863.....	6
1.2.2. Código Penal de 1924.....	7
1.2.3. Código Penal de 1991.....	10
1.3. Sistemática: delitos patrimoniales diferentes: hurto, apropiación ilícita, extorsión	16
1.3.1. Hurto.....	17
1.3.2. Apropiación Ilícita.....	18
1.3.3. Extorsión.....	19
1.4. Aumento de agravantes y penas	21
 Capítulo 2 El tipo penal de robo simple	 21
2.1. Naturaleza del delito de robo en la doctrina y la jurisprudencia	21
2.2. El bien jurídico penalmente protegido: cuestiones generales.....	27
2.3. Análisis Específico: Aproximaciones al punto controversial.....	29
2.4. Elementos constitutivos.....	33
2.4.1. Apoderamiento.....	34
2.4.2. Los medios comisivos: violencia e intimidación	35
2.4.2.1. Violencia.....	35
2.4.2.2. Intimidación.....	36
2.4.2.3. Síntesis.....	38
2.4.3. Objeto: mueble total o parcialmente ajeno	38
 Capítulo 3 Agravante por mano armada	 39
3.1. Tipos de agravantes en el delito de robo	40
3.2. Concepto de arma.....	42
3.2.1. En la legislación nacional y comparada	42
3.2.2. En la doctrina nacional y comparada.....	43

3.2.3. En la jurisprudencia nacional	46
3.3. Interpretación teleológica de “a mano armada” por el legislador	46
3.3.1. Caso práctico e interpretación restrictiva	49
3.4. Necesidad de peligro real o disminución de la capacidad de resistencia de la victima	51
3.4.1. Capacidad ofensiva del agente en función de una necesidad de peligro real	51
3.4.2. Bloqueo de reacción de la victima	54
3.4.3. Toma de postura.....	56
Capítulo 4 Análisis del acuerdo plenario N° 5-2015/CIJ-116: Aportes y críticas	61
4.1. Aspectos positivos	61
4.2. Inconsistencias de la corte suprema en el desarrollo del análisis de la agravante “a mano armada” en el delito de robo	62
4.2.1. Inadvertida inclinación por una perspectiva subjetiva del AP N° 5-2015	63
4.2.2. Errónea interpretación del fundamento de la agravante: la alevosía como valor calificante y configurador	65
4.2.3. La política criminal como medio de justificación y soporte para configurar la agravante	71
Conclusiones	75
Referencias bibliográficas.....	79

Introducción

El desarrollo del presente trabajo apunta especialmente a abordar la discusión que existe tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia por el **uso de armas aparentes en el delito de robo**. De lo que se trata es de establecer un criterio o posición en el ordenamiento jurídico peruano, para responder a la cuestión de si el uso de las denominadas “*armas aparentes*” o de juguete configuran una de las agravantes contempladas en el Código Penal – Art. 189° numeral 3: “*robo a mano armada*”. Pronunciamientos de los distintos órganos jurisdiccionales acogían en diferentes partes del territorio, aunque de manera sesgada, que el uso de un arma aparente sí configura el delito de robo agravado (*a mano armada*) y para otros con mejor criterio analítico, solo era robo simple. Ante esta situación, resulta necesario y de suma urgencia establecer o colocar la primera piedra de un camino que conduzca hacia un criterio hermenéutico de esta situación, pues lo que se busca es poder determinar si el concepto de arma que prevé la agravante del robo alcanza no solo a las reales sino también a las aparentes.

Con la finalidad de uniformizar posturas o criterios sobre el uso de “*armas aparentes*” en el delito de robo, la Corte Suprema de Justicia ha pretendido zanjar la controversia a través del **Acuerdo Plenario N° 5-2015/CIJ-116**. En este pronunciamiento judicial se establece a forma de resumen que el uso de armas aparentes (juguete) sí configura el delito de robo agravado (“*a mano armada*”), siendo que ello en principio dejaría conforme a los operadores de justicia y establecería un criterio unitario. Empero, el resultado no ha sido bien recibido por los escritos especializados, pues al parecer el acuerdo plenario confunde criterios y fundamenta su posición en puntos controversiales que son objeto de crítica y cuestionamientos.

Resulta necesario hacer la acotación de que, al hacer referencia a “*armas aparentes*”, entre ellas las de “juguete”, reducimos el universo contemplado en el presente trabajo a aquellas que, por sus características, son similares a las reales y por ende generan un alto grado de verosimilitud en los agraviados. Adelantando posición al respecto, se es de la opinión que el uso de armas aparentes no configura el delito de robo agravado. Haciendo un desarrollo del tema que se concatena con el análisis del Acuerdo Plenario N° 5-2015/CIJ-116, así como de los fundamentos y posturas discutidas en el mencionado pronunciamiento jurisdiccional, se llegará a la propuesta interpretativa que pretendemos sentar. Asimismo, es necesario acotar que el presente trabajo se conjuga con la realidad existente hoy en día, teniéndola en consideración como elemento fáctico.

En el Perú el índice de comisión del delito de robo agravado se ha incrementado notablemente, en especial en su modalidad agravada por el uso de “armas”. Estos niveles de crecimiento son notorios al menos en los últimos diez años. A partir de los datos estadísticos se puede decir que desde el año 2011 hasta el 2014, las denuncias por la presunta comisión del delito de robo pasaron de 33, 077 a 35, 108, lo cual representa un incremento del 6,1%. Asimismo, en el periodo del 2011 al 2014 se han registrado un total de 139, 326 delitos de robo denunciados en el Ministerio Público, lo cual equivale a un promedio de 4 delitos denunciados por hora.¹

Un análisis de la evolución legislativa del delito de robo agravado tipificado en el Código Penal de 1991, permite avizorar que el mismo inicialmente previa una penalidad no menor de 3 ni mayor de 8 años de pena privativa de libertad, para que a la fecha, luego de más de seis modificaciones nos encontremos frente a una penalidad no menor de 12 ni mayor de 20 años de pena privativa de libertad, evidenciándose que el mínimo legal ha sido cuadruplicado. Esto sin considerar que a través de diversas modalidades pueda llegar la sanción hasta la cadena perpetua. Con ello si realizamos un análisis del índice de robo agravado que se cometían durante los años 90 frente a los que se cometen hoy en día o en la actualidad, tendremos que los mismos han aumentado en la misma proporción que las penas estatales han aumentado su marco penal abstracto.

El incremento exponencial de las penas para el delito de robo agravado no ha traído como consecuencia una reducción del índice de comisión, provocando únicamente un mayor hacinamiento carcelario. Es así que, en el Perú, según el Censo Nacional Penitenciario del año 2016, la población penal existente en el país asciende a setenta y siete mil ciento ochenta personas privadas de su libertad; de los cuales el 94,0 % son hombres y el 6,0 % mujeres. Ahora bien el 29,5% de dicha población penitenciaria cometió el delito de robo agravado, y en función a ello el 76,5% delinquen con armas de fuego y el 20,7% con arma punzocortante. Estas cifras y números deben tenerse presente de manera especial, pues objetivamente el uso de armas para la consecución del fin ilícito es de mayor incidencia dentro de la realidad peruana en los últimos 15 años, y así lo ha demostrado un estudio del Instituto Nacional de Estadística e Informática².

A la lógica de aumentarle la penalidad en el delito de robo agravado debe sumarse la decisión judicial de sancionar el robo con arma aparente con la misma pena que un robo con

¹ <https://es.scribd.com/doc/298583710/Dossier-Informativo-Observatorio-de-Criminalidad-del-Ministerio-Publico#user-util-view-profile>. Consultado por última vez el 03 de Mayo del 2018.

² <https://www.inei.gob.pe/prensa/noticias/inei-presento-el-sistema-integrado-de-estadisticas-de-criminalidad-y-seguridad-ciudadana-9236/>. Consultado por última vez el 07 de Mayo del 2018.

arma de verdad. Esto significa una mayor sanción y, por lo tanto un mayor tiempo en reclusión penal.

Lo anterior hace imperiosa la necesidad de realizar un mayor estudio y análisis del castigo que debe recibir quien roba a otro con un arma aparente y, en ese sentido discutir la doctrina jurisprudencial establecida por el Acuerdo Plenario N° 5-2015/CIJ-116.

En este trabajo, nos centraremos en desarrollar conceptos claves para cimentar nuestra postura, teniendo en consideración que hoy en día algunos doctrinarios peruanos de manera audaz, pero inequívocamente, concretan la configuración de la agravante en aspectos subjetivos o criterios errados como lo señala y desarrolla el AP. Para ello, veremos la introducción del delito robo en la historia codificadora del Perú, su evolución y modificaciones legislativas, la sistemática dentro de los delitos patrimoniales y el incremento de las agravantes, y el marco penal para el tipo base y agravado, mismos conceptos desarrollados en el capítulo 1 en un marco general e introductorio a la problemática específica. En el capítulo 2 vamos a ocuparnos propiamente de la naturaleza del delito de robo en su modalidad básica, así como el bien jurídico protegido y una aproximación hacia la correcta interpretación en la vulneración por el uso de armas aparentes para la comisión del ilícito penal, ello en función del análisis de los elementos constitutivos como presupuestos del tipo penal bajo análisis. En el capítulo 3, nos avocaremos a desarrollar una idea y aproximación del concepto de arma, y en función a ello, la correcta interpretación que se le debe dar a la acepción “*a mano armada*”. Asimismo, esbozaremos un caso práctico muy singular como modelo para efectuar el análisis de la conducta sub examine contemplada en el inciso 3 del artículo 189°, en donde se determinara si lo que importa e interesa es la necesidad de un peligro real por la funcionalidad propia del arma, o en contraste a ello, la disminución de la capacidad de resistencia de la víctima. Y, por último, en el capítulo 4, trabajaremos de manera crítica los fundamentos y posturas arribados dentro del AP N° 5-2015/CIJ-116 por la Corte Suprema. Se analizara, ello develando las falencias y contradicciones mediante las cuales el AP pretende zanjar la problemática, dando lugar mayores incertidumbres por fundar sus posturas en conjeturas por un lado e inadvertida y sorpresiva falta de criterio, máxime si de por medio se encuentra determinar la responsabilidad penal de una persona y, por lo tanto, una pena considerable de por medio.

Capítulo 1

El delito de robo en el Perú

En la realidad peruana actual el patrimonio constituye indiscutiblemente un bien jurídico que demanda protección estatal, sin embargo, las personas no respetan ese derecho, sino que por el contrario proceden e inciden en la sustracción de manera violenta o intimidatoria de un bien mueble a una persona determinada. Esta conducta es atribuida dentro del rotulo denominado como **robo**. Ahora bien, no es menester del presente capitulo avocarse al análisis de los motivos que determinan o conllevan a las personas a incidir en este tipo de conducta de connotación delictiva, motivo por el cual procederemos a realizar un estudio de los elementos del tipo penal y específicamente de la agravante que origina la presente.

1.1. Regulación del delito de robo

Para iniciar la interpretación de la norma jurídica que regula actualmente el delito de robo es pertinente conocer su gestación y evolución. Para ello, la *interpretación histórica* es un valioso referente y una importante orientación a través de la cual se comprenderá el alcance que tuvo el precepto al momento que entró en vigencia o fue promulgado, como el desarrollo hermenéutico que alcanzó la norma a través del tiempo y su compatibilidad o no con el contenido que hoy se le asigna.³ Este método de interpretación permite saber cuál es la intención reguladora de la ley, las decisiones valorativas y los fines que ha perseguido la norma penal, las repercusiones socio – políticas y la tendencia total de la ley.

Nuestro primer paso es la base de las subsiguientes interpretaciones que realizaremos, permitiéndonos precisar el largo camino evolutivo seguido por una norma jurídica en el tiempo y su comprensión por la jurisprudencia. Asimismo, es necesario acotar que el análisis del tipo penal esbozado no puede partir de su forma agravada, ello no tendría un sentido claro por dejar de tomar en cuenta los elementos constitutivos del robo como tipo penal base.

1.2. Antecedentes legislativos: evolución histórica en el derecho peruano

Al independizarse el Perú, dentro de su etapa republicana han existido tres proyectos codificadores en materia penal: el CP de 1863, el CP de 1924 y por último el CP de 1991 con sus diversas modificaciones legislativas.

³ CASTAÑEDA SEGOVIA, Mateo. *El delito de tenencia ilegal de armas*. Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L Lima, 2009, p. 17.

1.2.1. El código penal de 1863

El CP de 1863 está dividido en tres libros. El Libro primero, con la rúbrica de *los delitos, De los delincuentes y de las penas en general*. El libro Segundo, *De los delitos y sus penas*, y el libro Tercero, *De las faltas y sus penas*. No solo la estructura y las rubricas coinciden con el texto español, sino también el número similar de los artículos, 400 en el peruano y 484 en el español.⁴ El libro Tercero, Título III, trataba de los delitos contra *la seguridad de los particulares (robo, hurto, incendios, etc.)*.⁵ Ello, se hace con gran minuciosidad en 45 artículos, distinguiendo entre robos y hurtos. En los primeros distingue entre causado con violencia en las personas, y fuerza en las cosas (arts. 326 – 329), y aparece igualmente el causado en “*pandilla de tres o más malhechores*” (art. 332). En los hurtos varia la pena en función del valor de la cosa hurtada (arts. 329 – 330). Regula en esta sección igualmente los incendios (arts. 354 – 360) y los daños (arts. 361 – 363).⁶ El CP de 1863 tuvo como modelo al CP español de 1850⁷, el CP peruano del siglo XIX está fuertemente influenciado por el propio derecho español, o sea, una vez más se comprueba, como decía Basadre Grohman, que independientemente del fenómeno patriota existe un proceso de *recepción* proveniente de la antigua metrópoli. El CP español de 1848 – 1850 era el fruto del cultivo de un conjunto de transformaciones operadas en un sistema jurídico como consecuencia del texto civil francés de 1810, de las ideas humanitarias del jurista Beccaria y en menor grado de los monumentos jurídicos españoles como son el *Fuero de Juzgo* y las *Partidas* que vuelven a irradiar su gran influencia en la península ibérica. Dentro de estas influencias jurídicas las más importantes eran la del Código penal de Napoleón Bonaparte.⁸

EL proyecto del CP de 1863 regulaba el delito de robo con armas (art. 328° inc.2). Asimismo, lo contemplado en la norma como estructura dentro del texto hace referencia a la palabra “*armas*”, pero no existe una disposición expresa que aporte un concepto propio y unitario al respecto, ello en virtud que no existía la necesidad fáctica y jurídica en aquella época de esbozar el desarrollo del concepto anteriormente manifestado. Es así, que el CP de 1863 como se ha mencionado contemplaba la figura del hurto simple en el artículo 328°, y la figura del robo en los artículos 326° y 327° mediante las siguientes fórmulas jurídicas:

⁴ TORRES AGUILAR, Manuel. Coordinación de la edición. “*Actas del XV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*”. Diputación de Córdoba, Universidad de Córdoba, 2005, pp. 1077 y ss.

⁵ BERNAL CAVERO, Julio G. “*Los delitos de Hurto y Robo*”. Editorial San Marcos. 1997, p. 113.

⁶ TORRES AGUILAR, Manuel. *Ob. cit.*, p. 1084.

⁷ BERNAL CAVERO, Julio G. *Ob. cit.*, p. 113.

⁸ BASADRE AYULO, Jorge. “*Historia del Derecho Universal y Peruano*”. Editorial Ediciones Legales, Lima, 2011, p. 789.

- **Artículo 328°.- Hurto:** “Los que cometan robo sin violencia ni intimidación a la persona sufrirán cárcel en quinto grado: 1° Cuando el robo se perpetre con escalamiento, perforación de pared o cerca; o introduciéndose por conducto subterráneo, o por vía que este destinada a servir de entrada al edificio. 2° Cuando haya fractura de puerta, venta o mueble con cerradura. 3° Cuando se haga uso de ganzúa, llave falsa, u otro instrumento semejante, para abrir una cerradura, o de la llave verdadera que hubiese sido sustraída. 4° Cuando el robo se ejecute de noche, o con auxilio de un doméstico o dependiente de la casa al cual se hubiere sobornado. 5° Cuando para cometer el robo se suponga el delincuente empleado público o finja orden de la autoridad.
- **Artículo 326°.- Robo:** “El que comete robo, hiriendo o maltratando a una persona para que descubra, entregue, o no defienda la cosa que intenta robar, sufrirá penitenciaria en tercer grado”.
- **Artículo 327°:** “Serán castigados con penitenciaria en primer grado: 1° El que amenace o intimide para que se descubra, entregue o no se defienda la cosa. 2° El que roba empleando armas o en despoblado o camino público. 3° El que se hubiere asociado a tres o más personas para cometer el robo. 4° El que retuviere en rehenes una persona para sacar rescate”.⁹

Se entiende que el CP de 1863 contemplaba el robo como un delito base estructurado y desarrollado a través del artículo 326°, siendo que el artículo 327° recogía las “agravantes” del robo, entre ellas el inciso 2° que empleaba la palabra “*armas*” al momento de cometer tal ilícito, sin que efectuara o aportara a su vez dentro de dicha disposición normativa un concepto propio de dicho instrumento (arma). Es de verse y apreciarse, que la realidad no lo requería en su momento, por no alcanzar un grado de desarrollo del derecho penal que produjera cuestionamientos dentro de los doctrinarios de la época.

1.2.2. El código penal de 1924

El CP de 1924 (Ley N° 4868), dado el 10 de enero de 1924 se encontraba dividido en cuatro libros. El libro Primero, *De las disposiciones generales*. El libro Segundo, *De los Delitos*. El libro Tercero, *de la Faltas*, y el libro Cuarto, *De la vigencia y aplicación del código penal*.

⁹ TORRES AGUILAR, Manuel., *Ob. cit.*, p. 1097.

El Código Maúrtua¹⁰ regulaba el delito de robo en el libro Segundo, Sección Sexta (art. 237°) y las formas “agravadas” en los subsiguientes (arts. 238° y 239°), los mismos que se estructuran de la siguiente forma:

- **Artículo 237°.- Robo:** *“El que se apodere ilegítimamente de una cosa mueble total o parcialmente ajena, para aprovecharse de ella, substrayéndola del lugar en que se encuentra, será reprimido con penitenciaría no mayor de seis años o prisión no mayor de seis años ni menor de un mes”.*
- **Artículo 238°.-** *“La pena será penitenciaría no mayor de diez años o prisión no menor de seis meses, si el delincuente hubiera cometido el hecho en calidad de afiliado a una banda, o si fuera habitual en el delito de robo, o si demostrare por otras circunstancias su condición de especialmente peligroso”.*
- **Artículo 239°.-** *“El que para perpetrar un robo, o el que sorprendido en flagrante delito de robo, ejerciera violencias sobre una persona o la amenazare con un peligro inminente para la vida o la salud o de otra manera la inhabilitare para resistir, será reprimido con penitenciaría o prisión no menor de tres años. La pena será penitenciaría no menor de cinco años, si el delincuente hubiera amenazado de muerte a una persona, o le hubiere inferido una lesión corporal grave, o si hubiese cometido el robo en calidad de afiliado a una banda, o si, por cualquiera otra circunstancia, del delito denotare que su autor es especialmente peligroso.”¹¹*
*La pena será penitenciaría no menor de siete años si el delincuente hubiere inferido lesión grave a una persona, o si el robo hubiere sido cometido por dos o más autores, o si hubiere portado cualquier clase de **arma** o de instrumento que pudiera servir como tal, o si por cualquier otra circunstancia el delito denotare que su autor es especialmente peligroso.*
*Si el agraviado falleciere a consecuencia de la agresión y si el delincuente hubiere podido prever este resultado, la pena será de penitenciaría no menor de doce años”.*¹²

¹⁰ El Código Penal de 1924, preparado por Víctor M. Maúrtua.

¹¹ ESPINO PÉREZ, Julio D. “Código Penal Concordado con la Constitución, los demás códigos y leyes vigentes y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”, Editorial Jurídica, 1962, Lima, p. 268 y ss.

¹² Código Penal, Código de Procedimientos Penales; Código de Ejecución Penal: Reglamento. Perú. (Código Penal de 1924). Cultural Cuzco S.A., Lima, p. 69.

El Código de Maúrtua, a diferencia del código antecesor, exponía dentro de los delitos contra el patrimonio, específicamente en el robo en sus formas agravadas, el uso o empleo de la terminología “*arma*” y, a su vez, desarrolla el texto expreso de la norma un alcance extensivo de dicho concepto al estructurar: “o de instrumentos que pudiera servir como tal”, lo que significa que le daba un valor agregado a dicho concepto, pues ello acarrearía mayor relevancia jurídica al momento de analizar la conducta desarrollado por el sujeto autor del delito.

Ahora bien, la palabra “*arma*” o “*armas*”, no solo se encuentra dentro de los delitos contra el patrimonio en el CP de 1924, pues el Código de Maúrtua sí llegó a contemplar y emplear la terminología anteriormente indica, es de verse que dentro del mencionado CP, puede encontrarse dentro de los Arts. 173° y 321° segundo párrafo (Duelo y Violencia y Resistencia a la Autoridad respectivamente) que a su tenor se expresa de la siguiente forma:

- **Artículo 173°.-** “Los que se batieren sin asistencia de dos o más padrinos mayores de edad y sin que estos elijan armas y arreglen las demás condiciones, sufrirán las penas comunes del homicidio o de las lesiones graves que resultaren. Sino resultaren muerte ni lesiones graves, será reprimidos con prisión no mayor de un año”.¹³
- **Artículo 321°.- Violencia y Resistencia a la Autoridad:** “La prisión será no menor de seis meses, si el hecho se cometiera a mano armada, o por una reunión de más de tres personas, o si el culpable fuera funcionario público, o si el delincuente pusiera manos en la autoridad”.¹⁴

Por otro lado, de una manera más atinada, el legislador de la época emplea un concepto que evita ambigüedades y surta efectos de interpretación, para tipificar una conducta o circunstancia dentro de un tipo penal determinado, ello viéndose mediante lo contemplado en la Sección Quinta – Delitos contra la Libertad, ello en el segundo párrafo del **Art. 224°** del CP al utilizar los vocablos: “arma de fuego”, con la siguiente fórmula:

¹³ ESPINO PEREZ, Julio D. *Ob. cit.*, p. 199.

¹⁴ ESPINO PEREZ, Julio D. *Ob. cit.*, p. 287.

- **Artículo 224° - segundo párrafo:** “La amenaza de hecho consistente en disparar un **arma de fuego** contra una persona sin hierirla, será reprimida con prisión no mayor de tres años ni menor de seis meses”.¹⁵

Se observa que, dentro del delito de robo, la legislación de la época no contemplaba dentro del robo ni en sus formas agravadas un concepto estricto y unitario de la palabra armas, máxime si del propio texto de la norma como se ha mencionado anteriormente recurre a un alcance extensivo o a una interpretación analógica para equiparar algún objeto que sirva o sea calificado como tal para la consecución del delito. Situación que no se presenta en el artículo 224°, pues el legislador es claro al emplear un concepto uniforme y globalizado al respecto, recurriendo sutilmente en emplear **arma de fuego**. Somos de la opinión, que acertadamente y a manera de apreciación crítica, el legislador de la época sin dar un concepto propio de la palabra arma, efectuaba un criterio diferenciador del mismo a través de la estructura de los tipos penales tipificados en el CP de 1924, pues para algunos tipos penales empleaba dentro de sus circunstancias fácticas ya sean en los tipos bases como en sus formas agravadas: **armas, a mano armada y armas de fuego**.

1.2.3. El código penal de 1991

La hipótesis normativa del delito de *robo y robo agravado* se tipifica en el libro II, título V –*delitos contra el patrimonio*, capítulo II, artículos 188° y 189° del Código Penal de 1991.

Su redacción original del delito de robo fue la estructurada 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 dos ni mayor de seis años”

Aquella redacción original del Código Penal fue modificada por el artículo 1° de la Ley N° 26319 publicada el 01 de Junio de 1994, que dispuso la vigencia de la estructura

¹⁵ Código Penal, Código de Procedimientos Penales; Código de Ejecución Penal: Reglamento. Perú. *Ob. cit.*, p. 65.

normativa del tipo penal (*Artículo 188° del CP*) por un lapso de vigencia de casi cuatro años en los siguientes términos:

“El que se apodera ilegítimamente de un 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”.

Como se aprecia en la disposición legal derogada y derogatoria es similar solo se modificó la *consecuencia jurídica* incrementándose la pena inicial o el marco penal que oscilaba entre los dos a seis años de privación de la libertad, sustituyéndose por el vigente hasta ese entonces marco de pena abstracta: *“no menor de tres ni mayor de ocho años”*.

Posteriormente, el Decreto Legislativo N° 896¹⁶ publicado el 24 de Mayo de 1998; a través de su artículo 1° modifico la estructura del tipo penal en los siguientes términos:

“El que se apodera ilegítimamente de un 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 seis ni mayor de quince años”.

Consecuentemente, una vez más el injusto penal guarda identidad entre la ley derogada y la derogatoria, presentándose en la presente una constante, el incremento del marco pena abstracto; oscilando ahora entre los seis a quince años de pena privativa de la libertad ambulatoria.

La *ratio essendi* de esta elevación se encuentra en el artículo 2° de la Ley N° 26950 a través de la cual se delegó facultades legislativas al poder ejecutivo:¹⁷

“Los decretos legislativos que se expiden con arreglo a esta ley autoritativa tiene por materia la seguridad nacional y se fundamentan en la necesidad de adoptar e implementar una estrategia para erradicar un peligroso factor de perturbación de esa seguridad, generado por las situaciones de violencia creciente que se viene produciendo por las

¹⁶ Expedito con arreglo a la Ley N° 26950 publicada el 18 de Mayo de 1998.

¹⁷ CASTAÑEDA SEGOVIA, Mateo. *Ob. cit.*, p. 22.

acciones de la delincuencia común organizadas en bandas utilizando armas de guerras y explosivos y provocando un estado de zozobra e inseguridad permanente en la sociedad”.

La última modificación del tipo penal de robo simple y que se mantiene vigente hoy en día en la legislación nacional se ha introducido mediante el artículo 1° de la Ley N° 27472 publicada el 05 de Junio del 2001, cuyo texto es el siguiente:

“El que se apodera ilegítimamente de un 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”.

La peculiaridad de esta modificatoria, es que retorno a lo esbozado en su momento por la primera modificación al texto original de la norma mediante la Ley N° 26319, contemplando el mismo injusto penal –supuesto de hecho, y el mismo marco de pena abstracto.

La forma agravada del robo se tipificó dentro de los alcances del artículo 189°, misma hipótesis normativa que ha sido modificada mediante normas con rango de ley¹⁸. Pasemos a observar las modificaciones mencionadas al texto original:

Texto Original: Artículo 189°.- *“La pena será no menor de tres ni mayor de ocho años si el robo se comete:*

- 1. Con crueldad*
- 2. En casa habitada*
- 3. Durante la noche o lugar desolado*
- 4. A mano armada**
- (...)*

El robo agravado tipificado en el artículo 189° del CP es uno de las hipótesis normativas que más ha sufrido modificaciones a lo largo de su vigencia en el catalogo penal de nuestro ordenamiento jurídico. Siendo así, que tales modificaciones se han dado hasta en siete (07) ocasiones:

¹⁸ ROJAS VARGAS, Fidel. *Código Penal. Dos décadas de jurisprudencia*. Ara Editores. Lima, 2012, p.503 y ss.

Ley N° 26319¹⁹: 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 lugar desolado.
3. **A mano armada.**

(...)

*En los casos de concurso de delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, la pena se aplica sin perjuicio de otras más grave que pudiera corresponder en cada caso”.*²⁰

Ley N° 26630²¹: 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 lugar desolado.
3. **A mano armada.**

(...)

*La pena será de cada 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”.*²²

D. Legislativo N° 896²³: 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 lugar desolado.
3. **A mano armada.**

(...)

La pena será de cada perpetua cuando el agente actúa en calidad de integrante de una organización delictiva o banda, o si como consecuencia del hecho produce la

¹⁹ Modificación introducida mediante el Artículo 1° de la ley N° 26319, publicada el 01 de Junio de 1996.

²⁰ La modificación aumenta el marco de pena abstracto, suprime el numeral 1), agrega un bloque con aumento de pena para ciertas circunstancias específicas y por ultimo inserta en el penúltimo párrafo con el respectivo marco de pena, la figura de *organización*.

²¹ Modificación introducida mediante el Artículo 1° de la ley N° 26630, publicada el 21 de Junio de 1996.

²² La modificación aumenta el marco de pena abstracto en función a su modificatoria precedente, suprime el numeral 1) respecto a la *crueldad*, aumenta el marco de pena del segundo de bloque de agravantes y a su vez suprime y suprime circunstancias fácticas agravadas del mismo.

²³ Expedido con arreglo a la Ley N° 26950, que otorga facultades al Poder Ejecutivo para legislar en materia de seguridad ciudadana.

muerte de la víctima o se le cause lesiones graves a su integridad física o mental".²⁴

Ley N° 27472²⁵: 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 lugar desolado.*
- 3. A mano armada.**

(...)

La pena será de cada perpetua cuando el agente actúa en calidad de integrante de una organización delictiva o banda, o si como consecuencia del hecho produce la muerte de la víctima o se le cause lesiones graves a su integridad física o mental".²⁶

Ley N° 28982²⁷: 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 lugar desolado.*
- 3. A mano armada.**

(...)

La pena será de cada perpetua cuando el agente actúa en calidad de integrante de una organización delictiva o banda, o si como consecuencia del hecho produce la muerte de la víctima o se le cause lesiones graves a su integridad física o mental".²⁸

Ley N° 29407²⁹: Artículo 189°.- *“La pena será no menor de doce ni mayor de veinte años, si el robo es cometido:*

²⁴ Aumenta el marco de pena establecido mediante la modificación anteriormente vigente (Ley N° 26630), establece un solo bloque de agravantes e introduce un segundo párrafo con la novedad de la *cadena perpetua* para las circunstancias establecidas.

²⁵ Modificación introducida mediante el Artículo 1° de la ley N° 27472, publicada el 05 de Junio de 2001

²⁶ La presente modificatoria reduce el marco de pena en el primer bloque de agravantes y vuelve a introducir un segundo bloque de agravantes con un marco de pena que oscila entre los 20 a 25 años de pena privativa de libertad y a su vez mantiene la condena de cadena perpetua para el último párrafo como circunstancia totalmente intolerable para el ordenamiento jurídico penal.

²⁷ A través de su Artículo 2°, publicada el 03 de Marzo del 2007.

²⁸ Modifica el inciso 5) del primer párrafo.

²⁹ Publicada el 18 de Setiembre del 2009.

1. *En casa habitada.*
2. *Durante la noche o lugar desolado.*
3. **A mano armada.**

(...)

*La pena será de cada perpetua cuando el agente actúa en calidad de integrante de una organización delictiva o banda, o si como consecuencia del hecho produce la muerte de la víctima o se le cause lesiones graves a su integridad física o mental”.*³⁰

Ley N° 30076³¹: Artículo 189°.- “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 lugar desolado.*
3. **A mano armada.**

(...)

*La pena será de cada perpetua cuando el agente actúe en calidad de integrante de una organización criminal³², o si, como consecuencia del hecho produce, se produce la muerte de la víctima o se le causa lesiones graves a su integridad física o mental”*³³

De acuerdo al *nomen iuris* del art. 189°, el CP de 1991 ha esbozado de manera puntual la forma agravada para el delito de robo, como se puede observar; siendo un delito en constante cambio por los dispositivos legales correspondientes para ello.

En conclusión, el delito de robo agravado en todas sus modalidades, tan frecuentes en los estratos judiciales, se encuentra previsto en el art. 189° del CP como se ha mencionado anteriormente. Quizá su frecuencia constituya uno de los motivos por los cuales el legislador

³⁰ La presente modificatoria aumenta el marco de pena en su extremo mínimo de 10 a 12 años, a su vez inserta el numeral 8) al primero bloque de agravantes. Por último, aumenta el marco de pena abstracto para el segundo bloque siendo que paso a ser 25 a 30 años, en el extremo superior.

³¹ Publicada el 19 de Agosto del 2013.

³² Para PAUCAR CHAPPA Marcial Eloy, una organización criminal es un grupo que es estructurado, que tiene alguna permanencia, comete delitos graves para obtener una ventaja económica, usa violencia, corrompe autoridades, lava dinero de procedencia criminal y lo reinvierte en la economía lícita., en *Actualidad Penal*. N° 31 – 2017, p. 30

³³ La última modificatoria al artículo 189° y que se mantiene vigente en la legislación nacional penal, introduce y/o el concepto del inciso 1), siendo que desechó la terminología de “casa” para emplear “inmueble”. Asimismo, en el último párrafo se introduce la terminología o concepto establecido como *organización criminal* por primera vez.

en casi veinticinco años de vigencia de nuestro maltrecho CP, ha modificado en varias oportunidades art. 189°. Así tenemos, el texto original fue modificado por Ley N° 26319 del 01 de Junio de 1994, luego el 21 de Junio de 1996 se promulgo la ley N° 26630, asimismo, lo dispuesto por esta última ley fue modificado por el Decreto Legislativo N° 896 del 24 de Mayo de 1998, por el cual, recurriendo a la drasticidad de la pena, el cuestionado Gobierno de turno de aquellos años pretendió frenar la ola de robos agravados que se había desencadenado en las grandes ciudades de nuestra patria. Con el regreso de los aires democráticos, el 05 de Junio de 2001 se publicó la Ley N° 27472, por el cual en su artículo 1° se modificó lo dispuesto en el Decreto Legislativo antes citado. El 03 de Marzo del 2007, por Ley N° 28982, se ha ampliado el contenido del inciso 5 del citado art. 189° del CP. Luego, con el argumento de proteger a los vehículos por Ley N° 29407 del 18 de Setiembre de 2009, el legislador ha vuelto ampliar el contenido del art. 189° del CP.³⁴ Finalmente, con las leyes N° 30076 y 30077 de agosto del 2013, se vuelve a modificar, ahora por la introducción de una nueva figura delictiva como lo es una *organización criminal*.

1.3. Sistemática: delitos patrimoniales diferentes: hurto, apropiación ilícita, extorsión

Entendemos que, de acuerdo al *nomen iuris* del Título V del Código Penal “Delitos contra el patrimonio”, el bien jurídico lo constituye el patrimonio. Entendido el patrimonio en sentido genérico y material como el conjunto de obligaciones y bienes (muebles o inmuebles), susceptibles de ser valorados económicamente y reconocidos por el sistema jurídico como pertenecientes a determinada persona. En tanto que en sentido específico para efectos de la tutela penal, constituyen en el patrimonio de una persona todos aquellos derechos reales (*principales: posesión, propiedad, usufructo, uso y habitación, superficie y servidumbre, de garantía: prenda, anticresis, hipoteca y derecho de retención*) y obligaciones de carácter económico reconocidas por el sistema jurídico.³⁵

Existe dentro de este conglomerado, una sistematización que arroja al grupo de delitos que lesionan el bien jurídico patrimonio, entre ellos existe el *hurto, apropiación ilícita y extorsión* entre algunos, mismos que por sí solos guardan cierta similitud conceptual dentro del desarrollo estructural en las fórmulas jurídicas con las que se contemplan dentro del Código Penal vigente para nuestra legislación. Sin embargo, las mismas son necesarias enfatizar y dejar en claro su diferenciación con el delito de robo, para poder conceptualizar

³⁴ SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra el patrimonio*. Instituto Pacifico. Lima, 2015, p. 137.

³⁵ SALINAS SICCHA, Ramiro. *Ob. cit.*, p. 41.

una circunstancia de hecho dentro de un tipo penal correcto, situación que es de mucha utilidad dentro de la administración de justicia específicamente para los operadores de justicia (fiscales) como representantes del ente autónomo titular de la acción penal, pues ello conlleva poder imputar una circunstancia de hecho con el delito específico en sí, tendiéndose en consideración que las consecuencias jurídicas relevantes por la pena en sí misma no son las mismas en todos los tipos penales anteriormente mencionados.

1.3.1. Hurto

Por ello, de la lectura de los textos de doctrina y de los tipos penales que regula nuestro CP, las figuras de **hurto** y el robo tienen claras diferencias. Pedagógicamente, las diferencias sustanciales y más importantes son las siguientes:³⁶

- α. Al desarrollarse la conducta de robo necesariamente debe concurrir la violencia contra la persona o la amenaza con un peligro inminente para su vida o integridad física; en el hurto aquellos elementos no aparecen, salvo que se haga de la violencia, pero contra las cosas.
- β. La conducta desarrollada por el agente en el hurto es subrepticia o clandestina, esto es, la víctima muchas veces se entera cuando el delito se ha consumado, en tanto que el robo, la conducta es evidente y notoria para el sujeto pasivo.
- γ. Se exige determinado valor económico del bien sustraído en el hurto simple, en tanto que en el robo básico no se exige cuantía, basta que se determine algún valor económico.
- δ. El delito de robo es pluriofensivo, pues aparte de lesionar el patrimonio, ataca bienes jurídicos como la propiedad, la libertad, la integridad física, la vida de la víctima, mientras que en el hurto solo se lesiona el patrimonio y a veces la propiedad cuando se utiliza la violencia sobre las cosas.
- ε. La pena es mucho mayor para las conductas de robo simple y agravado que para el hurto simple y agravado.

El robo, como añadido, exige dos condiciones: *la acción en la violencia o amenazas ejercidas sobre las personas; y, el elemento temporal*, en virtud de las cuales los actos de

³⁶ SALINAS SICCHA, Ramiro. *Ob. cit.*, p. 111 y s.

violencia o de intimidación deben ser desplegados antes, en el desarrollo o inmediatamente posterior a la sustracción de la cosa.³⁷

Es de concluirse que elemento configurador para el robo y a su vez diferenciador con el hurto, es la violencia o amenaza empleada en la conducta desplegada por el agente activo del delito, mismos elementos que son empleados para obtener el provecho ilícito de origen patrimonial y con *animus lucrandi* del delincuente.

1.3.2. *Apropiación Ilícita*

Dentro del CP de 1991 el delito de ***apropiación ilícita*** regula su figura junto a los hechos punibles y de relevancia jurídica penal como lo es el robo, hurto y extorsión y otras figuras delictivas dentro del Título V rotulado como “Delitos contra el Patrimonio”, siendo de este modo que el delito de apropiación ilícita aparece tipificada de la manera siguiente:

- **Artículo 190°.- Apropiación Ilícita común:** *“El que en su provecho o de un tercero, se apropia indebidamente de un bien mueble, una suma de dinero o un valor que ha recibido en depósito (...), será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.*
Si el agente obra en calidad de curador, tutor, albacea, sindico, depositario judicial (...), la pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.
Cuando el agente se apropia de bienes destinados al auxilio de poblaciones que sufran consecuencia de desastres naturales o similares, la pena será privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de diez años”.

Existe similitud en comparación con el delito de robo, pues si bien ambas conductas buscan un *animus lucrandi* en perjuicio de un tercero, esta última se define como la intención de obtener cualquier provecho, beneficio, ventaja, goce o utilidad o acrecentamiento patrimonial. En forma concreta del *animus rem sibi habendi* que no es otra cosa que el *ánimo de apropiación*, el cual exige que el sujeto activo quiera tener la cosa para sí. Como se desprende de lo señalado, constituye un requisito del tipo penal de apropiación ilícita la conjunción de un estado de ánimo— intención de hacer propia la cosa que es de otro— con un comportamiento materia que exteriorice tal intención. En otras palabras, el delito de

³⁷ SETENCIA PLENARIA N° 1-2005/DJ-301-A, fundamento 6.

apropiación ilícita, además del dolo como componente subjetivo genérico, requiere de un componente subjetivo adicional, conocido en la doctrina como *animus rem sibi habendi*.³⁸

Ahora bien, uno de los elementos diferenciadores entre ambos tipos penales es la circunstancia fáctica por la cual el bien mueble llega a la esfera de dominio y/o posesión del sujeto activo del delito en ambos tipos penales, y la titularidad o vinculación del sujeto pasivo del delito con el bien mueble que ha sido afectado. Por un lado se tiene que tener en consideración que el delito de apropiación indebida o apropiación ilícita común en el CP a diferencia del robo, siendo que el delito de apropiación indebida el sujeto pasivo (agraviado) es quien pone, previa y lícitamente en manos del propio sujeto pasivo (denunciado), para que posteriormente este no lo devuelva en su momento³⁹, siendo que el robo el sujeto activo (agente) emplea mecanismo externos como lo son la violencia y/o amenaza para despojar de la cosa o bien mueble al sujeto activo, es decir lo siguiente: “*en el robo las cosas se toman y en la apropiación indebida se reciben*”.

Por otro lado, se encuentra diferencia en el momento de ejecutar la conducta reprochable penalmente, pues el delito de apropiación indebida se configura por una par conceptual de temporalidad e incumplimiento de acuerdos (términos y condiciones), siendo ello en la negativa de devolver el bien, además de indicar que en este delito quien entrega la cosa o bien tiene vinculación con este de **propietario**, no ocurriendo similitud en el delito de robo, pues en el al sujeto que despojan del bien mediante violencia o amenaza no siempre o necesariamente va a ser el propietario del mismo, situación que se esboza a manera de ilustración, pues no es punto de profundización en el presente trabajo.

1.3.3. Extorsión

Ahora bien el delito de **extorsión** se contempla de la siguiente manera:

- **Artículo 200.- Extorsión:** *El que mediante violencia o amenaza obliga a una persona o a una institución pública o privada a otorgar al agente o a un tercero una ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años.*

La misma pena se aplicará al que, con la finalidad de contribuir a la comisión del delito de extorsión, suministra información que haya conocido por razón o con

³⁸ REATEGUI SANCHEZ, James. *Manual de Derecho Penal – Parte Especial “Delitos contra la vida, contra el patrimonio y otros”*. Instituto Pacífico. Lima, 2015, p. 414.

³⁹ *Ibídem*, p. 393.

ocasión de sus funciones, cargo u oficio o proporciona deliberadamente los medios para la perpetración del delito.

El que mediante violencia o amenaza, toma locales, obstaculiza vías de comunicación o impide el libre tránsito de la ciudadanía o perturba el normal funcionamiento de los servicios públicos o la ejecución de obras legalmente autorizadas, con el objeto de obtener de las autoridades cualquier beneficio o ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.

El funcionario público con poder de decisión o el que desempeña cargo de confianza o de dirección que, contraviniendo lo establecido en el artículo 42 de la Constitución Política del Perú, participe en una huelga con el objeto de obtener para sí o para terceros cualquier beneficio o ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole, será sancionado con inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.

La pena será no menor de quince ni mayor de veinticinco años e inhabilitación conforme a los numerales 4 y 6 del artículo 36, si la violencia o amenaza es cometida:

- a) A mano armada, o utilizando artefactos explosivos o incendiarios.*
- b) Participando dos o más personas; o,*
- c) Contra el propietario, responsable o contratista de la ejecución de una obra de construcción civil pública o privada, o de cualquier modo, impidiendo, perturbando, atentando o afectando la ejecución de la misma.*
- d) Aprovechando su condición de integrante de un sindicato de construcción civil.*
- e) Simulando ser trabajador de construcción civil.*
- (...)*

Básicamente, la diferencia existente entre ambos tipos penales radica en la consumación de la conducta delictiva configuradora del reproche penal. El delito de robo la acción se consuma cuando el sujeto activo realiza el apoderamiento de forma ilegítima de un bien mueble, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra, igualmente concurren los modos facilitadores *vis compulsiva* y *vis absoluta*; sin embargo, cuando el sujeto activo realiza el apoderamiento como arrebato, y posterior huida del mismo, usando igualmente la violencia para *doblegar la capacidad defensiva de la víctima*, seguimos en la línea del robo, ya que esta situación no concurre en el delito de extorsión, puesto que este tipo penal el sujeto activo usa

la coacción como medio. En ese sentido, el verbo rector “*es el obligar a otro*”, en el delito de extorsión, por tal motivo los delitos de robo y extorsión son excluyentes.⁴⁰

Por eso mismo, si bien ambos están ubicados bajo el mismo bien jurídico “*patrimonial*”, existen enormes diferencias estructurales entre un delito de apoderamientos/sustracción violento y un delito de extorsión, y así tiene dicho un caso conocido por la Corte Suprema de la Republica:

“El delito de robo agravado es inminentemente un delito de sustracción, mientras que por el contrario para configurar el delito de extorsión se requiere que sea el propio sujeto pasivo quien haga entrega de una ventaja económica indebida ante la amenaza o violencia que recaiga sobre el o sobre un tercero, en el supuesto de la extorsión, si bien el agente se vale de idénticos medios comisivos, esto no ocurre tratándose de la forma comisiva la que difiere de la del robo, ya que en este la acción que importa es la de sustraer, mientras que la acción propia de la contraria que el agente de vencer, dicho esto queda claro que entre el acto de disposición patrimonial y la intimidación o violencia, debe existir una relación causal, las precisiones conceptuales nos llevan a concluir que resulta técnicamente imposible que una misma conducta sea calificada como delito de robo y extorsión al mismo tiempo, dada la sustancial diferencia que existe entre los elementos que forman parte del tipo objetivo de cada una de ellos, quedando claro que cuando hay apoderamiento de parte del agente hay robo y cuando hay disposición de parte de la víctima hay extorsión”.

Finalmente, la diferencia que oscila entre el delito de robo el delito de extorsión estriba en el intervalo de tiempo. En el delito de robo entre la violencia o la amenaza y el apoderamiento del bien mueble hay una continuidad, lográndose inmediatamente el resultado. En cambio, en la extorsión se requiere el transcurso de un cierto intervalo de tiempo.⁴¹

1.4. Aumento de agravantes y penas

Hacia una aproximación propia de la época jurídico –penal, el CP de 1991 debido a los nuevos vientos que se respiraban en aquel entonces, traído a mas por las nuevas tendencias dogmáticas, que basaban su teorema en una actuación interdisciplinaria entre la ciencia jurídico–penal *strictu sensu* con la política criminal. Aspecto científico que debía ser complementado con el análisis criminológico, no se puede postular *per se* un Derecho penal

⁴⁰ REATEGUI SANCHEZ, James. *Ob. cit.*, p. 369.

⁴¹ *Ibíd.*, pp. 370 – 371.

únicamente sostenido sobre una dogmática sólidamente estructurada sobre elementos intra-sistemáticos que puedan responder de manera uniforme a las variadas formas de comportamiento humano que se recogen en los tipos penales, en la medida que dicho análisis científico debe partir de una base fáctica, empírica si se quiere, de la observación de los fenómenos conductivos, en la base al método inductivo, particularidad que caracteriza a la ciencia criminológica. Con ello tendemos un puente entre la norma y la sociedad, es decir, entre la dogmática y la sociología criminal. Puente que es asumido por la política criminal. El problema es cuando se produce el divorcio entre el Derecho penal y la criminología, al poder caerse en una política penal esencialmente decisionista o en una normativización inflacionista, todo lo contrario se debe ejercer un equilibrio entre ambas ciencias, a fin de encontrar el balance ideal, para hacer el aparato punitivo un confín de valores (*axiológicos*) y a la vez un instrumento idóneo para afrontar pacíficamente la conflictividad social provocada por los comportamientos “*socialmente negativos*”.⁴²

Dicho lo anterior, surge la interrogante *¿Por qué es importante esta relación interdisciplinaria?*, por la sencilla razón de que el Derecho penal no es una ciencia estática e inamovible, todo lo contrario su dinamismo es una propiedad fundamental, al permitir que las normas jurídico-penales puedan adecuarse a las nuevas estructuras de la sociedad. La criminalidad del siglo XIX no es la misma que la del siglo XX, mientras que en la primera los robos, hurtos y el asesinato, eran figuras delictivas de mayor incidencia delictiva, en el segundo, aparecen nuevas manifestaciones criminológicas, basadas en el poder económico y financiero, dando lugar a un Derecho penal económico y/o de la empresa.⁴³

Debemos tener en consideración que las líneas maestras del Código Penal de 1991 reposaban –entre otras cosas– en la pena con un máximo de 25 años en un momento determinado. La proscripción de la reincidencia y habitualidad, y el concurso de leyes que se regía por el criterio de la acumulación de la pena en el delito más grave se transformó en un modelo sumatorio o de adición que finalmente convirtió en una agravante punitiva que rompe los esquemas que habían sido recogidos en los códigos penales precedentes.⁴⁴

El legislador patrio lo único que le ha interesado a los efectos de la eficacia del delito en cuestión y en general para cualquier delito que se lesione o ponga en riesgo aspectos de la seguridad ciudadana, es en el endurecimiento de la sanción penal⁴⁵, donde las modificaciones han apuntado a varios nortes: a una sobre criminalización (*pena de cadena perpetua*), a la

⁴² PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Derecho Penal Parte Especial – Tomo II*. Idemsa. Lima 2015, p. 8.

⁴³ *Ibidem*. p. 9

⁴⁴ REATEGUI SÁNCHEZ, James. *Ob cit.*, p. 19 y s.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 324.

inclusión de nuevas circunstancias agravantes, sobre todo, en el marco de los injustos pertenecientes al “*Derecho Penal Nuclear*”⁴⁶ y a la incorporación de nuevos tipos penales.⁴⁷

Los delitos de robo, así como el secuestro y la extorsión, en merito a su reiterancia criminológica y así como la peligrosidad que lleva ínsita, ha llevado al legislador a contemplar en el marco de la norma de sanción, una respuesta cada vez más represiva, en orden al mecanismos de los cometidos preventivo–generales, a la par de desplegar efectos comunicativos–sensibles a la población. Desde la vigencia de la **Ley de Delitos Agravados** – Decreto Legislativo N° 896 de mayo de 1998, hasta la Ley N° 27472 de junio del 2001. Postura maximalista, que ha terminado por incluir la pena de cadena perpetua como sanción punitiva en el caso de Robo Agravado.⁴⁸

Delitos como el Robo encuentran un campo muy fecundo de reforma penal, cuando la realidad social trae consigo un baremo de incesante crecimiento delictivo; más aún, cuando el legislador ha hecho del Derecho Penal la palanque perfecta para la obtención de réditos políticos.

Asimismo, la Corte Suprema, en el R.N. N° 3196-2011-Lima Norte de la Sala Penal Transitoria, en su fundamento cuarto, ha establecido que para establecer la pena se debe considerar tanto los criterios genéricos y específicos que señalan los arts. 45° y 46° del Código Penal.⁴⁹

Por último, se debe tener en claro que el aumento de agravantes en el delito de robo agravado, se encuentra estructurada en tres bloques, exponiendo cada una de ellas circunstancias fácticas determinadas y específicas con consecuencias jurídicas (*pena privativa de libertad*) diferenciadas, ello en función de ser evaluadas atendiendo a su condición, naturaleza y efecto, para poder configurar y determinar la pena concreta. Siendo, que para el delito de robo agravado oscila como pena mínima de doce años y como máxima de cadena perpetua.

⁴⁶ Robo agravado, extorsión, delitos contra la libertad e intangibilidad sexual, lavados de activos, narcotráfico y terrorismo; paradójicamente, injustos que merecen también de una reacción punitiva como la figura del monopolio ha sido derogados, vía Decreto Legislativo N° 1034 del 25 de Junio del 2008, en el marco de la implementación del Tratado de Libre Comercio con USA. Importa un doble discurso, mientras que al crimen convencional se le castiga duramente, a la criminalidad económica se le trata con guantes de seda.

⁴⁷ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Ob. cit.*, p. 10.

⁴⁸ *Ibíd.*, p. 390

⁴⁹ ¿Cómo se deben aplicar las circunstancias agravantes del delito de robo?, en *Actualidad Jurídica.*, N° 269, 2016, p. 34.

Capítulo 2

El tipo penal de robo simple

El delito de robo es considerado de antaño como uno de los delitos que forma parte del núcleo central de los delitos de la Parte Especial de los códigos penales del mundo. No tener regulado el delito de robo sería un enorme vacío legislativo, tan igual a como no tener sancionado el delito de homicidio o el delito de violación sexual en el Código Penal. La antigua regulación y sanción de este delito se debe quizá a que la sustracción, mediante la fuerza física o psíquica, de la cosa ajena ha sido la forma más usual y cotidiana que han realizado las personas para satisfacer sus intereses de enriquecimiento económico, perjudicando obviamente al titular de la cosa mueble. Si el hurto que ya de por sí tiene límites con la falta patrimonial— ya es consideración una infracción jurídico – penal desde hace muchos años atrás, con mayor razón lo será el delito de robo, en el sentido que cumple los mismos presupuestos típicos del delito de hurto, añadiendo los medios típicos como son la fuerza, la amenaza e intimidación que emplea el sujeto activo hacia la víctima; sin embargo, por más que parezca en relación al delito de hurto, el robo tiene, actualmente, sanciones gravísimas –hasta la cadena perpetua (véase el artículo 189 del CP) que sobrepasan largamente las penalidades prescritas de algunos delitos contra la vida, el cuerpo y la salud.⁵⁰

2.1. Naturaleza del delito de robo en la doctrina y la jurisprudencia

Teóricos como Bramont– Arias Torres y García Cantizano sostienen que como en la figura del robo concurren elementos constitutivos de otras figuras delictivas como son *coacciones, lesiones, uso de armas de fuego, incluso muerte de personas*, estando ante un delito complejo.⁵¹ Incluso, nuestro tribunal supremo conceptualiza el delito de robo de la siguiente manera: “... *el delito de robo es aquella conducta por la cual el agente se apodera mediante violencia o amenaza de un bien mueble ajeno, total o parcialmente, privando al titular del bien jurídico del ejercicio de sus derechos de custodia o posesión, asumiendo de hecho la posibilidad objetiva de realizar actos de disposición, constituyendo sus circunstancias agravantes, aquellas situaciones debidamente tipificadas en el artículo ciento ochenta y nueve del Código Penal, que aunado, a la afectación de bienes de tan heterogénea naturaleza, como son la libertad, la integridad física, la vida y el patrimonio, lo convierte en*

⁵⁰ REATEGUI SANCHEZ, James. “*Tratado de Derecho Penal – Parte Especial*”. Editora y distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L., pp. 487 – 488.

⁵¹ SALINAS SICCHA, Ramiro. *Ob cit.*, p. 109.

un delito de evidente complejidad".⁵² Por ello se ha dicho que los componentes del robo se hallan indisolublemente vinculados entre sí: "En el delito de robo se trasgreden bienes de tan heterogénea naturaleza como la libertad, integridad física, la vida, el patrimonio, entre otros bienes jurídicos, lo que hace de este injusto un delito complejo; siendo un conglomerado de elementos típicos vinculados entre sí, formando un todo homogéneo indestructible, cuya separación parcial daría lugar a la destrucción del tipo".⁵³

Para el profesor alemán URS KINDHÄUSER, la figura del robo es un delito de apoderamiento, enseña él mismo que debe entenderse como "una declaración de voluntad que tiene, como parte externa, el desplazamiento del poder de disposición de un poseedor en nombre propio. Aquí los términos tomar y apropiarse se entienden como sinónimos, y por tomar se debe entender, conforme a una autorizada doctrina, a *la ruptura de la posesión ajena e instauración de una nueva sobre la cosa en cuestión*, que para que se configure el robo en nuestra legislación se tiene que llevar empleando (nexo causal) violencia o intimidación de clara connotación finalista, pues la violencia o intimidación se utiliza para lograr o facilitar la sustracción y, de esta manera, concretar el apoderamiento".⁵⁴

El Acuerdo Plenario N° 3-2009/CJ-116 del 13 de Noviembre del 2009, en su fundamento 10 ha establecido como doctrina legal que:⁵⁵

El delito de robo previsto y sancionado en el artículo 188° del CP tiene como nota esencial que lo diferencia del delito de hurto, el empleo por el agente de violencias o amenazas contra la persona –no necesariamente sobre el titular del bien mueble–. La conducta típica, por tanto, integra el apoderamiento de un bien mueble total o parcialmente ajeno con la utilización de violencia física o intimidación sobre un tercero. Esto es, la violencia o amenazas –como medio para la realización típica del robo– han de estar encaminadas a facilitar el empoderamiento o a vencer la resistencia de quien se opone al apoderamiento.

SALINAS SICCHA considera el delito de robo es de naturaleza autónoma, indicando que la posición actual de la mayoría en doctrina sostiene que al intervenir los elementos violencia o amenaza en la construcción del tipo penal, automáticamente se convierte en figura

⁵² Recurso de Nulidad N° 675 – 2008 – Lambayeque, de fecha 22 de Abril del 2008.

⁵³ CASTILLO ALVA, José Luis. *Jurisprudencia Penal 3: Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Republica*. Editorial Jurídica Grijley, Lima 2006, p. 160

⁵⁴ REATEGUI SANCHEZ, James. *Ob cit.*, p. 491.

⁵⁵ SALINAS SICCHA, Ramiro. *Ob cit.*, p. 114 – 115.

delictiva particular, perfectamente identificable y diferenciable de las figuras que conforman al hurto.⁵⁶

No obstante, no le falta razón a ROJAS VARGAS cuando afirma que el consenso logrado en tal sentido, no puede soslayar cuestionamientos basados en argumentos de impecable racionalidad y coherencia discursiva que nos provienen el no olvidar que, pese a los consensos obtenidos, el robo no es muy diferente al hurto, así como que su estructura típica no está alejada de la tesis de complejidad, sobre todo en el modelo peruano que incluye especies de robo agravado con lesiones, resultados de muerte y lesiones graves.⁵⁷

2.2. El bien jurídico penalmente protegido: cuestiones generales

Ha sido destacado, con propiedad, que, a pesar de la ausencia de lineamientos precisos y del cuestionamiento a que ha sido sometido, el bien jurídico se encuentra hace mucho tiempo en el arsenal conceptual del Derecho Penal.

La noción de bien –del latín *bonum*– es multiforme. Se presenta *prima facie*, como un problema vocabular y filosófico. Puede ser estudiado como un *término* (expresión), un concepto o una *entidad*.⁵⁸

A pesar del postulado, que reina en la mayoría de la doctrina nacional como extranjera, de que el delito lesiona o amenaza bienes jurídicos; teniendo la concordancia casi total y pacífica, lo mismo no se puede atribuir absolutamente al concepto de “*bien jurídico*”.

Para, MUÑOZ CONDE conceptúa los bienes jurídicos como “*los presupuestos de que la persona necesita para su autorrealización en la vida social*”.⁵⁹

En palabras de POLAINO NAVARRETE, es el «bien o valor merecedor de la máxima protección jurídica, cuya cesión es reservado a las prescripciones del Derecho Penal. Bienes y valores más consistentes del orden de la convivencia humana en condiciones de dignidad y progreso de la persona en la sociedad».

RUDOLPHI los define como «conjuntos funcionales valiosos constitutivos de nuestra vida en la sociedad, en su forma concreta de organización». El bien jurídico es visto como condición de una vida prospera, fundada en la libertad y responsabilidad individual. Para este autor, de acuerdo con la Constitución, el Derecho Penal tiene por misión proteger la normal convivencia de los individuos en la sociedad de posibles ataques, vale decir, de evitar un

⁵⁶ SALINAS SICCHA, Ramiro. *Ob cit.*, p. 110 y ss.

⁵⁷ SALINAS SICCHA, Ramiro. *Ob cit.*, p. 111 y ss.

⁵⁸ REGIS PARDO, Luiz, *Bien jurídico – penal y Constitución*. Editora Revista dos Tribunais, Sao Paulo. 2003, p. 23.

⁵⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco., *Introducción al Derecho Penal*. Bosch, Barcelona, 1975, p. 48.

comportamiento socialmente dañoso. Tiene por objeto proteger preventivamente bienes jurídicos.⁶⁰

En una posición de divergencia JAKOBS, desde una perspectiva funcionalista, enseña que se considera un sinsentido afirmar que el Derecho Penal protege bienes jurídicos, siendo así que dicho ordenamiento pone en marcha su mecanismo de protección una vez que el bien ya ha sido lesionado o puesto en peligro, quizá ha manera irreparable (esto es: cuando el honor ya se ha lesionado, cuando la lesión ya se ha producido, cuando el muerto ya está muerto): es decir, como diría WELZEL, el Derecho Penal actúa en estos casos “*demasiado tarde*”. En ese sentido, indica el mencionado autor, con algo más de flexibilidad, que “*puede intentarse presentar al Derecho Penal como protección de bienes jurídicos, pero solo de modo bastante forzado*”, manteniendo su posición de que el Derecho Penal garantiza la vigencia de la norma, no la protección de bienes jurídicos.⁶¹

Por otro lado, entiende ROXIN que bienes jurídicos son presupuestos imprescindibles para la existencia en común, que se caracterizan en una serie de situaciones valiosas, como, por ejemplo, la vida, la integridad física, la libertad de actuación, o la propiedad que toda la gente conoce, y, en su opinión, el Estado social debe también proteger penalmente.⁶² Y, ZAFFORINI considera que bien jurídico penalmente tutelado: es la relación de disponibilidad de una persona con un objeto, protegida por el Estado, que revela su interés a través de normas que prohíben determinadas conductas que las violan, aquellas que son expresadas con la tipificación de esas conductas.⁶³

De cualquier modo, queda patente que la noción de bien jurídico deriva de las necesidades del hombre surgidas en la experiencia concreta de la vida que, en cuanto a datos sociales e históricamente vinculados a la experiencia humana, tienen una objetividad y una universalidad que posibilitan su generalización, a través de la discusión racional y el consenso, y su concreción en postulados axiológico materiales.⁶⁴

En conclusión, resulta indiscutible que una conducta es delito porque se entiende en un momento determinado que lesiona o hace peligrar ciertos bienes jurídicos, pero resulta, en cambio discutible si esa conducta es, efectivamente, *lesiva en forma real o siquiera potencial*

⁶⁰ REGIS PARDO, Luiz. *Ob cit.*, p. 46.

⁶¹ JAKOBS, Günter/POLAINO NAVARRETE, Miguel/POLAINO-ORTS, Miguel. *Bien Jurídico, Vigencia de la Normal y Daño Social*. ARA Editores E.I.R.L., Lima., p. 46 – 47.

⁶² REGIS PARDO, Luiz. *Ob cit.*, p. 47.

⁶³ *Ibidem*. p. 47.

⁶⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 182.

para esos mismos bienes.⁶⁵ Al respecto, es necesario indicar que no es este el lugar más apropiado para ahondar estas posturas polémicas y menos para tomar partido por una, sino que solo se pretende replantear el tema en los términos fundamentales que permitan tenerlo presente al comenzar el estudio focalizado que ocupara el siguiente apartado, ello en virtud de haber entregado aproximaciones al concepto de bien jurídico.

2.3. Análisis Específico: Aproximaciones al punto controversial

La protección de los diversos bienes jurídicos dentro del ordenamiento jurídico penal, viene como se ha mencionado en apartados precedentes a través del derecho penal, empero esa *garantía* se activa por la lesión a los mencionados *bienes jurídicos*; mismos que guardan cierta relación entre la confirmación de la vigencia de la norma penal como único aspecto positivo de la secuencia delito – pena.

El concepto de bien jurídico también desempeña un papel importante en ese aspecto positivo que se extrae de la secuencia delito – pena. Y lo desempeña porque la función tutelar (de protección de bienes jurídicos) es una *función de garantía* del ser humano, esto es, una *función de prevención y de alarma* frente a hipotéticas lesiones de esos bienes jurídicos. El contenido del aspecto positivo que se extrae de la secuencia delito – pena no se agota en la auto vigencia de la norma, sino que abarca un aspecto tutelar – preventivo mediante el cual se concede la más grave garantía normativa que puede conceder el Derecho mediante amenaza de la, a su vez, más contundente sanción de que dispone el ordenamiento jurídico: la pena (privativa de libertad o privativa de otros derechos fundamentales del individuo).

Desde luego, la conminación con la arrogación de una parte de los derechos fundamentales del ser humano es un aspecto *negativo represor*. Por ello contiene también una referencia *positiva* que redunde en favor de la comunidad: mientras que los potenciales autores de delitos se sientan amenazados con la imposición de sanciones tan graves, los bienes concretos de cada ciudadano (la vida, la propiedad, la integridad física, etc.) y de la Sociedad (la seguridad pública, la Hacienda, etc.) se verán reforzados en su integridad, porque seguirá siendo una traba el lesionarlos, al margen de que el autor del injusto actúa en la conciencia de que su acción lesiva de esos concretos bienes jurídicos no será gratuita y, del mismo modo, la protección penal de esos bienes no será en vano.⁶⁶

⁶⁵ DAMIANOVICH DE CERREDO, Laura T. A., *Delitos contra la propiedad*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2000, p. 40.

⁶⁶ JAKOBS, Günter/POLAINO NAVARRETE, Miguel/POLAINO-ORTS, Miguel. *Ob cit.*, p. 49 – 50.

Ahora bien, de manera sistemática el legislador peruano ha ubicado el injusto penal de robo dentro del conglomerado de los delitos contra el patrimonio del CP (Libro III – Título V – *delitos contra el patrimonio*). A partir, de ello se tiene la conjetura y avistamiento que el bien jurídico tutelado y que blinda el derecho penal *prima facie* es el **patrimonio**, sin embargo el sostén de ello se esbozara adecuadamente, a efectos de aproximarnos a una hipótesis que entregue la identificación de ese(os) bien(es) jurídico(s) tutelado(s). Vamos a ello.

Es necesario, identificar preliminarmente la vulneración o lesión del bien jurídico dentro del delito base, que para efectos del desarrollo de la presente tesis es el injusto penal de **robo**. El CPP de 1863, señalaba como bien jurídico de los delitos patrimoniales a “la propiedad”, por su parte el CP de 1924, considera delitos contra el patrimonio, la misma que se mantiene en el CP de 1991 vigente hasta la fecha como se ha mencionado anteriormente.

Para SALINAS SICCHA, considera que el único bien jurídico que se pretende tutelar con la figura del robo simple es el ***patrimonio*** representando por los derechos reales de posesión y propiedad. En efecto, por la ubicación del robo dentro del CP, etiquetado como delito contra el patrimonio y además por el *animus lucrandi* que motiva la acción del autor, el bien fundamental protegido es ***el patrimonio*** de la víctima. La afectación de otros bienes jurídicos como la vida, la integridad física o la libertad, aquí solo sirven para calificar o configurar en forma objetiva el hecho punible de robo. Estos intereses fundamentales aparecen subordinados al bien jurídico patrimonio.⁶⁷ (*Negrita y cursiva nuestra*).

Por otro lado, está la posición que resume ROJAS VARGAS, que sostiene que la propiedad (la posesión, matizadamente) es el bien jurídico específico predominante; junto a ella, se afecta también directamente a la libertad de la víctima o a su allegados funcional–personales. A nivel de peligro inmediato y/o potencial –sigue afirmando el citado autor– entra en juego igualmente la vida y la integridad física, bien jurídico objeto de tutela de modo indirecto o débil.⁶⁸

La Corte Suprema de nuestro país ha señalado lo siguiente:

«En el delito de robo se trasgreden bienes de tan heterogénea naturaleza como la libertad, la integridad física, la vida, el patrimonio, entre otros bienes jurídicos, lo que hace de este injusto un delito complejo; siendo un conglomerado de elementos típicos, en el que sus

⁶⁷ SALINAS SICCHA, Ramiro. *Ob cit*, p. 125.

⁶⁸ *Ibidem*. p. 125.

componentes aparecen indisolublemente vinculados entre sí, formando un todo homogéneo indestructible, cuya separación parcial daría lugar a la destrucción del tipo».⁶⁹

Partiendo de la conclusión de que el delito de robo es conocido, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, por ser una infracción penal donde su afectación involucra a dos bienes jurídicos, por un lado afectaciones patrimoniales, y, según nuestra opinión derivará la determinación y o identificación de ese segundo bien jurídico vulnerado del que se desprenda del sustrato de la violencia o intimidación en las personas, pues ello se extrae de la propia formula legislativa desarrollada en el art. 188° del CP: “*El que se apodera ilegítimamente (...), empleado violencia contra la persona o amenazándola (...), ochos años*”, tal identificación será de gran ayuda para llegar a buen puerto, con la única intención de identificar los bienes jurídicos vulnerados en la agravante contemplada en el inc. 3 del art. 189° del CP, toda vez que los intereses que se vean lesionados o afectados en las agravantes recogidas del tipo penal base constituirán adiciones a aquel bien jurídico fundamental, lo cual explicaría el aumento de la pena en comparación de la asignada a la modalidad básica.

Existe relativo consenso en el hecho de que el robo con violencia o intimidación en las personas constituye un delito *pluriofensivo*. Quiere decirse con ello que, con su comisión se ve afectado más de un bien jurídico. Sin embargo, hay una gran disparidad de opiniones en la determinación de cuáles son los bienes jurídicos distintos de los meramente patrimoniales que se ven atacados. Algunos afirman que es la libertad. Otros sostienen que son la libertad y la seguridad de las personas. Otros señalan que son la libertad y la integridad y salud física y psíquica. Otros creen que son la seguridad y la integridad de las personas. Otros piensan que son la vida y la salud o integridad física de las personas. Otros afirman que son la libertad, la salud y la vida de las personas. Otros sostienen que son la vida, la integridad corporal, la libertad sexual y la libertad en general. Finalmente, otros señalan que son la vida, la integridad física, la libertad sexual y la seguridad.⁷⁰

En el núcleo de todo robo con violencia o intimidación en las personas–, además de verse afectados intereses patrimoniales, el único bien jurídico contra el que necesariamente se atenta, es la libertad de actuación (autodeterminación) de la víctima.⁷¹

⁶⁹ Ejecutoria Suprema del 09/06/2004, Recurso de Nulidad N° 253-2004-UCAYALI en REATEGUI SANCHEZ, James. *Ob cit.*, p. 323.

⁷⁰ OLIVER CALDERON, Guillermo. *Delitos contra la propiedad*, Legal Publishing: Thomson Reuters Santiago de Chile, 2013, p. 274.

⁷¹ OLIVER CALDERON, Guillermo. *Ob cit.*, p. 276.

En la misma línea y con ciertos matices TOFAHRN, indica que el bien jurídico protegido en el delito de robo es el derecho de propiedad, la posesión y la libertad de determinación de la voluntad.⁷²

En dicha línea MUÑOZ CLARES, sostiene en acotar que dos, y solo dos son los bienes jurídicos comprometidos en el robo, el patrimonio y la libertad, de modo que la apelación al régimen general de concursos inserta en la tipicidad me impide apreciar que otros bienes jurídicos como la vida, la integridad física, la salud, la libertad sexual o la evanescente “seguridad” sean bienes jurídicos protegidos por el robo; lo son por el Derecho Penal, en efecto, a excepción de la “seguridad”, pero por otras tipicidades a las que directamente conduce el régimen de los concursos.⁷³

Es inevitable, a partir de ello que no se omita observar las particularidades de identificación de las lesiones de bienes jurídicos que varíe objetiva y circunstancialmente del análisis que se le puede realizar a la formula legislativa entregada por el legislador peruano al termino de sus constantes variaciones a través de los dispositivos legales ya mencionados. Así, por ejemplo, examinando algunas figuras agravadas del robo entre ellas, es evidente que además de la afectación de intereses patrimoniales, en circunstancias en que el robo además cause lesiones a la integridad física o mental de la víctima (*inc. 1 del segundo párrafo del art. 189° del CP*) se atenta contra la salud o la integridad física, en el robo que se ingrese a un domicilio habitado (*inc.1 del primer párrafo del artículo 189° del CP*) se atenta contra la intimidad personal, en el robo que produzca la muerte de la víctima (*tercer párrafo del art. 189° del CP*) se atenta contra la vida humana y en el robo “a mano armada” (*inc. 3 del primer párrafo del art. 189° del CP*), anclamos en la opinión de que se atenta potencialmente contra la vida por el empleo de armas reales (arma de fuego o sus sub especies) por parte del agente del delito para la consecución del fin ilícito, como un incremento o adición fáctica recaída en dicha acción de usar el mencionado objeto, contrario sensu las armas aparentes son propias de la intimidación típica en la modalidad típica del delito de robo.

En síntesis, la pluriofensividad del robo con violencia o intimidación en las personas se aprecia en que, junto con afectarse intereses patrimoniales, se atenta contra la libertad de actuación de la víctima. Es posible que, además de este último bien jurídico, se vean afectados

⁷² PAREDES INFANZON, Jelio, *Robo y Hurto*, Gaceta Jurídica Editores Primera Edición, Lima, Noviembre 2013, p. 82.

⁷³ MUÑOZ CLARES, José, *El robo con violencia o intimidación*, Tirant lo Blanch, Valencia 2003, p. 180.

otros, tales como la integridad física o la salud, la vida, la libertad o indemnidad sexual, etc., caso en el cual es altamente probable que se realice una de las figuras calificadas de robo.⁷⁴

Atendiendo al hecho de haber adoptado o asumido al delito sub examine dentro de la teoría o tesis de la pluriofensividad, esta misma se verá delimitada a partir de la comprobación de los menoscabos de bienes no patrimoniales que quedan abarcados por el tipo, en contraposición a aquellos que se reconducen, por entidad, al concurso de infracciones. Por otra parte, el hecho de que estamos ante un delito complejo, de modo que los bienes jurídicos protegidos deberán fijarse a partir del análisis de diversos comportamientos que, siendo por sí mismos penalmente relevantes, integran esta figura compuesta (en sentido amplio).

Desde esta doble perspectiva, se admite en este trabajo que los comportamientos que, junto al atentado posesorio, configuran el robo, sin rebasar sus límites ingresando en el ámbito concursal, son conductas que, autónomamente consideradas dan lugar a infracciones menores de lesiones y malos tratos, de amenazas, de coacciones, y contra la integridad moral. Por ello, se puede concluir que, junto a la posesión – propiedad, los bienes jurídicos protegidos en la figura de robo con violencia e intimidación en las personas son, ante todo, la libertad, en su doble vertiente libertad de formación de la voluntad y libertad de obrar, y la integridad y salud física y psíquica.⁷⁵

Finalmente, compartimos la posición de GALVEZ VILLEGAS, que sostiene que el objeto de protección de un tipo penal está determinado por la estructura y contenido de la propia norma penal,⁷⁶ reconociendo que si bien no existe una prolija fórmula legislativa del tipo penal in comento dentro del ordenamiento jurídico nacional, se asume desde una interpretación teleológica de la norma que el legislador cimienta la determinada identificación lesiva por la conducta típica en el robo, siendo la afectación de los bienes jurídicos mencionados (*patrimonio y libertad de autodeterminación*), los mismos se verán agravados por adiciones a estos bienes jurídicos fundamentales.

2.4. Elementos constitutivos:

El tipo penal base comprende ciertos elementos necesarios para la configuración del hecho ilícito, circunstancias fácticas de connotación propias en la estructura del injusto penal que su desarrollo no es baladí dentro del presente trabajo, por tanto deberemos entender tales elementos de la siguiente manera:

⁷⁴ OLIVER CALDERON, Guillermo. *Ob cit.*, p. 277.

⁷⁵ BRANDARIZ GARCIA, José Ángel. *El delito de robo con violencia o intimidación en las personas*, Editorial COMARES, Granada 2003, p. 26.

⁷⁶ PAREDES INFANZON, Jelio. *Ob cit.*, p. 14.

2.4.1. *El apoderamiento*

Esta consideración se construye de la propia formula legislativa, ello en relación a que el legislador peruano a elegido el verbo *apoderar* para iniciar la construcción de la acción típica nuclear que da inicio a la conducta desplegada por el agente del delito.

Por tanto, este elemento típico se constituye cuando el agente se apodera, apropia o adueña de un bien mueble que no le pertenece, al que ha sustraído de la esfera de custodia del que lo tenía antes. En otros términos, se entiende por apoderarse a toda acción del sujeto que pone bajo su dominio y disposición inmediata un bien mueble que antes de ello se encontraba en la esfera de custodia de otra persona.

En suma: por apoderar se entiende la situación de disponibilidad en la que se encuentra el agente en relación con el bien mueble sustraído, vale decir, se trata de un estado de hecho resultante, de las acciones de sustracción practicadas por el propio agente del delito, por las cuales este adquiere ilegítimamente facultades fácticas de señorío sobre el bien mueble, pudiendo disponerlo. No obstante, para llegar al estado de apoderamiento se requiere que el agente rompa la esfera de custodia que tiene la víctima sobre el bien; acto seguido debe haber un desplazamiento del bien a la esfera de custodia del agente para que finalmente este funde su dominio sobre el bien y pueda o tenga la posibilidad real o potencial de disponer como si fuera su dueño.⁷⁷

Las formulas con las que la doctrina suele definir el apoderamiento típico converge en torno a la idea de que se trata de un comportamiento activo que supone la aprehensión y el desplazamiento físico de la cosa desde el ámbito patrimonial del sujeto pasivo al del sujeto activo.⁷⁸

Desmenuzando este proceder típico, puede comprobarse que la conducta de apoderamiento requiere, en primer lugar, un acto de desposesión de la cosa objeto de sustracción y, en segundo lugar, un acto de desplazamiento patrimonial y de incorporación de la misma a la esfera de tenencia y disponibilidad potencial del sujeto activo.⁷⁹

En resumen, queda acotado el termino «apoderar» utilizado en la descripción típica del robo como aquella acción, que mediando violencia o intimidación, conduce a trabar contacto físico con la cosa de pertenencia ajena, con ánimo de trasladarla fuera de la esfera de dominio

⁷⁷ SALINAS SICCHA, Ramiro. *Ob cit.*, p. 115.

⁷⁸ BRANDARIZ GARCIA, José Ángel. *Ob cit.*, p. 33 – 34.

⁷⁹ BRANDARIZ GARCIA, José Ángel. *Ob cit.*, p. 35.

patrimonial de quien fuera su propietario o mero tenedor por cualquier título, con el propósito de incorporarla al patrimonio del autor del expolio.⁸⁰

Por otro parte, de la referida definición se deriva que la conducta típica en el delito de robo es netamente activa, pues ni el apoderamiento, ni el empleo de violencia e intimidación admiten modalidades omisivas.⁸¹

Finalmente, en dicha acción de apoderamiento la propia estructura normativa agrega la ilegitimidad, este elemento típico que tiene que ver más con la antijuricidad que con la tipicidad, se constituye cuando el agente se apropia o adueña del bien mueble sin tener derecho sobre él, esto es, no cuenta con el sustento jurídico ni con el consentimiento de la víctima para generarse un ambiente de dominio y, por tanto, de disposición sobre el bien.⁸²

2.4.2. Los medios comisivos: violencia e intimidación

El segundo elemento nuclear que define el comportamiento prohibido en la figura delictiva de robo estudiada es el empleo de la violencia o intimidación en las personas, como mecanismo para facilitar, conseguir o asegurar el apoderamiento. La exigencia de tales medios comisivos es un criterio fundamental de delimitación del injusto de referencia frente a otros delitos patrimoniales distantes, como la estafa o la apropiación indebida, ya que se diferenciaban en virtud de la exigencia de apoderamiento, pero también frente al hurto⁸³, elementos propios de los tipos penales mencionados ut supra dentro del presente.

2.4.2.1. Violencia

Se habla en primera línea de una violencia física, del despliegue de una energía muscular lo suficientemente intensa como para vencer la resistencia de la víctima o, los mecanismos de defensa que pueda anteponer para conjurar la agresión ilegítima.⁸⁴ Que, para que la configuración del delito de robo, es necesario que exista una vinculación tanto objetiva como subjetiva de la violencia con el apoderamiento; ello implica que su empleo haya sido el medio elegido por el agente para perpetrarlo o consolidarlo.⁸⁵

Por otro lado, para que exista violencia basta que se venza por la fuerza una resistencia normal, sea o no predispuesta, aunque, en realidad, ni siquiera se toque o amenace a la víctima. Las diversas modalidades prácticas que puede asumir se dirigen así a frustrar o

⁸⁰ MUÑOZ CLARES, José. *Ob cit.*, p. 194.

⁸¹ BRANDARIZ GARCIA, José Ángel. *Ob cit.*, p. 35.

⁸² SALINAS SICCHA, Ramiro. *Ob cit.*, p. 115 – 116.

⁸³ BRANDARIZ GARCIA, José Ángel. *Ob cit.*, p. 57.

⁸⁴ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Ob cit.*, p.396.

⁸⁵ ROJAS VARGAS, Fidel. *Ob cit.*, p. 11.

imposibilitar la concreción de la voluntad de defensa de los bienes muebles o a vencer resistencias ante la acción ilícita de sustracción/apoderamiento que ejecuta el agente del delito.⁸⁶

En consecuencia la violencia es causa determinante del desapoderamiento y está siempre orientada a neutralizar o impedir toda capacidad de actuación anterior o de reacción concomitante de la víctima que pueda obstaculizar la consumación del robo. Ahora bien, cualquier género e intensidad de violencia física “*vis in corpore*” –energía física idónea para vencer la resistencia de la víctima– es penalmente relevante.⁸⁷

Por último, debe acogerse lo que se entiende como violencia dentro del ordenamiento jurídico peruano, apuntado ello al caso del delito de usurpación que desarrolla la diferencia entre violencia física y la moral, misma que radica en que en la última el despojado actúa coaccionado por el temor o el miedo, y por eso entrega o deja el inmueble en manos del sujeto activo, acto que nunca habría realizado de no mediar la amenaza, en la física, el autor del hecho realiza por sí ⁸⁸ mismo el acto, usando esa forma para despojar.

2.4.2.2. *Intimidación*

Intimidar es amedrentar, infundir miedo, acobardar, atemorizar, arredrar, amilanar.

La propia noción de la conducta lleva ínsita la idea de un poder intrínseco en la amenaza, de una aptitud potencial y razonable de realización, porque si tal eficacia está ausente no habrá intimidación y el medio usado dejara de ser típico.⁸⁹

La doctrina suele señalar que la intimidación en el robo constituye una *amenaza*, esto es, el anuncio a la víctima de un mal si no accede a los requerimientos del agresor, de entregar la cosa mueble o renunciar a impedir su apropiación.⁹⁰ De igual forma la doctrina española, ha entendido en general que la intimidación es la compulsión psíquica consistente en el anuncio de un mal con el fin de constreñir la libre voluntad del sujeto, a los efectos de conjurar su oposición – real o presunta – a la sustracción de la cosa.⁹¹

Ahora bien, dentro de la conducta intimidatoria realizada por el sujeto activo, es necesario establecer que criterios o parámetros se ajustan a la ubicación de dicho extremo en una excesiva subjetivación del concepto de intimidación, por ello es necesario

⁸⁶ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Ob cit.*, p.397.

⁸⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, *Acuerdo Plenario N° 3-2008/CIJ-116*, cit., fs. S 4, *Fundamento 10°*.

⁸⁸ REATEGUI SÁNCHEZ/ESPEJO BASUALDO, *El delito de usurpación inmobiliaria en el Código Penal Peruano: aspectos sustantivos y procesales*. Grupo Editorial Lex & Iuris, Lima, 2016, p. 239.

⁸⁹ DAMIANOVICH DE CERREDO, Laura T. A. *Ob cit.*, p. 164.

⁹⁰ OLIVER CALDERON, Guillermo. *Ob cit.*, 2013, p. 283.

⁹¹ BRANDARIZ GARCIA, José Ángel. *Ob cit.*, p. 83.

complementarse con un adecuado equilibrio entre objetivación y la subjetivación del elemento sub examine.

Una idea sugerente en este sentido sería adoptar la perspectiva del “*hombre medio*” para valorar si la fuente del temor merece la consideración típica, pero ubicando a tal sujeto ideal en la posición de la víctima en el momento del hecho y con los conocimientos y condiciones particulares de la misma, con exclusión en el caso de la condiciones particulares de aquellas que supone una relevante anormalidad y que, por lo tanto, son de imposible conjugación con la idea del “*hombre medio*”.

Este enfoque debe conducir a valorar, a los efectos de acreditar la intimidación típica, no solo las circunstancias subjetivas de la víctima y las circunstancias situacionales (contextuales) del suceso, como su lugar o momento de verificación, sino las propias circunstancias de manifestación de comportamiento coercitivo, como la entidad de la amenaza y la naturaleza del mal, numero de sujetos activos u otras condiciones que pudiesen reforzar o relativizar la entidad de la acción compulsiva.

Desde la perspectiva, y teniendo en cuenta todo ese conjunto de circunstancias que caracterizan el hecho, puede comprenderse sin dificultad que para apreciar la intimidación típica no es necesario que se den actos concluyentes, como la exhibición amenazante de armas o instrumentos peligrosos. La realización de gestos conminatorios o la expresión de palabras amenazantes pueden ser igualmente suficientes, e incluso frases o actitudes que no signifiquen en si amenaza alguna pueden comportar, por la actitud del infractor y las demás circunstancias situaciones del suceso, la intimidación exigida en los tipos de robo.

Avanzando en la caracterización de los comportamientos que pueden integrar la intimidación típica, cabe afirmar que no es necesario que los medios intimidantes sean en si adecuados para producir el mal con el que se amenaza. Y ello por dos razones. En primer lugar, porque lo relevante es que, desde la perspectiva del “*hombre medio*” con las condiciones y conocimientos de la víctima, la conducta sea objetivamente idónea para causar el efecto de alteración psíquica, que en muchos casos se dará con la adecuación aparente de los medios para causar el mal. Y, en segundo lugar, como apunta algún autor, porque lo que se exige es la idoneidad de los medios empleados para menoscabar la libertad del sujeto, no su vida o integridad física.⁹²

⁹² BRANDARIZ GARCIA, José Ángel. *Ob cit.*, p. 87 y ss.

2.4.2.3. Síntesis

A la luz de la definición legal de violencia o intimidación, puede colegirse que tales medios de comisión no son sino formas de constreñir la voluntad del titular de una cosa para que realice una acción que no quiere ejecutar (que le entregue o manifieste el lugar en el que se encuentra) o para que no realice un acción que desea ejecutar (que no se resista o se oponga a la apropiación de la cosa). De dicha definición legal se desprende que no es necesario que se afecte la integridad de las personas, ya que después de mencionar los malos tratamientos de obra y las amenazas, alude a *cualquier otro acto que pueda intimidar o forzar a la manifestación o entrega*. La violencia y la intimidación, entonces, no se conciben por la ley como formas de afectación de la seguridad física de las personas de manera exclusiva, sino como medios coactivos de apropiación.⁹³

2.4.3. El bien mueble total o parcialmente ajeno

Respecto a este elemento normativo no hay mayor discusión en los tratadistas peruanos. Es común afirmar que “bien ajeno” es todo bien mueble que no nos pertenece y que por el contrario, pertenece a otra persona. En otros términos resultara ajeno el bien mueble, si este no le pertenece al sujeto activo del delito y más bien le corresponde a un tercer identificado o no. Tal concepto trae como consecuencia que los *res nullius* no sean susceptibles de ser objeto del delito de robo; igual sucede con las *res derelictae* (bienes abandonados por sus dueños) y las *res communis omnius* (cosa de todos). En todo estos casos, los bienes no tiene dueño y, por tanto, el acto de apoderarse de ellos no lesiona patrimonio alguno.

En cambio, opera una situación de ajenidad parcial cuando el sujeto activo o agente del delito, sustrae un bien mueble que parcialmente le pertenece. Esto es, participa de él en su calidad de copropietario o coheredero con otro u otras personas. Es lógico indicar que para perfeccionarse el delito de robo, resulta necesario que el bien se encuentre dividido en partes proporcionalmente establecidas, caso contrario, si llega a establecerse que el bien es indiviso, es decir, no hay cuotas que correspondan a tal o cual copropietario y, por tanto, el bien corresponde a todos a la vez, el delito no aparece.⁹⁴

⁹³ OLIVER CALDERON, Guillermo. Ob cit., p. 276.

⁹⁴ SALINAS SICCHA, Ramiro. Ob cit., p. 117.

Capítulo 3

Agravante por mano armada

Dentro del enfoque que apunta el desarrollo del presente capítulo, se halla inevitablemente el vocablo “*arma*”; término insoslayable por la gran disparidad de posiciones tanto a nivel doctrinario y jurisprudencial a la fecha; y, teniendo en consideración que su conjugación lingüística da fruto a la concreción de la frase bajo estudio “*a mano armada*”; es necesario acotar que dicha realidad (*arma*), será una tarea de transcendencia singular en el vasto ámbito de estudio de las distintas posiciones argumentativas que conforman su objeto de análisis, tanto en la realidad peruana como en la legislación y doctrina comparada, y que producto de ello ha originado que diversos doctrinarios no sean ajenos y omisos a tal realidad, entregando sus tesis/posiciones de ello.

Es irremediable advertir en el caso particular que el CPP, desde la época de su primera codificación con el CP de 1863 introdujo la palabra “*arma*”, misma que se ha mantenido hasta la época legislativa actual, empero a lo largo de la historia no se ha logrado obtener de manera expresa un concepto del termino arma dentro del propio código penal respectivo, lo cual ha generado paradoja, resultando necesario aproximar un concepto que goce de aceptación, y que a continuación iniciaremos su análisis focalizado de dicho vocablo.

Asimismo, lo trascendental del enfoque en el presente será apuntar a un norte que brinde luces de dicho concepto dentro del estudio normativo que se encuentra vigente en el código penal, situación que como ya se ha mencionado es de suma importancia a efectos de subsumir si el uso de un arma aparente se ajusta al tipo básico de robo o a la modalidad agravada contemplada en el inciso 3, del artículo 189° del CPP.

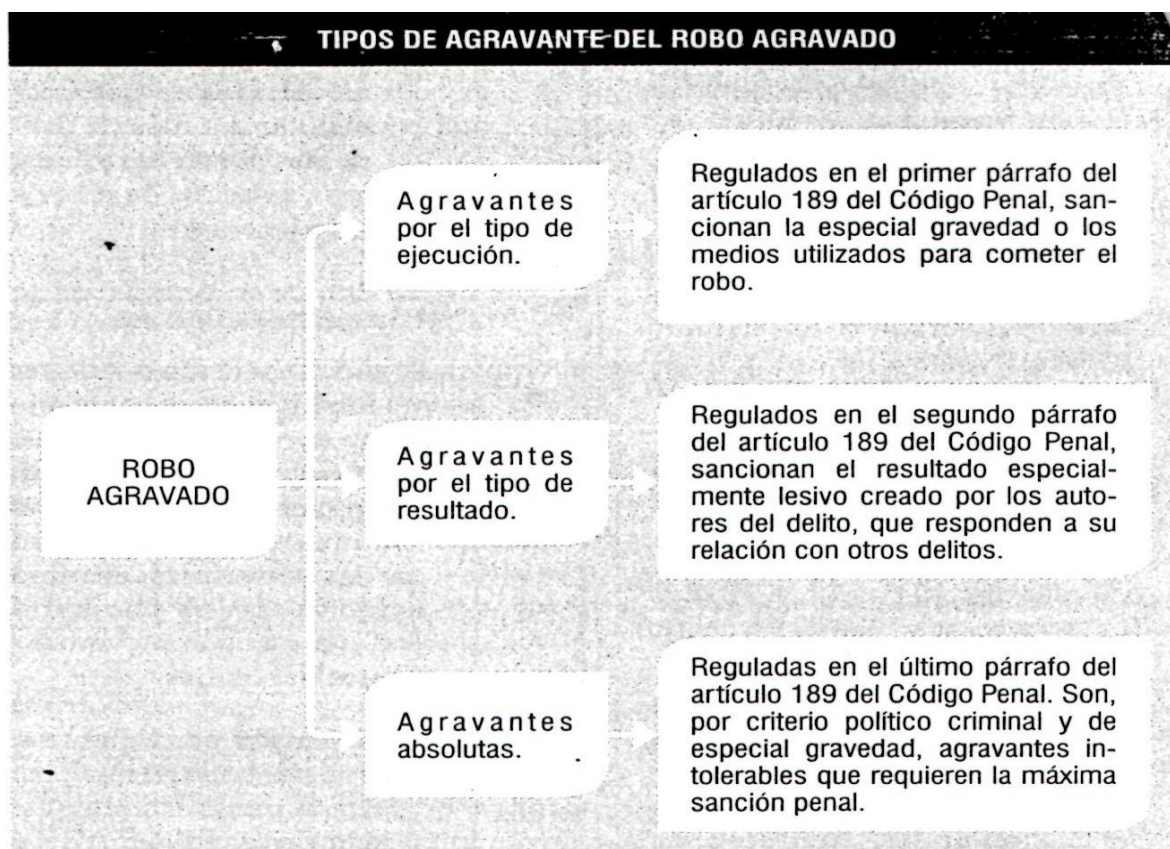
Ahora bien, antes de sumergirnos al análisis de la agravante in comento, el Código Penal Peruano establece ciertos cánones para establecer la determinación de la pena cuando concurren circunstancias agravantes; así tenemos que cuando circunstancias aludan a un mismo factor, rige la regla: “*la específica excluye a la genérica*”, v. gr., (Art. 46-A y inc. 1 del Art. 297 del CPP)⁹⁵, con lo cual el tratamiento es claro al respecto, aplicándose lo que sería un principio de especialidad o subsidiaridad.

⁹⁵ Véase en el Código Penal Peruano de 1991.

3.1. Tipos de agravantes en el delito de robo

Regulado en el art. 189° del CP el robo agravado, es la más común de las manifestaciones de la delincuencia patrimonial de a pie.

Dentro de nuestro mal trecho Código Penal, el legislador ha dividido la regulación del delito de robo en sus formas agravadas dentro de tres párrafos, mismos que son agrupados las circunstancias fácticas propias de la conducta ilícita desplegada por el agente del delito, teniendo en consideración ello se tiene que en el primer párrafo se agrupa las agravantes por su **tipo de ejecución** efectuando la salvedad que lo que se pretende ordenar no cobijara o abarcara de manera prolija todas las circunstancias contempladas dentro del rotulo mencionado, en el segundo párrafo agrupa las agravantes por su **tipo de resultado** y en el último párrafo las **agravantes absolutas**, reiterando que ello se ha realizado en función del conjunto de agravantes específicas contempladas en el art. 189°. Por tanto procederemos a esbozar una taxonomía de las agravantes del delito de robo, a través del siguiente cuadro:



Este tipo penal presenta una estructura especial respecto a las modalidades agravadas. Es lo que se denomina ***agravantes específicas*** que se aplica aplican a un delito concreto. En tal sentido, tenemos que existen tres tipos de agravantes, cada una más lesiva que la anterior. Así, el primer grupo de agravantes hace referencia, en general, a la forma de comisión del delito de robo agravado. La segunda, a los efectos del resultado producido. Finalmente, la tercera especifica circunstancias agravantes especialmente intolerables y que conmina con la mayor sanción posible.⁹⁶

Debe entenderse, además, que la configuración de una modalidad agravada, subsume la modalidad menos gravosa. Es decir, si se produce una afectación a la integridad de la víctima, la gravedad de su pena subsume a cualquier modalidad que pueda haberse configurado en el primer párrafo. Asimismo, la muerte de la víctima subsume cualquier otra modalidad prevista en los párrafos anteriores.⁹⁷

Aparece, dentro de las agravantes del robo simple el uso de un objeto/instrumento como lo es un “arma”, misma que se encuentra ubicada dentro del grupo de agravantes que son estudiadas por el tipo de ejecución, circunstancia que ha dado pie al desarrollo del presente trabajo, pues dicho término origina el estudio de si efectivamente un arma “aparente” se levanta como calificante de la agravación contemplada en el inc. 3 del art. 189° bajo análisis.

Dejando de lado la capacidad defensiva de las armas, en lo que aquí importa se ha de acoger esta definición por acomodarse a la previsión típica de modo que coinciden al sentido usual y el técnico en cuanto al dato típico que especializa al sub tipo agravado respecto del básico es la existencia de un arma cualquiera en poder del autor, lo que aumenta su capacidad vulnerante y, desde luego, aleja cualquier posible ambigüedad en el entendimiento de si ejerció o no intimidación: la simple presencia de un arma, su simple exhibición, hace que irrumpa sin duda el elemento intimidación, pues cuando el autor exhibe el arma no hace sino expresar gestualmente la voluntad de usarla para el caso de que su sola exhibición no haya vencido la resistencia de la víctima⁹⁸. Por tanto, existiendo un elemento dentro de la construcción normativa del tipo agravado como lo es “*a mano armada*”, se es necesario arribar al concepto que despeje las paradojas existentes dentro de la legislación nacional, pues dicho término no es baladí si queremos anclar posición en torno al fundamento de la agravante sub examine.

⁹⁶ ¿Cómo se deben aplicar las circunstancias agravantes del delito de robo?, en *Actualidad Jurídica*, N° 269, 2016, p. 40.

⁹⁷ *Ibidem*, pp. 40 – 41.

⁹⁸ MUÑOZ CLARES, José. *Ob cit.*, p. 309.

3.2. Concepto de arma

3.2.1. En la legislación nacional y comparada

Dentro del ordenamiento jurídico peruano, la única aproximación actual que existe para encontrar de manera extensiva el concepto de arma; toda vez que no define propiamente el termino de manera única sino una especie de ella, es la contemplada mediante la ley N° 30299⁹⁹, en el inciso a) del art. 4 define y aporta el concepto de *arma de fuego* de la siguiente manera:

- a) **Arma de fuego.-** Cualquier arma que conste de por lo menos de un cañón por el cual una bala o proyectil puede ser descargado por la acción de un explosivo y que haya sido diseñada para ello o pueda convertirse fácilmente para tal efecto, excepto las armas antiguas fabricadas antes del siglo XX o sus réplicas.

Asimismo, dentro de la legislación argentina de acuerdo al contenido del Código Penal, y al contenido de las diferentes leyes que se encuentran en vigencia, podemos decir, en relación a las *armas*, que este término es el género y que la palabra *arma* admite distintas especies. En razón de que la palabra *arma* carece de un significado jurídico porque no se halla legislado en el art. 77, ni en la ley de armas, ni en el derecho reglamentario de esta, es válido para el intérprete, entender, en términos más o menos amplio, que *arma es todo objeto o instrumento destinado a ofender o a defenderse*.¹⁰⁰

Ahora, como el Código y las leyes sobre el particular, se refiere tanto a las armas de fuego, como a las armas en general, es posible entender que toda vez que la ley hace referencia a una especie de armas como son las de fuego, cuando ello ocurre no será posible entender que también se comprende a las que no son de fuego. Ahora, cuando se emplea la palabra *arma o armas*, como ocurre en el robo con armas (art. 166, inc.2),¹⁰¹ es posible interpretar que con esa expresión, abarca la ley a las armas en general y que, además, como las armas pueden no ser de fuego, es posible que el delito, es decir el robo, se cometa con armas a disparo que no son de fuego, como ocurre con las pistolas y rifles de aire comprimido, a las armas blancas, a otras armas, y a los elementos que sin ser armas en sentido

⁹⁹ Ley de Armas de fuego, municiones, explosivos, productos pirotécnicos y materiales relaciones de uso civil del 31 de Diciembre del 2014.

¹⁰⁰ LAJE ANAYA, Justo. *Atentados contra la libertad, robo con armas y otros delitos*, Alveroni Ediciones, 2005, p. 59.

¹⁰¹ En el código penal argentino

propio, tienen idoneidad para ofender, para por su uso o empleo, volverse armas en sentido impropio.¹⁰²

Ahora bien, el hecho de que nuestro código vigente no defina de un modo directo el concepto de arma, como, en cambio por ejemplo, lo hace el Código Penal Italiano, en su art. 585, que, si bien es para los delitos contra la persona, remite el término “*arma*” también utilizado en el art. 628, inc. 1°, de la *rapiña*, donde se lee que para los efectos de la ley penal, por “*armas*” se entienden: 1) las de fuego y todas las otras cuyo destino natural sea ofender a las personas; 2) todos los instrumentos aptos para ofender cuyo porte haya prohibido la ley de modo absoluto o sin motivo justificado, y asimila, a seguido, a las armas las materias explosivas y los gases asfixiantes o lacrimógenos (*I nuovi quattro codici*, Casa Editrice La Tribuna, Piacenza, 1991).¹⁰³

3.2.2. En la doctrina nacional y comparada

Sin embargo, el núcleo de la discusión doctrinaria que se funge y ha originado el desarrollo del presente trabajo, finca en la interpretación que alude a las denominadas “*armas aparentes*”, y su consideración como propiamente armas de las que alude el inc. 3 del art. 189° del CPP.

El arma, como elemento valorativo que es, se ha constituido en el componente del tipo penal de límites más discutidos, en los últimos tiempos dentro del campo analítico de la agravante sub examine.

Para SALINAS SICCHA, por arma entiende todo instrumento físico que cumple en la realidad una función de ataque o defensa para el que la porta.¹⁰⁴ Confluyendo en la misma dirección DONNA en un sentido genérico, arma es todo elemento que aumenta de cualquier modo el poder ofensivo del hombre, y añade a su vez es todo objeto capaz de producir un daño en el cuerpo o en la salud de la persona, y, en un sentido más estricto, es todo instrumento destinado a ofender o a defenderse.¹⁰⁵ Siendo así, se tiene que existe una clasificación del concepto armas, lo cual permite aproximar ello bajo tres categorías:

- 1) Armas en sentido amplio: todo aquel instrumento que intensifica la potencia agresiva del agente y consecuentemente el riesgo para otros bienes jurídicos.

¹⁰² LAJE ANAYA, Justo. *Ob cit.*, p. 59 – 60.

¹⁰³ TOZZINI, Carlos A., *Los delitos de robo y hurto*, Segunda Edición Actualizada, Ediciones Depalma Buenos Aires, 2002, p. 296.

¹⁰⁴ SALINAS SICCHA, Ramiro. *Ob cit.*, p. 143.

¹⁰⁵ DONNA, Edgardo A., *Delitos contra la propiedad*, Segunda Edición Actualizada, Rubinzal – Culzoni Editores, 2011, p. 209.

- 2) Armas en sentido restringido: instrumentos que han sido elaborados con la finalidad de incrementar la potencia agresora del agente.
- 3) Armas aparentes: instrumentos que objetivamente no incrementan la peligrosidad del comportamiento del agente de cara a la lesión de los otros bienes jurídicos.¹⁰⁶

Para otro sector de la doctrina nacional como contempla VILCAPOMA BUJAICO se inclina por la clasificación que las agrupa en *armas propias e impropias*.¹⁰⁷ En el mismo sentido, DONNA esboza una clasificación de ello, de la siguiente manera:¹⁰⁸

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

A su vez este grupo comprende una sub clasificación:

- *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.
- *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.¹⁰⁹

¹⁰⁶ «Si el agente desposee patrimonialmente a otro con un arma ficticia, ¿comete robo agravado?», en *Actualidad jurídica*, N° 169, 2007, p. 132.

¹⁰⁷ VILCAPOMA BUJAICO, W. *La calificación del delito de robo agravado: Una problemática judicial por resolver*, Editora Jurídica Grjley, Lima 2003, p. 75.

¹⁰⁸ DONNA, Edgardo A. *Ob cit.*, p. 210.

¹⁰⁹ DONNA, Edgardo A. *Ob cit.*, p. 210. y ss.

Se incluye también, en el concepto de armas propias, todas aquellas cuyo destino sea ofender a las personas y aquellas cuyo uso ha sido prohibido por la ley, y se asimila a las armas explosivas, gases asfixiantes y lacrimógenos.

Para LACKNER/KÜHL en el Derecho Alemán, **armas en sentido técnico** (armas propias) son las cosas muebles que pueden ser usadas tanto para el ataque como la defensa y, en forma general, que sean “objetivamente peligrosas”, esto es, que según su naturaleza (mecánico o químico) y sus características, sean apropiadas para infligir graves lesiones a las personas. En este orden de ideas, las armas en sentido técnico representan una especie dentro del género “instrumento peligroso”. De acuerdo con Lackner/kühl son instrumentos peligrosos: el hacha, martillo grande, navaja, destornillador grande, piedra, manopla o puño de acero, ácido clorhídrico, cuchillo de cocina.¹¹⁰

Armas impropias: son aquellos objetos que, sin ser armas propiamente dichas, y habiendo sido fabricadas para diversos destinos, se emplearon ocasionalmente para producir un daño en el cuerpo o en la salud de una persona. No es necesario que el objeto se asemeje a un arma, sino que cumpla la función de potenciar la capacidad ofensiva del sujeto activo.¹¹¹ Por tanto, se deben considerar armas impropias todos “los instrumentos punzantes, aun cuando no hayan sido originariamente fabricados con el fin de servir propiamente como armas, toda vez que lo decisivo, desde un 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.”¹¹²

Ahora bien, TOZZINI en general admite el criterio laxo de que “arma” es todo elemento que aumenta de cualquier modo el poder ofensivo del hombre, el cual ni siquiera concuerda con el admitido, para la voz “arma”, por la Real Academia Española, en su *Diccionario de la Lengua*, que es muchísimo más preciso, pues se circunscribe a los instrumentos, medios o maquinas *destinados* a ofender o a defenderse.¹¹³

En palabras de VILCAPOMA, consideramos la última clasificación esbozada ut supra (p. 48) por permitir una mayor amplitud, al poder incluir en ella una serie de instrumentos no contemplado en la clasificación anterior. Esto se refuerza con el hecho de que en ella se pueden considerar aquellas que, no pudiendo ser consideradas como armas, por su naturaleza (arma de juguete de metal, revolver de fogueo, etc.) si tiene dicha apariencia y son idóneos

¹¹⁰ PAREDES INFANZON, Jelio. *Ob cit.*, p. 87

¹¹¹ DONNA, Edgardo A. *Ob cit.*, p. 211 y ss.

¹¹² DONNA, Edgardo A. *Ob cit.*, p. 212.

¹¹³ TOZZINI, Carlos A. *Ob cit.*, p. 297.

para intimidar a la víctima (estado necesario para poder reducir su voluntad y lograr apoderarse del bien).¹¹⁴

3.2.3. *En la jurisprudencia nacional*

La focalización entorno al vocablo “*arma*” dentro de la jurisprudencia nacional ha confluído de la siguiente manera:

«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 un efecto intimidante sobre la víctima al punto de vulnerar su libre voluntad, despertando en esta sentimiento de miedo, desasosiego e indefensión, bajo cuyo influjo hace entrega de sus pertenencias a sus atacantes (Exp. N° 2179-98-Lima, Data 40 000, G.J.).»¹¹⁵

En el mismo sentido:

«Arma es todo instrumento real o aparente que incrementa la capacidad de agresión del agente y reduce la capacidad de resistencia de la víctima (R.N. N° 1163-2004-Cajamarca, Data 40 000, G.J.).»¹¹⁶

3.3. Interpretación teleológica de “a mano armada” por el legislador

La interpretación de la ley penal es uno de los aspectos nucleares de la disciplina jurídico – penal, en virtud a su innegable vinculación con el principio de legalidad penal, piedra angular de un *Estado de Derecho Social y Democrático*. La importancia de la ley penal no es solo dogmática o garantista. El tópico de la interpretación de la ley tiene en la actualidad e importancia práctica insoslayable. Solo a través de una interpretación se puede aplicar la ley y; ulteriormente, realizar el ideal de justicia.¹¹⁷

De todos los métodos de interpretación, posiblemente el teleológico sea el más importante en la interpretación de la ley penal, al menos de los tipos penales de la parte especial, en la medida que permite orientar la determinación de la conducta prohibida en función del fin de protección, esto es, del bien jurídico penalmente protegido.¹¹⁸

¹¹⁴ VILCAPOA BUJAICO, W. *Ob cit.*, p. 75 y 76.

¹¹⁵ DICCIONARIO PENAL jurisprudencial, en *Gaceta Jurídica & procesal penal*, Gaceta Jurídica S.A., 2009, p. 69.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 68.

¹¹⁷ AROCENA, Gustavo A., *Interpretación Gramatical de la Ley Penal*, Jurista Editores E.I.R.L., Lima 2006, p.16

¹¹⁸ GARCIA CAVERO, Percy., *Lecciones de Derecho Penal – Parte General*, Editora Jurídica Grijley, 2008, p. 219.

Habida cuenta que, como ha dicho con acierto MAZGER, toda interpretación va más allá de los límites del texto y trata de descubrir los fines de la ley misma, la *interpretación teleológica* se presenta en la actualidad como el más importante de todos los criterios de interpretación, incluso decisiva en una gran cantidad de casos.

El *telos* de la norma adquiere, así, el primer lugar entre los elementos que deben ser tenidos en cuenta para la determinación de los conceptos penales.

Precisamente, la voluntad de desentrañar los fines del precepto penal que caracteriza a este método adquiere especial relevancia en el ámbito del Derecho Penal, en lo que concierne a la interpretación de los *tipos jurídico – penales*, desde que “el fin de cada uno de ellos se orienta en la protección de un determinado bien jurídico, cuyo descubrimiento y empleo constituye, en consecuencia, una tarea especialmente importante de la interpretación”.¹¹⁹

Con arreglo a ello, el bien jurídico (objeto de protección, objeto de ataque) del tipo concreto aparece como la “línea de directriz determinante en la interpretación de dicho tipo”.

Al abordar el tema de la interpretación de la ley penal, la doctrina penal menciona usualmente los métodos de interpretación como un conjunto de pasos sucesivos que permiten determinar el contenido y alcance de la ley penal. Así, el intérprete partiría del tenor literal de la ley penal en el sentido del uso ordinario del lenguaje, considerando luego la construcción del dispositivo penal, así como el contexto jurídico sistemático en el que se encuentra. Luego pasaría a determinar la intención histórica del legislador que aprobó la ley correspondiente (así como las reformas posteriores), para finalmente llegar a establecer cuál es la finalidad objetiva (*telos*) de la ley interpretada.¹²⁰

Al confluir con una interpretación literal, como la sigue Vilcapoma Bujaico, al no distinguir la norma penal de robo, entre arma e instrumento intimidante, se podrían incluir en dicha clasificación, como ya lo ha hecho la jurisprudencia nacional, los instrumentos y medios peligrosos para intimidar a la víctima.¹²¹

El legislador peruano al dar creación a la norma sub examine, esboza y parte de que las normas jurídico penales son, justamente, *directivas*, mediante las cuales el legislador intenta motivar a los ciudadanos para que se desenvuelvan de determinada manera.¹²²

En tal sentido, como bien señala SILVA SANCHEZ, una de las discusiones que, en materia de teoría de la norma jurídico – penal, con mayor intensidad han ocupado en la doctrina es la relativa a si aquellas se configura como una “norma de valoración” bien como

¹¹⁹ AROCENA, Gustavo A. *Ob cit.*, p.30 y ss.

¹²⁰ GARCIA CAVERO, Percy. *Ob cit.*, p. 219 y ss.

¹²¹ VILCAPOMA BUJAICO, Walter. *Ob cit.*, p. 76.

¹²² AROCENA, Gustavo A. *Ob cit.*, p.54.

una “norma de determinación”, esto es, como un imperativo, deben ponerse de relieve dos coincidencias básicas en la dogmática penal que sirvan de necesario punto de partida.

Por una parte, existe un acuerdo doctrinal generalizado acerca de que “la norma jurídico – penal expresa una valoración, esto es, que constituye, en esa medida, una “norma de valoración”. Ello lo acogen también los partidarios de la concepción imperativa, por entender razonablemente que, si algo se prohíbe u ordena, ello es porque previamente se ha producido una valoración positiva del hecho ordenado, o negativa del hecho prohibido.

De otro costado, también puede afirmarse la existencia de una coincidencia general en la doctrina acerca de que “las normas jurídico – penales incluyen un elemento de determinación”. Mediante este componente, las normas jurídico penales intentan motivar la abstención o la realización de conductas cuya realización o abstención, respectivamente, a ver del legislador, resultan relevantes para contribuir a garantizar “una convivencia pacífica y libre en la sociedad”, a asegurar “el mantenimiento de la configuración social básica”.¹²³

Véase lo que, en sentido equivalente, afirma MIR PUIG:

“La norma penal opera apelando a la *motivación* del ciudadano, amenazándole con el mal de la pena para inclinar su decisión en favor del derecho y en contra del delito. La amenaza de la pena cumple su función motivadora a través de un imperativo, prohibiendo u ordenando bajo aquella amenaza. Evidentemente, al imperativo procede *lógicamente* la valoración negativa de la conducta prohibida u ordenada, pero esta valoración no es más que un momento interno, en el marco del proceso legislativo, mientras que para efectividad de la norma penal lo decisivo es que el legislador le asigne la virtualidad de un imperativo”.¹²⁴

Sencillo, resultaría si el término “arma” que reformula y da origen a una conjugación “a mano armada” fuera un axioma dentro del análisis e interpretación en la formula legislativa entregada por el legislador para nuestra realidad jurídica existente. Sin embargo, la generalidad de los términos empleados por la autoridad normativa esta normalmente en inversa relación con la precisión de sus exigencias a los destinatarios de sus normas. Esto usualmente redundaría en la dificultad de determinar si cierto evento es una instancia del supuesto de hecho establecido en la norma; es decir, el lenguaje en que se formulan las normas destinadas a controlar el comportamiento siempre deja un margen de indeterminación. La interpretación del Derecho sería el mecanismo inevitable para remediar estas deficiencias

¹²³ AROCENA, Gustavo A. *Ob cit.*, p.42 y ss.

¹²⁴ AROCENA, Gustavo A. *Ob cit.*, p. 48 y 49.

en la relación comunicativa entre las autoridades y los destinatarios de las normas jurídicas, mismas que serán fuente para los operadores jurídicos dentro del ordenamiento jurídico – penal, a efectos de identificar la realización de una cierta conducta realizada por el agente del delito y estructurada por la norma.

3.3.1. Caso práctico e interpretación restrictiva

A modo de ejemplo, hoy en día, a efectos de advertir el accionar de la criminalidad en el ámbito de los delitos patrimoniales, la sociedad y el mismo estado se ha provisto de tomar medidas de “control”; las cuales se han visto reflejadas en el uso de objetos (cámaras de video vigilancia), siendo así, se tiene el siguiente ejemplo: *“Un joven A en horas de la mañana se encuentra caminando por la avenida con dirección a su centro de trabajo, siendo que en el trayecto decide ir manipulando su dispositivo móvil (celular), momento en el cual aparece un sujeto B, que le conmina de manera violenta a través de palabras soeces y malos tratos a entregarle su bien (celular), por lo cual la persona A en un primer momento no accede a ello, por lo cual el sujeto B saca un arma con apariencia y características en su totalidad a una pistola de fuego, siendo que ante ello la persona A, sin mediar movimiento alguno decide entregarle su pertenencia y dejarse sustraer las demás, para luego de ello el sujeto B darse a la fuga sin rumbo desconocido. Siendo que la persona A interpuso la denuncia respectiva, desplegando las acciones policiales correspondientes de manera inmediata. Todo esto, fue grabado por una cámara de video vigilancia, misma que capto todo el suceso y registro el rostro del sujeto B y sus características, circunstancias que ayudaron a la ubicación del mismo en el plazo récord de dos (02) horas. Empero al dar con la ubicación del delincuente (sujeto B), si bien se le encontró con las pertenencias de la persona A, a su vez se le encontró en posesión de un objeto/instrumento (arma) en apariencia de una pistola de fuego, en características idénticas a la que aparece en el video que capto el hecho ilícito”*. Ante el hipotético caso planteado hasta hora, resulta y surgen ciertas interrogantes conforme al avance del presente trabajo, siendo una entre ellas, ***¿Se configura la agravante contemplada en el inciso 3 del art. 189° del CP? ¿Opera el in dubio pro reo?***

Para ello la llamada interpretación restrictiva se presenta también como un límite a la interpretación de la ley penal, en el sentido de reducir el significado de los elementos del tipo a su núcleo de significación. Esta forma de interpretación podría resultar exigible sobre todo para los elementos normativos, que son muy frecuentes, en la actual configuración de los tipos penales. En este punto cobra especial importancia como criterio de interpretación el principio *in dubio pro reo*. Como es sabido, dentro del tenor de la ley pueden presentarse

diversas interpretaciones sobre el sentido de la ley, una más amplia y otra más restringida de la punibilidad. Para decidir cuál interpretación debe seguirse en el caso concreto, se ha desarrollado precisamente el principio *in dubio pro reo*, según el cual el intérprete de la ley tiene que asumir el sentido interpretativo más favorable al reo. La constitución Política del Perú establece la vigencia del principio del *in dubio pro reo* en su artículo 139° inciso 11, recogiendo en este dispositivo constitucional el criterio de lo más favorable al reo en dos supuestos: los casos de duda de las leyes penales y los casos de conflicto entre leyes penales. La interpretación del alcance de la ley penal entra, a nuestro parecer, en el supuesto de duda de las leyes penales.¹²⁵

Hay que precisar, sin embargo, que el principio del *in dubio pro reo* no tiene carácter absoluto. Si la racionalidad del sistema penal lleva a la interpretación más extensiva de la punibilidad, entonces el juez penal tendrá que asumir este sentido de la interpretación, por ser esta racionalidad el presupuesto de su labor de interpretación. Por lo tanto, si el legislador penal busca mediante determinados elementos normativos del tipo dar un mejor instrumento de lucha contra una determinada forma de criminalidad (delitos económicos, por ejemplo), resulta lógico que se asuma una ***interpretación extensiva acorde con los objetivos político – criminales del legislador***. Exigir la observancia absoluta del principio del *in dubio pro reo* sería un contrasentido.¹²⁶ (Negrita y cursiva nuestro).

Por más importante que sea considerar la situación y los intereses de la víctima, la punición y la agravación deben estar basadas en el papel del autor en la ejecución del delito. El miedo, la indefensión de la víctima, la lesión que ha sufrido, por ejemplo, son determinantes para precisar la gravedad de la responsabilidad del agente. Responsabilidad estrechamente ligada a la manera como concibió y realizó su comportamiento delictuoso. Por esto, invocar factores de política criminal, como la grave inseguridad pública y la frecuencia cada vez más grande con la que los delincuentes utilizan armas facticias, de apariencia real, no es oportuna para justificar una cierta manera de interpretar la ley.¹²⁷

¹²⁵ GARCIA CAVERO, Percy. *Ob cit.*, p. 239 y ss.

¹²⁶ GARCIA CAVERO, Percy. *Ob cit.*, p. 240.

¹²⁷ HURTADO POZO, José, “¿Cómo equiparar “mano armada” a “mano armada con arma de juguete?””. En http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/tribuna/tr_20160708_01.pdf., del *Anuario de derecho penal*, Friburgo: Julio del 2016, Consultado por última vez el 16 de Julio del 2018.

3.4. Necesidad de peligro real o disminución de la capacidad de resistencia de la víctima

En el desarrollo ut supra del concepto legal de “arma” ha sinonimizado los vocablos arma e instrumento, es más, ha indicado que un arma siempre es un instrumento, donde este puede ser real o aparente, dando así convalidación judicial a una de las varias clasificaciones que posee el termino en referencia. Ha señalado, y esto es lo fundamental del núcleo de significación jurídico – penal del concepto, que la función del arma en el contexto de la frase (a mano armada) es el de incrementar la capacidad de agresión del agente y reducir, en términos razonables, la capacidad de resistencia de la víctima, en un comprendido genérico que puede absorber excepciones y que por lo común suele producirse y/o representarse de dicho modo.¹²⁸

3.4.1. Capacidad ofensiva del agente en función de una necesidad de peligro real

La discusión en la doctrina nacional se presente cuando el agente hace uso de armas aparentes, tales como revolver de fogeo, una pistola de juguete o una cachiporra de plástico, etc. Para Bramont – Arias Torres y García Cantizano (1997:312), el uso de armas aparentes en la sustracción configura el delito de robo 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. Igual postura adopta Peña Cabrera (1993:81) 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 (2001:73) sostiene que “por arma no se entiende las simuladas o inservibles por inidóneas”.¹²⁹

Para quienes exigen que el objeto de la amenaza sea *verdadero*, no podría apreciarse un delito de coacción patrimonial mediante amenaza si se usara un revolver de fogeo, una pistola de juguete que parece real, un arma de fuego que no se encuentra operativa, un objeto inocuo que se acerca a la espalda de la víctima haciéndole creer que se trata de un arma, sin que esta puede percatarse de su naturaleza, etc.

Tras este planteamiento subyace la idea de que estos delitos serian, además de delitos de lesión contra la propiedad, injustos de *peligro concreto* contra la vida y la integridad de las personas. En ese sentido, si negásemos toda posibilidad de atender a los estados mentales del coaccionado para estimar realizado el tipo de un delito de coacción patrimonial, tendríamos

¹²⁸ ROJAS VARGAS, Fidel, *Estudios fundamentales de la parte general y especial*, Gaceta Penal & Procesal Penal, Junio 2013, p. 312.

¹²⁹ SALINAS SICCHA, Ramiro. *Ob cit.*, p. 144.

que ser coherentes en sostener como en el caso de BACIGALUPO que la idoneidad o efectividad de la amenaza debería constatarse como *peligro objetivo – concreto*. Sin embargo, si bien es razonable que la *amenaza* típica de estos delitos revista cierta gravedad e intensidad, no hay razón alguna que justifique la existencia de *peligro concreto*.¹³⁰

Al respecto debemos decir, que, conforme a nuestra legislación, las lesiones leves y las lesiones graves configuran otro supuesto autónomo a la mera intimidación a causa de la exhibición de las armas, tal y como se ha podido desarrollar ut supra. Y, si bien las lesiones pueden no producirse en un caso concreto, no tiene sentido hablar de “peligro real” al margen de la altamente probable lesión al bien jurídico vida o integridad física del agraviado. Cuando las circunstancias agravantes concurren aluden a un mismo factor ellas son incompatibles y deben excluirse en función de su especialidad; tal y como se ha desarrollado en líneas precedentes. Es decir, la circunstancia agravante especial excluirá a la genérica. Cuando hay concurrencia de circunstancias agravantes específicas de diferente grado o nivel, la circunstancia de mayor grado absorberá la potencial eficacia agravante de las de grado inferior.¹³¹ Para nuestro Código Penal o bien se intimida al agraviado con la exhibición del arma o bien se le lesiona con el uso de arma; no cabe un supuesto intermedio de mera puesta en peligro. Incluso la amenaza no puede ser veraz desde el punto de vista del agente que la profesa (dice que le volara los sesos a la persona si no le da el dinero a pesar de apuntarle con una pistola de fogeo), pero nadie puede seriamente discutir que la simple amenaza de padecer de dicho mal es lo que finalmente inclinara la balanza hacia el agente y determinara que el robo se produzca sin mediar resistencia.¹³²

Ahora bien, surge la siguiente interrogante ¿El incremento de la capacidad de agresión debe ser vista *ex ante* o *ex post*? De responder en base al segundo supuesto haríamos insubsistente el concepto legal funcional de arma, pues tendríamos que trabajar en no pocos de los casos (empleo de armas aparentes o impropias) con incrementos irreales o de contenido agresivo eminentemente subjetivo, esto desprovisto de lesividad concreta. De ahí que la única salida que ofrece el constructo jurisprudencial peruano sea la valoración *ex ante* y desde la perspectiva de la persona que sufre o es objeto de la acción instrumental, donde no le es exigible a la persona afectada o a la víctima cerciorarse de la idoneidad lesionada del arma.¹³³

¹³⁰ PINEDO SANDOVAL, Carlos. *La amenaza en los delitos de coacción patrimonial*, en Actualidad Penal, Instituto Pacífico, Revista N° 28 – Octubre 2016, pp. 276 - 277.

¹³¹ REATEGUI SANCHEZ, James. *Ob cit.*, p. 355.

¹³² PAREDES INFANZON, Jelio. *Ob cit.*, p. 90.

¹³³ ROJAS VARGAS, Fidel. *Estudios fundamentales de la parte general y especial*, Gaceta Penal & Procesal Penal, Junio 2013, p. 318.

Por otro lado, al exigir únicamente que el efecto intimidante “tenga correlato real” se olvida la excepción que pone CREUS “salvo que en la emergencia se utilicen como armas impropias”. Por eso es que yo aconsejo el ensayo practico para probar si el instrumento causa, efectivamente lesiones aun cuando estas conforman otra agravante, como ya se explicó en un capitulo anterior dentro del presente. Si se probara que el arma de juguete es apta para producir lesiones, entonces:

- α) Resultaría superflua la tesis de Creus de que se exija su utilización como armas impropias, pues no me parece razonable que se le exija al agraviado probar primero, en miras de la aplicación de la agravante, que el delincuente le pincho, corto o golpeo;
- β) Resultaría infundada la tesis de Nuñez de que lo único que se configura es una “simulación de violencia”, pues mediante el experimento que aconsejo se probaría que si existió violencia (vis compulsiva);
- χ) Resultaría infundada la observación de Soler de que es necesario que el dolo del autor consista precisamente en el empleo de algo “que sea un arma también para él”, pues aplicando el experimento podríamos concluir que, a menos que el delincuente sea de otro mundo, también compartiría la opinión de su aptitud como arma impropia. Allí radica el dolo del agente, en estar consciente de que, dada las circunstancias, pueda emplear el instrumento como arma impropia. Por tanto, se equivocan quienes piensan que el dolo consiste en tener conocimiento que el arma no puede utilizarse conforme a su destino, y según su clase y calidad pues a través de dicho razonamiento, además de echar por tierra toda la capacidad innata del arma impropia, se parte de una premisa teórica exagerada en relación a un delincuente común, esto es, que este tiene la capacidad intelectual para abstraerse y discernir entre el concepto de arma propia e impropia.
- δ) Quedaría evidenciada la incoherencia argumentativa de la doctrina argentina antes citada puesto que, como reconoce Donna: “Nuestro Código, cuando agrava la pena del robo cometido con armas, se refiere tanto a las armas propias como a las impropias, y así lo ha entendido toda la doctrina”.

Sin embargo, dicha clasificación al respecto del arma de juguete, carece de sentido para una expansión argumentativa, pues el desarrollo de ello conllevaría al estudio y análisis de otro foco que no es el análisis del presente trabajo, toda vez que si redujéramos lo dicho anteriormente a un núcleo donde el arma impropia puede ser utilizada o empleada en la

ejecución de la sustracción, para causar lesiones o afectaciones a la integridad física del ofendido nos reconduciría a lo contemplada y plasmado en otras agravantes del tipo penal de robo, lo cual no es menester en el presente.

La jurisprudencia nacional, sin embargo, se ha basado no tanto en la eficacia del arma para producir un peligro real para la víctima sino que ha preferido colocarse en el lugar de la víctima, valorando el poder intimidatorio del instrumento al punto de vulnerar su libre voluntad. Esta corriente jurisprudencial la considero sana, en tanto, se ajusta a la *ratio de la norma*.¹³⁴, para subsumir la conducta de usar armas aparentes dentro del tipo básico de robo.

3.4.2. Bloqueo de reacción de la víctima

En el ámbito de los delitos de coacción patrimonial: la lesión del patrimonio que sufre la víctima a causa del temor producido mediante una *amenaza fingida o ficticia* de robo, extorsión, chantaje o usurpación, será *competencia* del autor cuando este haya realizado un *acto de bloqueo* por el cual el destinatario de la “amenaza” se ve *obligado* a creer en la verosimilitud de la misma o *impedido* de descubrir su falsedad. En consecuencia, parece que en estos casos no es razonable exigirle al destinatario de tal “amenaza” un esfuerzo más allá del ordinario para verificar si el contenido de la misma es real.

Creemos que de manera análoga guardando las salvedades sustanciales de los tipos penales correspondientes se puede adaptar al desarrollo del presente trabajo que, en el ámbito del delito de extorsión donde estos actos de *bloqueo* por parte del autor e detrimento de la víctima resultan, muchas veces, prácticamente circunstanciales a la ejecución de la amenaza. A modo de ejemplo: las amenazas extorsivas proferidas mediante mensajes de textos o llamadas al teléfono de la víctima. En estos caso, resulta evidente que no puede exigírsele a la propia víctima averiguar, v. gr., si es que el autor o autores de las amenazas poseen realmente las armas o los medios para ejecutar los malévolos planes que anuncian. Del mismo modo, a quien encuentra en la puerta de su casa un proyectil de arma de fuego junto a una carta de contenido extorsivo, tampoco se le puede exigir que averigüe si la amenaza de los extorsionadores va realmente en serio. Esta situación, incluso, siempre ha estado bastante arraigada en la práctica procesal. Frente a una denuncia por extorsión, por ejemplo, el Ministerio Público nunca dispone la realización de diligencias destinadas a demostrar la veracidad de las amenazas. Así, frente a una amenaza extorsiva de muerte, poco o nada

¹³⁴ PAREDES INFANZON, Jelio. *Ob cit.*, p. 94 – 95.

importa para el éxito de la investigación que se acredite si realmente el autor tenía en su poder armas si contaba en realidad con medios para matar.

Ninguna investigación ha sido archivada o sobreseída, y ningún acusado absuelto, por haberse demostrado que, en realidad, el autor de las amenazas extorsivas no poseía los medios para ejecutarla. Pareciera que la *amenaza* típica de extorsión implicase, por si misma y casi siempre, un acto de *bloqueo* por parte del autor hacia la víctima, situación que implica: 1) que no le sea exigible a la víctima tener que averiguar ella misma la veracidad o realidad de las amenazas; 2) que, por tanto, la *competencia* por el otorgamiento de la ventaja patrimonial sea siempre del autor aunque este nunca haya podido, realmente, llevar a cabo su amenaza o ejecutarla y 3) que, en la práctica judicial, no constituya objeto de prueba del proceso por extorsión la veracidad o realidad de las amenazas.¹³⁵

Por otro lado, en contraste existe autores como BALCAZAR QUIROZ, que profesa con respecto al artículo 189° inciso 3 del CP, el mero hecho de portar el arma no representa la causa de la agravación de la pena, sino **el intimidar con el arma que lleva consigo**, resultando insignificante, ejemplificando con el revólver, si se disparó o no, si estaba cargada o no, si estaba o no con seguro, si era real o de fogeo, y consideraciones análogas, supuestos que, en todo caso, permitirían graduar la pena pero no modificar el tipo agravado de robo para convertirlo, por ejemplo, en un hurto¹³⁶ como piensan algunos.¹³⁷

En conclusión, basta que el mal objeto de la amenaza sea *verosímil*, es decir, que parezca posible de realizar a los ojos de la víctima, conforme a un juicio *ex ante* de un “hombre medio” puesto en su situación, aun cuando, en la realidad, sea objetivamente imposible de ser realizado o el sujeto activo no tenga intención de ejecutarlo. De acuerdo con JAKOBS: “amenazas que restringen la libertad también se dan, por tanto, si el autor presenta como evitable un mal que en realidad no se va a producir (...); en consecuencia, no es necesario que los medios que se utilizan para amenazar a la víctima sean verdaderos, tangibles

¹³⁵ PINEDO SANDOVAL, Carlos. *Ob cit.*, p. 274 – 275.

¹³⁶ Existen tesis, argumentando que en el supuesto fáctico del uso de un arma aparente, no configura robo simple ni mucho menos en su forma agravada (inc. 3 del art. 189° del CP), sustentando posición al respecto que lo se configuraría es un “*Hurto con destreza*”, misma que desde el desarrollo del presente trabajo se cuestiona, por no tener en consideración los elementos típicos y configuradores del delito base. En donde se utilizan como medios comisivos la violencia e intimidación, ya desarrollada en considerandos del presente trabajo, sin tener en cuenta por otro lado la instrumentalización de un objeto para la consumación del delito. Por tanto, no nos avocaremos a la crítica de ello, empero expondremos de manera ligera que confunden el camino en el análisis de la interpretación y sustento de la cuestionada agravación por el uso de armas aparentes, generando inseguridad dentro del campo de investigación de la ciencia jurídico – penal, a nuestro humilde criterio, pues omite de valoración y análisis los elementos comisivos del tipo penal como lo son la *violencia e intimidación*. Véase *ello en*: “Robo a mano armada, alcances interpretativos”, MENA MUÑOZ, Félix. 2017. Tesis desarrollada para optar por el Título de Abogado por la Universidad de Piura (UDEP).

¹³⁷ PAREDES INFANZON, Jelio. *Ob cit.*, p. 92.

y objetivamente peligrosos para causar el mal que se teme. Debe considerarse aquí cual es el objeto de protección en los delitos patrimoniales de coacción. Si, como lo señalamos, además de los intereses patrimoniales, el único bien jurídico contra el que necesariamente se atenta es la libertad de actuación, es irrelevante que esta se vea afectada por un instrumento verdaderamente apto para causar un mal o inadecuado para ello. La única idoneidad que debe tomarse en cuenta es la que tiene relación con la incidencia en la autodeterminación de la víctima.¹³⁸

3.4.3. Toma de postura

Ahora bien, acoplando lo traído a colación en los párrafos precedentes al respecto del *bloqueo de la víctima*, resulta necesario enfatizar los paralelos sustanciales en los cuales se configuran distintas modalidades delictivas, propias ellas por sus elementos del tipo penal en particular (robo y extorsión), mismas diferenciaciones que ya han sido esbozadas en párrafos precedentes, siendo en síntesis la continuidad del tiempo (para el robo) y el intervalo del mismo (para la extorsión) con el fin de obtener una ventaja patrimonial para el autor. Sin embargo, tal aporte nos ayuda a profesar que efectivamente, al realizar o desarrollar las circunstancias propias de la amenaza que permite el *bloqueo o reacción de la víctima*, esta se desenvuelve o descarga en un lapso temporal mínimo como se ha mencionado, por tanto, resulta insostenible que mediando tal se le sea exigible al común de los mortales logre abstraerse de las circunstancias que en la que se encuentra in situ al momento del hecho reprochable penalmente, donde la amenaza va acompañada de un objeto/instrumento usado por el autor del hecho ilícito, máxime si se tiene en consideración lo aportado por lo que en la doctrina española se ha denominado como el “*hombre medio*”, resultando por ello que, no es exigible la necesidad de un peligro concreto y real, y, si tomar mucho en consideración el análisis aportado del *bloqueo de la víctima*, sin llevarlo al plano netamente subjetivo, pues como se ha desarrollado, en la *competencia por el hecho* del autor conlleva objetivamente a la exteriorización de una conducta por parte del agente (uso de arma aparente) que, lógicamente a ninguna persona en promedio le permitirá obtener la veracidad de tal anuncio, por la intensidad en la que se desarrollan los hechos. Sin embargo, dicha temporalidad es la que se levanta y se arraiga para no desbordar el análisis propio del tipo penal de robo hacia su forma agravada, toda vez que lo fundamental se encuentra en que al usar un arma aparente se logra

¹³⁸ PINEDO SANDOVAL, Carlos. *Ob cit.*, p. 279 – 280.

el bloqueo de la víctima, vulnerando y lesionando el patrimonio y la libertad en sus dos vertientes, ello a partir de la teoría de las lesiones a los bienes jurídicos desarrollada ut supra.

Ahora bien, paralelamente SALINAS SICCHA¹³⁹ concluye que el uso de arma aparente se subsume en la agravante en análisis hasta por tres argumentos:

1. **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 fogeo, 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 fogeo 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 poner resistencia la víctima, le pincho la vista izquierda, haciéndole en consecuencia inútil para su función natural en el futuro.
2. **Segundo**, el empleo de arma (blanca, de fogeo 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 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 (2003:76) sostiene que es el efecto intimidante del arma lo que se levanta como un elemento calificante, con muchas más valía que la peligrosidad o eventual lesión de otros bienes distintos al patrimonio.
3. **Tercero**, 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 ponga resistencia.

¹³⁹ SALINAS SICCHA, Ramiro. *Ob cit.*, p. 146.

Consideramos, que SALINAS SICCHA confunde el camino, en función de los tres argumentos expuestos (1,2 y 3), toda vez que reiteramos alude a un criterio desbordante para el análisis sub examine de la agravante bajo estudio. En primer lugar expone que dicho objeto puede ser utilizado como arma contundente, generando como ha señalado un *traumatismo encéfalo – craneano*, sin embargo obvia y no toma en cuenta el denominado *principio de especialidad o subsidiariedad* en las agravantes, donde una modalidad agravada subsume a la menos gravosa, ello en consideración que el tratamiento que expone y desarrolla el código penal ubica a la lesiones leves por encima de la agravante “a mano armada” y aún más si se infirieran lesiones graves, lo cual en su momento dependerá de un aporte técnico propio de los soportes coadyuvantes dentro de las investigaciones a cargo de la autoridad correspondiente. Por otro lado, le otorga al efecto intimidante más valía sin generar un panorama o soporte para ello, siendo que a modo de crítica aparece a todas luces una posición netamente subjetivista, con lo cual optamos por respetar lo expuesto y aportado por SALINAS SICCHA, empero no compartiendo tales consideraciones al respecto del uso de armas aparentes y menos su clasificación como elementos de valoración para levantarse como calificante del tipo de robo: “a mano armada”.

Con respecto a lo desarrollado por SALINAS SICCHA concernientemente al autor en su ejecución delictiva, es necesario acotar que el autor es *competente* por el estado de debilitamiento psicológico de la víctima al haber proferido contra esta una *amenaza* que, a los ojos del destinatario promedio puesto en la situación concreta de la víctima, resulta *verosímil*.¹⁴⁰

Sostener que la idoneidad de la amenaza típica de un delito de coacción patrimonial se fundamenta, necesariamente en la creación de un *peligro concreto* o en su *veracidad*, implica pasar por alto que la amenaza de un delito contra la libertad no constituye solo un medio para restringir la libertad, sino que *debe* colocar a la víctima en una situación de falta de libertad. El ladrón que, aprovechando la oscuridad o estado de indefensión de la víctima, y utilizando un arma de juguete “amenaza” con dispararle si esta no le entrega el dinero, es *competente* por la falta de libertad de la víctima. Como explica JAKOBS: “La amenaza detrae la libertad a la víctima solo cuando le cercena una alternativa de comportamiento que jurídicamente tenía libremente garantizada”; y ello, precisamente, se cumple en el ejemplo señalado.

Precisamente, y en lo que respecta a las amenazas fingidas en el robo, la jurisprudencia mayoritaria española, en coincidencia con las conclusiones aquí asumidas,

¹⁴⁰ PINEDO SANDOVAL, Carlos. *Ob cit.*, p. 278.

siempre ha considerado que estos supuestos se subsumen bajo el tipo de robo simple. Por su parte, en Chile, una reciente línea jurisprudencial también ha arribado a las mismas conclusiones, tal como lo sostuvo, por ejemplo, el voto de mayoría de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel del 9 de Junio del 2000, ocasión en que se desvinculo de la tesis tradicional defendida por MERA FIGUEROA y aplicada jurisprudencialmente por KÜNSEMÜLLER LOEBENFLEDER.¹⁴¹

Por otro lado, no es necesario que la amenaza en los delitos de coacción patrimonial sea formulada únicamente mediante palabras, sino que también puede expresarse a través de *gestos o actos concluyentes* que, en el caso concreto, puedan interpretarse inequívocamente como el anuncio de un mal, v. gr., la exhibición de un arma, la orden de entrega de una cosa con tono intimidatorio concurriendo determinadas circunstancias, etc.¹⁴²

En resumen, podemos identificar cinco razones por las cuales el empleo de un arma aparente o una amenaza ficticia adquiere relevancia penal, levantándose y configurando el tipo básico de un delito de coacción patrimonial, que para estos efectos es el robo simple (art. 188° del CPP) : 1) la lesión de la libertad como fundamento del injusto en los delitos de coacción patrimonial; 2) la *competencia por el hecho* como criterio rector de imputación, 3) el *acto de bloqueo* que realiza el autor, y que va dirigido hacia la víctima exacerbado por la circunstancia de temporalidad en la que se desarrollada la conducta, 4) la *idoneidad* de la amenaza en función de su verosimilitud; y 5) la no necesidad de *un peligro concreto* para la relevancia típica de la amenaza en los delitos de coacción patrimonial.¹⁴³

¹⁴¹ PINEDO SANDOVAL, Carlos. *Ob cit.*, p. 279.

¹⁴² OLIVER CALDERON, Guillermo. *Ob cit.*, p. 278.

¹⁴³ PINEDO SANDOVAL, Carlos. *Ob cit.*, p. 280.

Capítulo 4

Análisis del acuerdo plenario N° 5-2015/CIJ-116: Aportes y críticas

A propósito del AP N° 5-2015/CIJ-116 (*en adelante AP N° 5-2015*), la Corte Suprema de Justicia esbozo el desarrollo del mismo a raíz de considerar latente los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica englobados en la siguiente interrogante: *¿hay una necesidad desde la perspectiva político criminal de comprender las agravantes del robo el empleo en su comisión de armas de juguete, armas simuladas o armas descargadas o defectuosas?*

A partir de ello, y luego de haber realizado una revisión pormenorizada del mismo AP, es irremediable apreciar que efectúa una exegesis de manera poco acertada, toda vez que confunde criterios para concebir y arribar en la configuración de la agravante sin mediar argumentos sólidos de por medio. Asimismo, dentro del propio texto del AP es claro y objetivo el aporte brindado, empero si bien la balanza se inclina para el plano de lo paradójico generando mayor confusión, es aprovechable los datos aportados en un extremo del mismo, los cuales procederemos a plasmar de la siguiente forma.

4.1. Aspectos positivos

El AP N° 5-2015 parte de un tema controversial que se venía reflejando dentro de todo el territorio nacional, ello en virtud de que las diversas cortes de la jurisdicción peruana generaba la incertidumbre que debería ser resuelta prima facie por el AP en cuestión.

Ahora bien, es identificable que como se ha mencionado en un extracto del presente trabajo, el actuar delictivo y su constante cambio es un banco de pruebas que se presenta en la realidad cotidiana, y que los jueces deberían dar solución a través de sus resoluciones, siendo estas últimas las que han generado incertidumbre por tener pronunciamientos contradictorios. Es así, que la Corte Suprema peruana ha recopilado datos estadísticos y objetivos como engrane primigenio para la construcción del precitado AP, reconociendo que:

*En la actual situación de inseguridad ciudadana se aprecia que los robos concurren 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 (...), sin generar paradojas ni impunidad.*¹⁴⁴

¹⁴⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, *Acuerdo Plenario N° 5-2015/CIJ-116*, cit., fs. S 1.6.

Es de resaltar que hoy existe variedad de objetos no letales que tiene una característica de arma de fuego como las denominadas armas neumáticas, airsoft y paintball que tiene la apariencia de un arma de fuego autentica sin serlo; encendedores que copian la forma de un arma de fuego (...), ello se puede apreciar en los cuadros de fuente policial contenido en los anexos 01 y 02 (ver final).

Según la información consolidada emitida por la 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 el 1 de enero hasta el 31 de agosto del 2015 se incautaron 11 armas de fuego y 29 armas de fuego inoperativas. Se eleva por tanto el empleo de elementos con apariencia de arma, en particular y por sus características a las de fuego, usadas para facilitar y perpetrar los robos, reduciendo o anulando la resistencia de las víctimas.¹⁴⁵

Como se puede observar, el AP aporta cifras estadísticas de la consecución del actuar ilícito del agente en el delito de robo con el uso de un objeto que en apariencia se asemeja a un arma de fuego o sus similares.

Por otro lado, comulgando ambas posturas tanto el AP como la posición en el presente trabajo, optamos por la tesis de que el delito en el tipo base (robo) es de característica de ser pluriofensivo, tal y como se ha esbozado ut supra. Sin embargo, es lamentable, desde nuestra observación y análisis que lo aportado de manera positiva por la Corte Suprema sean conceptos y contornos ya desarrollados en la doctrina y que no conlleven los mismos una connotación de relevancia jurídico penal a efectos de realizar un camino que conduzca a esgrimir si el uso de armas aparentes configura lo contemplado en el inciso 3 del artículo 189° del CPP. Por el contrario desarrolla una postura dentro de un tópico errado desde nuestra perspectiva, mismos fundamentos equívocos que pasaremos a analizar ahora mismo.

4.2. Inconsistencias de la corte suprema en el desarrollo del análisis de la agravante “a mano armada” en el delito de robo

Avocaremos un focalizado pronunciamiento desde una posición cuestionadora, motivo por el cual llevaremos a cabo un análisis crítico y pormenorizado de cada uno de los fundamentos vertidos por la Corte Suprema y que consideramos equívocos, llegando al punto de que, los fundamentos vertidos y las conclusiones a las que arriba en el AP son

¹⁴⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, *Acuerdo Plenario N° 5-2015/CIJ-116, cit., fs. S 1.6, tercer párrafo.*

insostenibles y presentan una total incongruencia; destacando como colofón de dicha revisión la poca sintonía que existe entre los fundamentos vertidos y expuestos.

4.2.1. Inadvertida inclinación por una perspectiva subjetiva del AP N° 5-2015

Aunque la Corte Suprema nunca nos lo dice de manera expresa, ella misma se encarga de dejar bastante en claro que adopta una *perspectiva subjetiva*. Así, en varias partes del AP N° 5-2015 se refiere críticamente a la “perspectiva o postura objetiva”, a la cual descalifica por cuanto considera que, al ignorar los efectos psicológicos producto de la agresión y la especial posición intimidatoria del agente, no resuelve dogmáticamente el problema y genera paradojas. En ese sentido, cuando la Corte Suprema expone su posición sobre el tema buscando resaltar la existencia de *un elemento subjetivo de tendencia distinto al dolo*, en el agente, y el trauma psíquico o daño, en la víctima, ya no queda ningún espacio para dudar que nos intente presentar su perspectiva como una *perspectiva subjetiva*. Sin embargo, ¿es la posición de la Corte Suprema realmente *subjetiva* –en contraposición a la, así denominada por ella misma, *perspectiva objetiva*? Veamos según la Corte Suprema:¹⁴⁶

Desde la perspectiva objetiva el fundamento de la agravante “a mano armada” reside en el peligro que para la vida, la integridad o la salud del sujeto pasivo o de 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 de la libertad efectivamente sufre la víctima y la facilidad para la comisión del ilícito y para asegurar su impunidad.

Por otra parte, según la *perspectiva subjetiva* que pretende defender –y oponer a la *perspectiva objetiva* arriba señalada –la Corte Suprema dice:

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 utiliza, a lo que se agrega el concepto de alevosía, que expresa en el empleo de armas, se funda en la ventaja derivada de los efectos del temor, situación con la que se cuenta el asaltante para lograr su objetivo ilícito que como es claro tiene una expectativa fundamentalmente patrimonial (....). El agente se prepara y cuenta con los efectos del temor de distinta intensidad que generara

¹⁴⁶ PINEDO SANDOVAL, Carlos. *Ob cit.*, p. 282.

según la víctima (elemento subjetivo de tendencia distinto al dolo); es claro que no habrá un trauma psíquico en todos los casos, pero el temor al daño se hallara siempre.

A saber, de lo arribado por la Corte Suprema en los fundamentos traídos a colación, es inevitable advertir que en el AP se efectúa y plasma una valoración de la agravante in comento en una diferencia cuantitativa (*intensificación de la conducta del agente reflejada en el efecto psíquico soportado por la víctima*) y no cualitativa, pues adopta una postura de la mayor intensificación que genera el agente al usar un arma aparente y sus efecto que conlleva en ello, inclinándose como se ha detectado por una *postura subjetiva* desde la perspectiva de la acción del agente.

Tal y como se trata en los tipos penales donde los medios comisivos son la violencia e intimidación, la gravedad de esos casos no puede determinarse mediante el miedo sufrido por la víctima sino por el peligro exteriorizado por la propia conducta. Es decir, si el fundamento de la agravación de la pena en los casos de agresión sexual se basa en la utilización de violencia o intimidación, para que la mayor pena sea proporcional debe existir una mayor gravedad del hecho punible y esa mayor gravedad del hecho punible viene dada por la mayor peligrosidad de la conducta exteriorizada por el sujeto activo al utilizar violencia o intimidación. Es decir, por la mayor peligrosidad puesta de manifiesto por el autor del hecho, y en este último caso no solo por lo que la víctima pudo o dejó de sentir.¹⁴⁷

Más allá de lo mal empleado de las etiquetas (subjetiva/objetiva) antes señaladas, la oposición “subjetivo – objetivo” que esgrime retóricamente la Corte Suprema resulta absolutamente refutable. Una acción de coacción mediante amenaza que logra constreñir la voluntad del coaccionado implica una lesión de su libertad. No es un resultado que tenga necesariamente una dimensión corporal, pero eso no lo hace menos objetivo. La coacción mediante amenaza es un fenómeno comunicacional y, en esa medida, una cuestión de sentido. En tanto sea intersubjetivamente reconocible, es una cuestión objetiva. La pretendida *perspectiva subjetiva* que defiende la Corte Suprema, en realidad no es tal, lo cual, fundamentalmente, se debe a dos razones básicas. Por un lado, el tratamiento penal del *temor al daño* que sufre la víctima de una amenaza fingida es un problema de *imputación objetiva* y, por otro, es precisamente la Corte Suprema quien sostiene, en el AP N° 5-2015, que la razón por la cual la *competencia* por ese *temor al daño* se traslada hacia el autor de la *amenaza*

¹⁴⁷ GONZALEZ GUERRA, Carlos M., *Delitos contra la libertad sexual – Delimitación de la intimidación o amenaza como medio coactivo*, Editorial B y F, Buenos Aires. 2015, p. 177

ficticia es en razón a una circunstancia de naturaleza *objetiva*, esto es, la *alevosía*¹⁴⁸, fundamento que consideramos cuestionable y que procederemos a efectuar un análisis crítico en el siguiente apartado.

4.2.2. Errónea interpretación del fundamento de la agravante: la alevosía como valor calificante y configurador

A posteriori, una vez desmenuzado y filtrado en un análisis *prima facie* el AP N° 5-2015, en ninguna parte del mismo se menciona siquiera mínimamente, cual es el sostén o fundamento de la agravante “a mano armada” prevista y sancionada en el inc. 3 del art. 189° del CP. Sin embargo, la Corte Suprema acoge el concepto de *alevosía* de forma errada o incorrecta, incurriendo en confundir el fundamento que sirve para hacer competente como autor del tipo base de robo simple mediante amenaza o intimidación, a quien reconduce su actuar delictivo empleando armas ficticias, **aparentes** o de fogueo para apoderarse del bien de la víctima, para utilizarlo como fundamento de la agravante “a mano armada”. Ambos fundamentos, se ubican en planos distintos, toda vez que el detrimento de patrimonio sufrido por la víctima en el robo simple mediante amenaza o intimidación con armas ficticias o aparentes, se determina en concluir quien es el *competente* por la lesión sufrida en el caso de la víctima, como se ha esbozado supra, para nosotros es el *acto de bloqueo* que conlleva el usar armas aparentes lo que hace competente al autor, empero para la Corte Suprema lo es la *alevosía*. Sin embargo, tal y como se ha desarrollado líneas previas dentro del presente trabajo, tal fundamento lo único que hace es caracterizar y ubicar tal plano dentro del robo simple.

Es de verse que nuestro análisis y observación no incurre en inconsistente pues tal fundamento de relevancia penal de la amenaza con armas ficticias centrado en la *alevosía* se puede apreciar de la siguiente manera en el AP N° 5-2015:

*Esa especial facilidad para la perpetración y aseguramiento de impunidad con que se broquela quien utiliza el arma aun cuando esta no sea apta para disparar por deterioro o falsedad, sea simulada o de juguete; genera un ámbito de diferencia con el delito de robo simple, en el cual el sujeto pasivo puede ejercer efectivamente resistencia ante un riesgo que no tiene la misma magnitud de la amenaza, que cuando se porta un arma.*¹⁴⁹

¹⁴⁸ PINEDO SANDOVAL, Carlos. *Ob cit.*, p. 283.

¹⁴⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, *Acuerdo Plenario N° 5-2015/CIJ-116, cit.,f.j. S 3.17, primer párrafo.*

Continuando en la misma línea de observación advertida dentro del AP N° 5-2015, reiterada que el fundamento de la relevancia penal de la amenaza o intimidación con armas ficticias o aparentes, es la *alevosía* induciendo tal concepto al campo de discusión sobre la correcta interpretación de la agravante “a mano armada”, en cuanto a ello:

*El amenazado con un arma de fuego (...), 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 lo que es consciente, e **importa un incremento del injusto y una mayor culpabilidad**-. Allí radica, pues lo alevoso como fundamento de esta agravante.¹⁵⁰*

La Corte Suprema a pesar del desconcierto de planos que vicia su raciocinio, infiere que la *alevosía* es el criterio que sirve para fundamentar la relevancia típica de las amenazas fingidas en los delitos de coacción patrimonial. Así señala:

*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.¹⁵¹*

La posición de la Corte Suprema basada en la *alevosía* resulta también criticable. Si la relevancia penal del empleo de armas ficticias como *amenaza* típica de *robo* se fundamentase en razón a la *alevosía* del autor, no podría sostenerse en ningún caso, sin vulnerar el *principio de inherencia*, la aplicación de la agravante genérica de *alevosía* prevista en el literal “f” del inc. 2 del art. 46 del CP. Si la *alevosía* fuese *inherente* al empleo de una amenaza con arma ficticia, y ese el fundamento que permite valorar el hecho como una *amenaza típica* de robo, se vulneraría el *principio de inherencia* contemplado en el inc. 2 del referido art. 46 del CP si se aplicase, además, la agravante genérica de *alevosía* prevista en el literal “f” del inc. 2 de la disposición normativa en mención. Ello supondría valorar dos veces un mismo hecho, infringiendo el principio *ne bis in idem*^{152 153}.

¹⁵⁰ *Ibidem.*, f.j. S 3. 13

¹⁵¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, Acuerdo Plenario N° 5-2015/CIJ-116, cit.,f.j. S 3.12, segundo párrafo. El resaltado es agregado.

¹⁵² CARO CORIA, Dino Carlos. **EL PRINCIPIO DE NE BIS IN IDEM EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL**. En https://www.ccfirma.com/wp-content/uploads/2017/11/El-principio_de_ne_bis_in_idem.pdf

Ahora bien, a tenor de lo que expone el artículo 46° del CP y lo que ello implica, que a su tenor profesa:

“Artículo 46. Circunstancias de atenuación y agravación

1. Constituyen circunstancias de atenuación, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes:

- a) La carencia de antecedentes penales;
- b) El obrar por móviles nobles o altruistas;
- c) El obrar en estado de emoción o de temor excusables;
- d) La influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible;
- e) Procurar voluntariamente, después de consumado el delito, la disminución de sus consecuencias;
- f) Reparar voluntariamente el daño ocasionado o las consecuencias derivadas del peligro generado;
- g) Presentarse voluntariamente a las autoridades después de haber cometido la conducta punible, para admitir su responsabilidad;
- h) La edad del imputado en tanto que ella hubiere influido en la conducta punible.

2. Constituyen circunstancias agravantes, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes:

- a) Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad;
- b) Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos públicos;
- c) Ejecutar la conducta punible por motivo abyecto, fútil o mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria;
- d) Ejecutar el delito bajo móviles de intolerancia o discriminación, tales como el origen, raza, religión, sexo, orientación sexual, identidad de género, factor genético, filiación, edad, discapacidad, idioma, identidad étnica y cultural, indumentaria, opinión, condición económica, o de cualquier otra índole."

: “El contenido material del ne bis in ídem implica la interdicción de la sanción múltiple por lo mismo, y a juicio de la doctrina mayoritaria rige cuando concurre la llamada triple identidad: de sujeto, hecho y fundamento. De modo semejante lo expresa el TC peruano, en la sentencia antes citada señala que “En su formulación material, el enunciado según el cual, «nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho», expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de Derecho. Su aplicación, pues, impide que una persona sea sancionada o castigada dos (o más veces) por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento”.

¹⁵³ PINEDO SANDOVAL, Carlos. *Ob cit.*, p. 286.

- e) Emplear en la ejecución de la conducta punible medios de cuyo uso pueda resultar peligro común;
- f) **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 participe;**
- g) Hacer más nocivas las consecuencias de la conducta punible, que las necesarias para consumir el delito;
- h) Realizar la conducta punible abusando el agente de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función;
- i) La pluralidad de agentes que intervienen en la ejecución del delito;
- j) Ejecutar la conducta punible valiéndose de un inimputable;
- k) Cuando la conducta punible es dirigida o cometida total o parcialmente desde el interior de un lugar de reclusión por quien está privado de su libertad o se encuentra fuera del territorio nacional;
- l) Cuando se produce un daño grave al equilibrio de los ecosistemas naturales;
- m) Cuando para la realización de la conducta punible se han utilizado armas, explosivos o venenos, u otros instrumentos o procedimientos de similar eficacia destructiva.
- n) Si la víctima es un niño o niña, adolescente, mujer en situación de especial vulnerabilidad, adulto mayor conforme al ordenamiento vigente en la materia o tuviere deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente o si padeciera de enfermedad en estado terminal, o persona perteneciente a un pueblo indígena en situación de aislamiento y contacto inicial."

La Corte Suprema olvida que lo contemplado y expuesto en el artículo precitado, sirve en cuestiones prácticas de carácter procesal para la determinación judicial de la pena, ello al ser un proceso por el cual el juez determina tras un proceso de razonamiento lógico, emite su pronunciamiento recaído en una sentencia que para efectos de la presente, tras el juicio de culpabilidad positivo, la pena conminada es condenatoria, se colocan sobre un “balanza” las circunstancias atenuantes y/o agravantes y la pena solicitada al condenado en la acusación fiscal. La aplicación del literal “f” del inc. 2 del art. 46, conduciría correctamente a la dosificación de la pena como una aplicación de una agravante genérica, y no como una agravante específica de un tipo penal de la parte especial del Código Penal, que para estos efectos es el robo. Es así, que todo ello avoca a un tratamiento de ubicar la pena concreta adoptando el sistema de tercios; cuestiones procesales que versan en otro plano de estudio que, sin embargo, no pretendemos resolver aquí.

Ahora bien, absurdamente es la propia Corte Suprema la que no se percata de que es ella misma la que viene generando tal incongruencia, quien de manera contradictoria nos intenta advertir:

*Hoy, el artículo 46.2.f, del Código Penal peruano¹⁵⁴, 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.¹⁵⁴*

En ese sentido, cabría preguntarse lo siguiente: si el fundamento del robo con armas ficticias está en la *alevosía*, concepto que según la Corte Suprema se encuentra definido en el inc. 2 del art. 46 CP, ¿tampoco podrían aplicarse, en aquellos casos, las agravantes previstas en los incs. 2, 3 y 7 del primer párrafo, y 2 del segundo párrafo del art. 189? En caso de aplicar estas agravantes, ¿se vulneraría la prohibición de doble valoración al valorar dos veces un mismo hecho bajo un único fundamento?¹⁵⁵

Lo que sí ha quedado bastante claro es que la propia Corte Suprema es la que, contrariamente a lo que ella misma busca advertirnos, está vulnerando de modo flagrante la prohibición de doble valoración, al utilizar un único fundamento para valorar dos veces el mismo hecho (utilización de amenaza con armas ficticias). Así, la Corte Suprema recurre al concepto de la *alevosía* para fundamentar, inconscientemente, la relevancia típica del empleo de armas ficticias como robo simple y también, consciente pero equivocadamente, su propuesta de interpretación de la agravante “a mano armada”. Consideramos que, de mantenerse el criterio jurisprudencial del AP N° 5-2015, la aplicación del inc. 3 del primer párrafo del art. 189 CP infringirá el principio *non bis in diem*, porque si la *amenaza* se produjo como consecuencia de la utilización *alevosa* de armas ficticias, estas ya han sido “usadas” al cometer el delito, por lo que volver a fundamentar en ello, primero, la tipicidad del hecho y, luego, la agravación, supondría castigar dos veces la misma cosa. Ahora bien, cabría preguntarse si esta *doble valoración* por parte de la Corte Suprema podría conllevar

¹⁵⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, *Acuerdo Plenario N° 5-2015/CIJ-116*, cit.,f.j. S 3.14, *tercer párrafo*. El resaltado es agregado.

¹⁵⁵ PINEDO SANDOVAL, Carlos. *Ob cit.*, p. 287.

también a una *triple valoración* en caso de que se pretenda aplicar el inc. 2 del art. 46 CP o alguna de las otras agravantes del robo previstas en el art. 189 CP.¹⁵⁶

Es necesario distinguir, por tanto, dos tipos de fundamentos en la problemática del empleo de amenazas con armas ficticias. Por una parte, el fundamento de su relevancia típica (como delito de robo simple), esto es, de la *competencia* del autor por la lesión del patrimonio de la víctima; y, por otra, el fundamento específico para la correcta interpretación y aplicación de la agravante “a mano armada” prevista en el inc. 3 del primer párrafo del art. 189 CP. Con respecto a lo primero, la Corte Suprema sostiene, si bien tan solo intuitivamente, que el fundamento está en la *alevosía*. Nosotros, en cambio, preferimos utilizar como fundamento *la competencia en virtud del acto de bloqueo que padece la víctima*, a quien por esa razón no se le puede exigir el superar tal situación de tener que contar obligatoriamente con la *verosimilitud* de la amenaza. Este *acto de bloqueo* que lleva a cabo el autor de una amenaza ficticia, puede o no concurrir conjuntamente con alguna circunstancia de *alevosía*. Por ejemplo, podría ser común que el autor *se aproveche de la oscuridad de la noche* (inc. 1 del primer párrafo del art. 189 CP) para *bloquear* el acceso por parte de la víctima a la realidad, quien debido a la oscuridad se ve obligada a contar con la *verosimilitud* de la amenaza. Del mismo modo, podría suceder que el autor hingue por la espalda a la víctima con un plumón de colorear mientras que otro sujeto aprovecha tal estado de pánico para apoderarse de sus pertenencias (inc. 4 del primer párrafo del art. 189 CP), etc.¹⁵⁷

Ahora bien, la *alevosía* no necesariamente tiene por qué concurrir en todos los casos. La sola apariencia del objeto *v. gr.*, juguete, con características de arma de fuego, la sola exhibición del arma que en realidad esta descargada, etc., son hechos que por sí mismos, en el contexto concreto, obligan a una víctima estándar a tener que contar con la *verosimilitud* de la amenaza y, de ese modo, tolerar el desapoderamiento o coadyuvar a ello con sus propias manos. Incluso, es la propia Corte Suprema quien intuye que, más que la *alevosía*, el fundamento para la relevancia típica de la amenaza con arma ficticia se encuentra en el *acto de bloqueo* que lleva a cabo el autor:¹⁵⁸

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 (...). Dicho de otra manera, con el empleo del

¹⁵⁶ PINEDO SANDOVAL, Carlos. *Ob cit.*, p. 287.

¹⁵⁷ PINEDO SANDOVAL, Carlos. *Ob cit.*, p. 288.

¹⁵⁸ PINEDO SANDOVAL, Carlos. *Ob cit.*, p. 288.

*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 (...).*¹⁵⁹

El agente que amenaza a la víctima con un arma ficticia para desapoderarla de sus bienes, infringe el *deber de distinción* que impone el art. 12 de la Ley N° 30299 y, con ello, *bloquea* el acceso al conocimiento de la realidad que en situaciones normales aquella podría tener (v, gr., si se hubiese cumplido, precisamente, con el deber de distinción). En ese sentido, a la víctima no se le puede imponer la exigencia de superar dicha situación. Incluso, si la víctima poseyese conocimientos especializados de distinción entre armas ficticias y reales, nos encontraríamos ante un *conocimiento especial* que, al no ser exigible a una víctima estándar, resulta superfluo para determinar la *competencia por el hecho*.¹⁶⁰

4.2.3. La política criminal como medio de justificación y soporte para configurar la agravante

Entendemos, como se ha desarrollado en líneas primigenias del presente, que la Política Criminal es el puente entre la norma y la sociedad, empero actualmente el precepto normativo que abarca los elementos facticos propios del robo y en su modalidad agravada (inc. 3 art. 189) en su momento por el legislador peruano, no insisto a determinar los alcances interpretativos de la norma, hasta llegado el momento que inspiro a la Corte Suprema por su parte y el desarrollo de presente trabajo de la nuestra. Panoramas donde se avizorara si el uso de un arma aparente recae dentro de los alcances de la agravación del tipo base de robo.

Muchas veces la Política Criminal pretende crear delitos con unas condiciones severas aumentando los alcances de una circunstancia fáctica dentro de los alcances de otro campo como lo es la agravación del tal conducta, ello tendrá acogida tal vez de manera positiva en un inicio en la sociedad, empero ello no significa que sea lo correcto pues no habrá un cambio significativo o no al menos en lo que la población espera, máxime si la Corte Suprema asume el rol necesario de pronunciarse en ello, en primer lugar por la existencia contradictoria de jurisprudencia dentro de las Cortes a nivel nacional y en según lugar por la coyuntura actual y latente que es: *inseguridad ciudadana*, tal y como se desprende del propio AP N° 5-2015:

¹⁵⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, *Acuerdo Plenario N° 5-2015/CIJ-116, cit.,f.j. S 3.13.*

¹⁶⁰ PINEDO SANDOVAL, Carlos. *Ob cit.*, p. 288 – 289.

*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 que se utilizan armas aparentes y armas de fuego inoperativas u otro tipo de objetos, replicas, de utilería o simuladas, se incrementa cada vez más y motiva que la judicatura de la Corte Suprema se pronuncie, determinando firmemente la connotación de aquel elemento agravatorio en su dimensión cabal, para aplicarse como decisión vinculante (...). 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 víctimas.*¹⁶¹

Al respecto es necesario acotar que políticamente podrá tener un impacto y réditos que seguramente se verá reflejado en satisfacción de la población o el ciudadano de a pie, apuntando el común denominador a que efectivamente se está haciendo algo para combatir este flagelo que atormenta como lo es la *inseguridad ciudadana*, máxime si el máximo órgano jerárquico como lo es la Corte Suprema toma dentro de sus fundamentos sustanciales la precitada realidad que afronta nuestra sociedad.

Sin embargo, si bien es importante una voluntad política *prima facie* por el legislador peruano, ello no puede escapar de ciertos enfoques, pues es necesario o hace falta estructurarla mejor, y en el caso de la Corte Suprema es imperioso aseverar que no se puede olvidar que la interpretación de la ley penal es función básica de la dogmática jurídica – penal, por tales motivos y en el desarrollo concatenado realizado por la Corte Suprema en este extremos existen por lo menos dos críticas:

1. En primer lugar, porque como bien lo ha advertido HURTADO POZO “invocar factores de política criminal, como la grave inseguridad pública y la frecuencia cada vez más grande con la que los delincuentes utilizan armas ficticias, de apariencia real, no es oportuna para justificar una cierta manera de interpretar la ley. Si bien la dogmática no puede prescindir de consideraciones políticas, no debe olvidarse que la interpretación de la ley es una función básica propia de la dogmática jurídico – penal y no de la política criminal. Si fuese lo contrario, la aplicación de la ley se convertiría en una mera decisión política rayana en la arbitrariedad del gobierno de turno.”¹⁶² Las circunstancias coyunturales invocadas por la Corte Suprema a lo

¹⁶¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, *Acuerdo Plenario N° 5-2015/CIJ-116*, cit.,f.j. S 1.6

¹⁶² PINEDO SANDOVAL, Carlos. *Ob cit.*, p. 292.

mejor podrían servir para que se modifique mediante el dispositivo legal correspondiente, el sentido o tenor de la norma contemplada en el Código Penal, lo cual consideramos lo más sano y correcto posible.

2. Teniendo en consideración el avance de la criminalidad, y que el factor delincencial se ha alzado a esferas y extractos avanzados de punición, formando parte los delincuentes muchas veces de organizaciones criminales. No es ajeno e inoficioso el exponer tal realidad, ya que si bien como algunos autores indican que para el común delincuente es exagerado que se abstraiga de las consideraciones que esgrime el uso de un arma propia o impropia, y para efecto del presente trabajo un arma aparente, se incide en el hecho que hoy en día dichos delincuentes forman parte de una organización criminal que en la mayoría de casos cuenta con un “*brazo legal*” como miembro de la estructura criminal en donde se asesora a los investigados a reconducir su accionar de tal manera e instruir de las conductas reprochables penalmente, por ello es insostenible lo que pretende apuntar la Corte Suprema, pues con ello y las circunstancias mencionadas en líneas anteriores, los delincuentes con el fin de asegurar su cometido y en función de que si usar armas aparentes o reales no existe distinción al momento de obtener penas extremadamente severas en la ley, decidan para asegurar sus fines de sustracción o delictuosos, utilizan armas verdaderas, reales y funcionales, con lo cual lograrían un efecto contrario indirectamente, logrando aumentar potencialmente la vulneración de los bienes jurídicos como lo son la integridad física y la vida de las personas, pues dentro del razonamiento del delincuente se infiere que da lo mismo usar un arma aparente que una real, pues la pena será la misma. Concluirían en utilizar mejor un arma de verdad para consumar su ilícito o emplearla en caso puedan ver perturbado su accionar ilícito, con las consecuencias que ello acarrearía y que hemos mencionado.
3. Por último, es necesario acotar que nada aborda lo expuesto en el párrafo precedente del tema de comunicación o valoración negativa o positiva de la norma, pues lo que se critica es el medio de interpretación que asimila la Corte Suprema y lo plasma mediante el AP N° 5-2015, del cual como se puede observar consideramos totalmente erróneo.

Conclusiones

Primera. El delito robo en el Perú viene siendo en gran escala el de mayor incidencia dentro de los ilícitos penales contemplados en el catalogo penal, pues ello se refleja en los resultados estadísticos aportados y brindados, apuntando todo ello en consecución de alcanzar un provecho económico indebido, donde las circunstancias fácticas en las cuales se despliega la conducta reprochable penalmente por el agente del delito hoy en día lo ha llevado a emplear instrumentos concretos que en apariencia se asemejan a uno real. Asimismo es necesario aportar que la apariencia en sí, a la que se refiere y versa el desarrollo del presente oscila y se asemeja a un arma de fuego, pues en mucho de los casos se emplean armas de juguete que por sus características a cualquier mortal le recrea la apariencia de una real.

Segunda. En la historia Codificadora del Perú, el legislador peruano desde el primer código penal ha incluido dentro de las formulas legislativas el uso y o empleo de “armas”, no habiéndose esforzado en esbozar un concepto que arraigara y despejara las paradojas que se ven hoy en día. Esta situación, de un mayor análisis no se advirtió en su momento, toda vez que la realidad del momento no lo necesitaba. Sin embargo, pese a que la esencia del derecho penal es mutante y está en constante transformación, no se ha tomado la iniciativa correcta para el tratamiento jurídico del empleo de “armas reales o simuladas” dentro de la configuración de la conducta delictiva, pese a encontrarnos en una época que a gritos lo solicita, máxime si la seguridad jurídica así lo demande, donde se podría tener una opción en función de lo desarrollado a manera de *lege ferenda*.

Tercera. En el análisis del tipo penal y específicamente de su forma agravada contemplada en el numeral 3 del artículo 189° del Código Penal, ha sido desarrollo de diversos conglomerados tanto por doctrinarios y últimamente por el cuestionado Acuerdo Plenario N° 5-2015/CIJ-116 emitido por la Corte Suprema de la Justicia del Perú, mismo que es cuestionado a nuestro criterio. Al respecto, es necesario aseverar que el AP precitado, no suma al análisis con una finalidad de aproximación, sino por el contrario crea mayor paradoja e incertidumbre por los fundamentos o bases en las que se apoya o sostiene, al momento de concluir su postura.

Cuarta. El delito de robo se ha concretado y coincidido que es de naturaleza pluriofensiva, y ello implica que en su estructura en sí, se vean afectados distintos bienes jurídicos, los cuales abarcarían un mayor incremento y o agravación de la conducta típica, dependiendo de la circunstancia fáctica en que se escenificó la conducta ilícita por parte del agente para la consumación del delito; entiéndase ello en las diferentes agravantes contempladas en el artículo 189° del Código Penal. Es así, que nos apoyamos en el sostén de que el delito de robo en su modalidad básica, vulnera y lesiona los bienes jurídicos de patrimonio y libertad de determinación patrimonial, siendo que los bienes jurídicos vida, intimidad personal, integridad física y otros se encuadran dentro de las agravaciones contempladas en la taxonomía expuesta del artículo 189° del CP. Al respecto, y siguiendo la línea del bien jurídico, hoy en día no se ha desarrollado más que a grandes rasgos tal plano dentro de los ilícitos penales. Continuando ello se tiene que el uso de armas aparentes no incrementa la lesión de ningún otro bien jurídico, pues tal conducta por parte del agente se subsume dentro del tipo base que es lesionar el bien jurídico libertad. Contrariamente, muchos doctrinarios y operadores jurídicos apuntan a sostener que el fundamento basilar es la percepción subjetiva de la víctima, sin intentar hacer un mayor análisis de la conducta efectuada en dirección de discernir cual es o cuales son los bienes jurídicos lesionados en el hecho en sí.

Quinta. Para muchos doctrinarios, operadores jurídicos y entre otros, sostienen que el arma aparente sin bien no opera desde la perspectiva propia de su funcionalidad o fin con la cual fue creada, apuntan su norte llegando a anclar su posición considerando muchas veces que tal arma aparente también se puede emplear como objeto contundente, lo cual produciría una lesión física o en un hipotético caso la pérdida de la vida. Ante ello, es necesario acotar que, si de darse tal circunstancias, pierde o carece de sentido seguir hablando de la agravante in comento, pues se estaría en otro terreno o plano de estudio, toda vez que conforme al principio de *inherencia o especialidad*, las agravantes contempladas en el artículo 189° conforme a la taxonomía en las que han sido expuestas las lesiones leves o graves subsumen a la agravante “*a mano armada*” bajo estudio.

Sexta. El AP asume que el uso de un “arma aparente” encuentra su soporte en la alevosía; empero resulta incongruente tal acotación por parte de la propia Corte Suprema, pues es ella misma quien indica que la alevosía se encuentra recogida en el literal “f” del inc. 2 del art. 46 del CP y, esta misma no es para agravar un delito base sino para efectuar un

análisis de tal circunstancia al momento de la determinación judicial de la pena llegado el momento procesal para ello. Ahora bien, la alevosía es de naturaleza objetiva, siendo que no puede tener el mismo tratamiento por analogía dentro del tipo penal de robo, pues ello no es posible. Asumir tal interpretación caería en insostenible, pues si bien dentro del CP la alevosía se esgrime como una agravación en el delito de homicidio, ello viene dado por *lege data*, con lo cual la alevosía se encuentra intrínsecamente dentro del tipo penal de robo simple.

Séptima. A través del AP N° 5-2015/CIJ-116 la Corte Suprema canaliza su postura en que el uso de un arma aparente configura la agravante contemplada en el numeral 3) del artículo 189° del CP, entregando con ello un sentido negativo – comunicativo, toda vez que permitiría incrementar exponencialmente la denominada “inseguridad ciudadana”. Ello debido a que, la conclusión que adoptaría el delincuente – agente, es que si usar un arma real va a tener la misma consecuencia jurídica (pena) que una aparente (juguete), optaría para ello en usar consecuentemente un arma real, en función de asegurar con mayor grado de probabilidad su provecho ilícito, teniendo en consideración que la pena para ambos tópicos será la misma.

Octava. Por último, luego de haber realizado el estudio del tema bajo análisis, consideramos que el empleo de armas aparentes dentro del delito de robo se subsume en el tipo base. Asimismo, se ha logrado advertir de manera pasajera que hasta el propio uso o empleo de un arma real, se subsumiría dentro del robo violento o intimidatorio (tipo base), plano advertido que no ha sido objeto de estudio, ni mucho menos pretendemos resolver aquí, *ergo*, sería un tema de *lege ferenda*. Sin embargo, quedara como tarea pendiente para un futuro estudio y análisis del tema a mayor profundidad, el cual avocaremos otro espacio y momento para su desarrollo.

Referencias bibliográficas

- AROCENA, GUSTAVO A. *Interpretación Gramatical de la Ley Penal*, Jurista Editores E.I.R.L, Lima 2006.
- BASADRE AYULO, JORGE. *“Historia del Derecho Universal y Peruano”*. Editorial Ediciones Legales, Lima, 2011.
- BERNAL CAVERO, JULIO G. *“Los delitos de Hurto y Robo”*. Editorial San Marcos, 1997.
- BRANDARIZ GARCIA, JOSÉ ÁNGEL. *El delito de robo con violencia o intimidación en las personas*, Editorial COMARES, Granada 2003.
- CASTAÑEDA SEGOVIA, MATEO. *El delito de tenencia ilegal de armas*. Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L Lima, 2009.
- CASTILLO ALVA, JOSÉ LUIS. *Jurisprudencia Penal 3: Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Republica*. Editorial Jurídica Grijley, Lima 2006.
- ¿Cómo se deben aplicar las circunstancias agravantes del delito de robo?, en *Actualidad Jurídica.*, Revista N° 269 (2016).
- DAMIANOVICH DE CERREDO, LAURA T. A. *Delitos contra la propiedad*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2000.
- DICCIONARIO PENAL jurisprudencial, en *Gaceta Jurídica & procesal penal*, Gaceta Jurídica S.A., 2009.
- DONNA, Edgardo A. *Delitos contra la propiedad*, Segunda Edición Actualizada, Rubinzal – Culzoni Editores, 2011.
- ESPINO PEREZ, JULIO D. *“Código Penal Concordado con la Constitución, los demás códigos y leyes vigentes y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”*, Editorial Jurídica. Lima, 1962.
- GARCIA CAVERO, PERCY. *Lecciones de Derecho Penal – Parte General*, Editora Jurídica Grijley, 2008.

GONZALEZ GUERRA, CARLOS M. *Delitos contra la libertad sexual – Delimitación de la intimidación o amenaza como medio coactivo*, Editorial B y F, Buenos Aires 2015.

HURTADO POZO, JOSÉ. “¿Cómo equiparar “mano armada” a “mano armada con arma de juguete?” del Anuario de derecho penal, Friburgo: Julio del 2016, disponible en línea: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/tribuna/tr_20160708_01.pdf (Consulta: 16 de Julio del 2018).

JAKOBS, GÜNTER/POLAINO NAVARRETE, MIGUEL/POLAINO-ORTS, MIGUEL. *Bien Jurídico, Vigencia de la Normal y Daño Social*. ARA Editores E.I.R.L., Lima, 2010.

LAJE ANAYA, JUSTO. *Atentados contra la libertad, robo con armas y otros delitos*, Alveroni Ediciones, 2005.

MUÑOZ CLARES, JOSÉ. *El robo con violencia o intimidación*, Tirant lo Blanch, Valencia 2003.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. *Introducción al Derecho Penal*. Bosch, Barcelona, 1975.

OLIVER CALDERON, GUILLERMO. *Delitos contra la propiedad*, Legal Publishing: Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2013.

PAREDES INFANZON, JELIO. *Robo y Hurto*, Gaceta Jurídica Editores Primera Edición, Lima, Noviembre 2013.

PAUCAR CHAPPA, MARCIAL ELOY. “El delito de organización criminal y banda criminal en el Perú”, en Actualidad Penal – Revista N° 31 (2017), p. 30.

PEÑA CABRERA FREYRE, ALONSO. *Derecho Penal Parte Especial – Tomo II*. Idemsa, Lima 2015.

PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1994.

PINEDO SANDOVAL, CARLOS. *La amenaza en los delitos de coacción patrimonial*, en Actualidad Penal, Instituto Pacifico, Revista N° 28 – Octubre 2016.

- REATEGUI SANCHEZ, JAMES. *“Tratado de Derecho Penal – Parte Especial”*. Editora y distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L., pp. 487 – 488.
- REATEGUI SANCHEZ, JAMES. *Manual de Derecho Penal – Parte Especial “Delitos contra la vida, contra el patrimonio y otros”*. Instituto Pacifico. Lima, 2015.
- REATEGUI SÁNCHEZ, JAMES/ESPEJO BASUALDO, CARLOS SAMUEL. *El delito de usurpación inmobiliaria en el Código Penal Peruano: aspectos sustantivos y procesales*. Grupo Editorial Lex & Iuris, Lima, 2016.
- REGIS PARDO, LUIZ. *Bien jurídico – penal y Constitución*. Editora Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 2003.
- ROJAS VARGAS, FIDEL. *Código Penal. Dos décadas de jurisprudencia*. Ara Editores. Lima, 2012.
- ROJAS VARGAS, FIDEL. *Estudios fundamentales de la parte general y especial*, Gaceta Penal & Procesal Penal, Junio 2013.
- SALINAS SICCHA, RAMIRO. *Delitos contra el patrimonio*. Instituto Pacifico. Lima, 2015.
- «Si el agente desposee patrimonialmente a otro con un arma ficticia, ¿comete robo agravado?», en *Actualidad jurídica*, N° 169, 2007, p. 132.
- TORRES AGUILAR, MANUE. Coordinación de la edición. *“Actas del XV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano”*. Diputación de Córdoba, Universidad de Córdoba, 2005.
- TOZZINI, CARLOS A. *Los delitos de robo y hurto*, Segunda Edición Actualizada, Ediciones Depalma Buenos Aires, 2002.
- VILCAPOMA BUJAICO, W. *La calificación del delito de robo agravado: Una problemática judicial por resolver*, Editora Jurídica Grjley, Lima 2003.