



**UNIVERSIDAD NACIONAL
PEDRO RUIZ GALLO**

ESCUELA DE POSTGRADO



MAESTRÍA EN DERECHO

**“LA RÉPLICA DE ARMA DE FUEGO COMO
AGRAVANTE DEL DELITO DE ROBO”.**

TESIS

PRESENTADA PARA OPTAR EL GRADO DE
MAESTRA EN DERECHO CON MENCIÓN EN
CIENCIAS PENAL

AUTOR:

Abog. NELLY CONSUELO CHAMBERGO BURGOS

ASESOR:

Dr. EZEQUIEL BAUDELIO CHAVARRY CORREA

**LAMBAYEQUE – PERÚ
2017**

LA RÉPLICA DE ARMA DE FUEGO COMO AGRAVANTE DEL DELITO DE ROBO

Abog. Nelly Consuelo Chambergó Burgos
AUTORA

Dr. Ezequiel Baudelio Chavarry Correa
ASESOR

APROBADO POR:

Dr. VÍCTOR RUPERTO ANACLETO GUERRERO
PRESIDENTE DEL JURADO

M.Sc. JUAN RIQUELME GUILLERMO PISCOYA
SECRETARIO DEL JURADO

M.Sc. SANTIAGO FRANCISCO DELGADO PAREDES
VOCAL DEL JURADO

LAMBAYEQUE - OCTUBRE DEL 2016

DEDICATORIA

*La presente investigación
se lo dedico a mi familia
quienes son mi orgullo y
motivación de superación.*

AGRADECIMIENTO

A DIOS: Por bendecirme con la hermosa familia que tengo.

A MI FAMILIA: Por confiar en mí, y siempre dispuestos a apoyarme en todas mi ideas y proyectos.

ÍNDICE

RESUMEN	8
ABSTRACT	9
INTRODUCCIÓN	10
I. ASPECTOS DE LA PROBLEMÁTICA	12
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	12
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	14
1.3. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA.....	14
a) En el mundo:.....	14
b) En el País:.....	19
c) En la Región.....	22
1.4. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO	22
1.5. OBJETIVOS.....	23
1.5.1. OBJETIVO GENERAL	23
1.5.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS	23
1.6. HIPÓTESIS.....	24
1.7. VARIABLES	24
II. BASES TEÓRICAS.	26
2.1. DERECHO PENAL, DELITO Y PENA.....	26
2.1.1. DERECHO PENAL.....	26
2.1.1.1. Concepto de Derecho Penal	26
2.1.1.2. El derecho penal como disciplina científica	26
2.1.1.3. Principios del Derecho Penal.	27
2.1.2. DELITO:.....	36
2.1.2.1. Concepto.....	36
2.1.2.2. Elementos.	37
2.1.2.3. Objeto del delito:.....	39
2.1.3. LA PENA	40
2.1.3.1. Concepto de Pena	40
2.1.3.2. Teorías de la Pena:	41
2.2. DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO.....	46

2.2.1. BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN EL DELITO ROBO AGRAVADO.....	46
2.2.2. DELITO ROBO A MANO ARMADA.	47
2.2.3. LA VIOLENCIA E INTIMIDACION EN EL DELITO ROBO A MANO ARMADA.....	49
2.3. ARMA, REPLICA DE ARMA DE FUEGO, ROBO CON RÉPLICA DE ARMA DE FUEGO.	52
2.3.1. Arma	52
2.3.1.1. Concepto.....	52
2.3.1.2. Clasificación de Arma.....	52
2.3.1.3. Réplica de Arma	53
2.3.1.3.1. Concepto.....	53
2.3.1.3.2. Análisis del delito de robo con réplica de arma.	53
2.3.1.3.3. Robo con réplica de arma en la legislación comparada.....	58
2.4. JURISPRUDENCIA.	63
III. MARCO METODOLÓGICO	68
3.1. DISEÑO DE CONTRASTACION DE HIPOTESIS.....	68
3.2. POBLACION Y MUESTRA	68
3.3. MATERIALES, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS PARA RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN.....	69
3.4. MÉTODOS Y PROCEDIMIENTOS PARA LA RECOLECCION DE DATOS.	70
3.5. ANALISIS ESTADISTICOS DE LOS DATOS.....	70
IV. RESULTADOS.....	71
V. CONCLUSIONES	77
VI. RECOMENDACIONES.....	79
VII. PROPUESTA LEGISLATIVA	81
7.1. Presentación:	81
7.2. Título:.....	81
7.3. Texto Normativo:	81
7.4. Exposición de Motivos.	83
7.5. Análisis Costo Beneficio.	90

7.6. Efecto de la vigencia de la norma sobre la legislación nacional..	91
VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	92
IX. ANEXOS.....	96
ANEXO N° 01: CUESTIONARIO.....	96

RESUMEN

El problema en que se centra la presente investigación se ha denominado: **“LA RÉPLICA DE ARMA DE FUEGO COMO AGRAVANTE DEL DELITO DE ROBO.”**.

Es relativa la protección de las personas víctimas de robos especialmente cuando han sido perpetrados con réplica de arma de fuego, situación que constantemente se ve realizado por sujetos que con mucha astucia comenten el ilícito penal utilizando una réplica de arma de fuego con la finalidad de no ser castigados con el tipo penal que le corresponde; siendo evidente la existencia de un vacío legal no regulado por nuestro ordenamiento jurídico penal.

En la presente investigación se ha realizado un análisis de las diferentes definiciones relacionados con la réplica de arma de fuego como agravante del delito de robo, asimismo se ha estudiado la normativa utilizando la exégesis de la normativa interna correspondiente, legislación comparada y la jurisprudencia.

La investigación tiene como objetivo principal: Formular una propuesta legislativa que modifique el artículo 189 inciso 3 del Código Penal, e incluya la utilización de la réplica de arma como agravante del delito de robo teniendo en consideración que al momento de la comisión de los hechos, la víctima no podría identificar si el arma es o no real, y que además el uso de una réplica de arma intimida y atemoriza a la víctima, por lo que se debería regular esta situación jurídica a fin de prevenir y sancionar estrictamente la ola delincencial que pretende aprovecharse de esta situación para lograr la impunidad.

Palabras Claves: Tipificación, agravante, delito, robo, replica de arma de fuego.

ABSTRACT

The problem in which the investigation is centered has been called: **"THE REPLICA OF FIREARMS AS AN AGRAVANTE OF THE CRIME OF THEFT."**

It is relative the protection of the victims of robberies, especially when perpetrated with replica of firearm, a situation that is constantly realized by subjects that very cunningly comment on the criminal offense using a replica of a firearm in order not to be Punished with the corresponding criminal type; Being evident the existence of a legal vacuum not regulated by our criminal legal system.

In the present investigation an analysis of the different definitions related to the replica of firearm as aggravating of the crime of robbery has been made, also the normative has been studied using the exegesis of the corresponding internal regulations, comparative legislation and the jurisprudence.

The main objective of the investigation is: To formulate a legislative proposal that modifies article 189 subsection 3 of the Penal Code, and include the use of the replica of weapon as aggravating the crime of robbery taking into consideration that at the moment of the commission of the facts, The victim could not identify whether the weapon is real or not, and that the use of a weapon replica intimidates and intimidates the victim, so that this legal situation should be regulated in order to prevent and punish strictly the crime wave that Seeks to take advantage of this situation to achieve impunity.

Keywords: Typing, aggravating, crime, robbery, replica of firearm.

INTRODUCCIÓN

El trabajo de Investigación que presentamos a continuación, tiene por objeto conocer y analizar el tema relacionado con el delito de robo cuando media la agravante de uso de arma de fuego considerando también “la réplica de arma de fuego como agravante del delito de robo.”, delito previsto en el artículo 189 inciso 3 del Código Penal, investigación que tiene como finalidad contribuir modestamente con los operadores de justicia, los abogados y todas aquellas personas que tengan interés en conocer los aspectos de dicho tema.

En este sentido la investigación ha sido estructurada del siguiente modo:

En el Primer Capítulo, hacemos mención a la Delimitación del problema, donde se establece la problemática, los objetivos de la investigación, la formulación interrogativa del problema y los antecedentes del mismo.

El Segundo Capítulo hacemos referencia al Marco Teórico, teniendo en cuenta I) PLANTEAMIENTOS TEÓRICOS, que está comprendido por una serie de conceptos básicos que se relacionan con la utilización de la réplica de arma de fuego en la comisión del delito de robo, II) NORMAS, que se analizarían como: a) La Constitución Política del Perú; b) Código Penal y III) JURISPRUDENCIA.

En el Tercer Capítulo, tenemos el Marco Metodológico, donde se encuentra la muestra de la investigación, los métodos e instrumentos que se utilizarán en la presente investigación.

En el Cuarto Capítulo, analizaremos estadísticamente los resultados de la aplicación de una encuesta a los operadores de justicia, como son Jueces y Fiscales Penales de la Provincia de Chiclayo.

En el Quinto Capítulo, se trata de las conclusiones a la que arribamos sobre la realidad analizada. En este capítulo se plantea, el resumen de las apreciaciones resultantes del análisis, en contrastación con las hipótesis;

En el Sexto Capítulo, proponemos las recomendaciones para contrarrestar la Problemática, teniendo en cuenta las apreciaciones y conclusiones resultantes del análisis que sirvieron para fundamentar cada parte las propuestas de solución al presente problema.

En el Séptimo Capítulo, se plantea una propuesta legislativa que modifica el inciso 3 del artículo 189 del Código Penal, en la que se considera “la utilización de la réplica de arma de fuego como agravante del delito de robo.

Es importante resaltar que con el presente trabajo de investigación nuestro objetivo no es arribar a conclusiones certeras e irrefutables, sino por el contrario, nuestra pretensión será satisfecha si el presente estudio constituye el punto de partida de un debate orientado a obtener la solución más adecuada posible de este problema.

La autora.

I. ASPECTOS DE LA PROBLEMÁTICA

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Desde algunos años la inseguridad ciudadana se ha incrementado debido al aumento de la delincuencia que las autoridades competentes no han logrado detener y cada día va cobrando más víctimas. Este aumento se refiere más que todo a la comisión de delitos contra el patrimonio, específicamente robos agravados.

Las cifras del Plan Nacional de Seguridad Ciudadana 2013-2018, elaborado por el Ministerio del Interior y publicado en el diario oficial El Peruano reflejan que la delincuencia ya no es una percepción, sino una realidad.

Las denuncias policiales por diversos delitos pasaron de 617 por 100 mil habitantes (2010) a 846 por 100 mil habitantes (2012). Es decir, hubo un alza de 37%.

Los robos se incrementaron en un 31% entre los años 2010 y 2012. Mientras que los hurtos (o arrebatos al paso) subieron en un 33% en el mismo periodo. Asaltos con armas de fuego crecieron de 4.5% a 7.5% en un año. Los delincuentes atacan en grupo y a diferentes horas del día.

Sin embargo actualmente se viene discutiendo si una réplica de arma de fuego también constituiría agravante del delito de robo. La Corte Suprema de Justicia del Perú, en el Recurso de Nulidad N° 2676-2012-Junín, condenó a tres sujetos por robar a una persona dentro de su vivienda, utilizando armas de fogeo. No obstante, la Sala Suprema estableció que no era posible la configuración de la agravante del “uso de arma de fuego”, ya que se consideró que el tipo exige que con dicho instrumento se ponga en peligro la vida, integridad física o la salud de las víctimas, lo cual no ocurrió en el caso materia de examen. No pueden considerarse tales las “armas” simuladas o inservibles, porque, con independencia de su mayor o menor parecido con

las reales, no pueden desencadenar nunca el peligro efectivo de lesión que la fundamenta

Al respecto, existen dos posiciones marcadas: 1) La de un sector de la jurisprudencia (anterior a la emisión de la Ejecutoria objeto de comentario) y 2) La de la doctrina mayoritaria. La judicatura consideró que el arma aparente cumple con el requisito exigido por el legislador ya que su uso provoca temor en la víctima, siendo ello suficiente para agravar la pena del delito de robo. De otro lado, la doctrina niega que el arma aparente sea típica de la modalidad agravada de robo ya que con su uso no se pone en peligro la vida o salud de la víctima.

El Recurso de Nulidad N° 5824-97-Huánuco, manifiesta que: “Un arma es todo instrumento real que incrementa la capacidad de agresión del agente y reduce la capacidad de resistencia de la víctima”. Asimismo, en la Ejecutoria Suprema recaída en el Expediente N° 5824-1997-Huanuco, se consideró que “tomando en consideración que un arma es todo instrumento real o aparente que incrementa la capacidad de agresión del agente y reduce la capacidad de resistencia de la víctima, de ninguna manera puede considerarse como circunstancia de robo simple el hecho de haber los encausados usado armas aparentemente inocuas”. Continuando en la línea de desarrollo, la Corte Suprema emitió la Ejecutoria Suprema en el expediente N° 2179-1998-Lima, donde señala “el concepto de arma no necesariamente alude al arma de fuego, sino que dentro de dicho concepto debe comprenderse a aquel instrumento capaz de ejercer efecto intimidante sobre la víctima, al punto de vulnerar su libre voluntad, despertando en esta un sentimiento de miedo”

La jurisprudencia nacional, se sustenta en la eficacia del arma al momento de producir un peligro real a la víctima, y la situación en la que se coloca a la víctima como es la intimidación.

Sin embargo, la doctrina nacional, se basa en el hecho de no producir

un peligro real a la víctima con el arma aparente, se inclina más por la finalidad que es el sustraer el bien y no coloca en riesgo la vida o la integridad física de la persona.

Por otro lado es necesario especificar esta situación jurídica en la norma penal, así como lo consideran otras legislaciones, como la argentina donde tipifican dicha situación en su artículo 166 inciso 2, de esta manera coadyuva al Juez a emitir una decisión más uniforme y de acuerdo al ordenamiento legal. En este sentido el Recurso de Nulidad N° 2676-2012-Junín no toma en cuenta que al momento de la comisión de los hechos, la víctima no puede identificar si el arma es o no es real, y que en el fondo, usar la réplica de arma intimida y aterroriza a la víctima.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿La utilización de la réplica de arma de fuego configura agravante del delito de robo?

1.3. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA

a) En el mundo:

Argentina:

Como antecedente señalamos el artículo científico: **PETEAN (2012) “¿Cómo deben concursar los delitos de robo con armas y la portación?”. Argentina**, que trata sobre la problemática en relación a los tipos penales del robo agravado por el uso de armas de fuego del artículo 166 inciso 2° y al de portación de armas de fuego de uso civil o de guerra, sin la debida autorización legal del artículo 189 bis, párrafos seis y siete del Código Penal, tiene como conclusiones las siguientes:

a) Para el caso en que se acredite con la certeza requerida, que el arma era portada por el sujeto con anterioridad al robo con arma, nos encontramos ante un concurso real, debido a que la portación cobra

independencia fáctica y pasa a ser un hecho escindible de la infracción posterior. En caso contrario, es decir, cuando exista la improbabilidad, la duda stricto sensu, y aún la probabilidad, debe aplicarse el in dubio pro reo (artículo 3° del Código Procesal Penal de la Nación Argentina).

b) La misma solución cabe, para el supuesto en que el arma sea portada por el agente con posterioridad al robo con arma, ya que recobra vigencia la prohibición afectando a otro bien jurídico. Cabe aclararse que entendemos que la portación es independiente al ilícito del artículo 166 inciso 2°, cuando este último se haya consumado, es decir, cuando el agente puede disponer materialmente del objeto sustraído, aunque sea por unos breves instantes.

c) En el caso en que coincidan material y temporalmente ambas figuras, es decir, el robo agravado por el uso de armas y la portación de dicha arma (sea de fuego o de guerra) sin la debida autorización legal, estaremos en presencia de un concurso aparente de tipos penales. En consecuencia debe aplicarse solamente la figura del robo con arma de fuego (artículo 166 inciso 2°). Dado que solo se ha infringido uno de los tipos penales aparentemente concurrentes.

Comentario de la autora

La investigación citada tiene mucha relación con la presente investigación considero que esta manera de tratar la agravante de robo con replica de arma de fuego y la portación o tenencia de estas, es acertada, por que de acuerdo a nuestro ordenamiento penal la tenencia de arma de fuego se subsume en la agravante del robo con uso de arma, es decir que no se considera de forma independiente la portación de arma de fuego, por cuanto forma parte del tipo penal. Sin embargo nada impediría que se aplique también el concurso real de delitos por que se estaría infringiendo dos tipos penales distintos, el de robo y el de tenencia ilegal de arma de fuego, claro están si es que el agente carece de autorización para portarla.

Como antecedente de la investigación el Artículo Científico: FIGARI (2010) “El concepto de arma de utilería.” Buenos Aires – Argentina, donde hace

una análisis a partir con la reforma introducida por la ley 25.882 (07/04/2004 B.O. 26/04/2004 – ADLA 2004 – C- 2851) en el art. 166 inc. 2º se ha establecido un sistema escalonado punitivo que va de mayor a menor. En efecto, si el robo se cometiere con armas la pena indicada es de cinco a quince años; si el arma utilizada fuera de fuego la escala penal se aumenta en un tercio del mínimo y un tercio del máximo y finalmente si se cometiere con un arma de fuego cuya actitud para el disparo no pudiese tenerse de ningún modo por acreditada, o con un arma de utilería, la pena se disminuirá de tres a diez años de reclusión o prisión. Artículo que solamente va a abordar el análisis de este último concepto que ha traído bastantes conflictos referentes a su adecuada interpretación, llegando a las siguientes conclusiones:

- a) Antes de la reforma llevada a cabo por la ley 25.882 al art. 166 inc. 2º del Código Penal Argentino la doctrina y jurisprudencia era constante en afirmar que el empleo de un arma falsa o de juguete – de esta manera se denominaban – no se consideraba un agravante del robo sino que formaba parte de la violencia utilizada en el hecho, el cual se tipificaba como robo simple (art. 164 C .P.)
- b) A partir de los cambios introducidos por la mentada ley se incorpora el concepto de “arma de utilería”, parificándola con el arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo acreditada, se agrava el robo con una pena que va de tres a diez años de reclusión o prisión
- c) Tanto la doctrina como los mismos legisladores que intervinieron en el debate parlamentario se manifestaron en desacuerdo con el término empleado – “arma de utilería” – pues se prestaba a variadas interpretaciones
- d) Un sector doctrinario minoritario se apegó a las definiciones dadas por el diccionario en cuanto a los términos “utilería” y de “juguete”, lo cual obviamente desde ese punto de vista no significa lo mismo. La mayoría trata de superar dicha dicotomía y se enfoca en el carácter intimidante del objeto utilizado que lo caracteriza como armas falsas, simuladas,

imitativas, símil de armas y las equipara también a las de juguete.

e) Particularmente, adhiero a esta última posición con la aclaración de que más allá de cualquier distinción semántica, el objeto debe ser lo más cercano a la imitación de algo que es verdadero o real y que no se trate de algo burdo, fácil de detectar o advertir, por lo que existe una sutil diferencia entre la vulgar “arma de juguete” y el “arma de utilería”, pues ésta última requeriría mayor refinamiento en su confección para no entrar en el terreno de una grosera imitación que puede ser constatada hasta por el “hombre medio” y por consiguiente no podría constituir una agravante del robo.

f) Cuando la interpretación gramatical de las palabras utilizadas en las normas no conducen al objetivo deseado existen otros métodos de interpretación, como por ejemplo el teleológico, pero en todo caso bajo ningún concepto se debe incurrir en la analogía in malam partem, pues ello vulnera los principios fundamentales del derecho penal.-

g) El empleo del concepto de “arma de utilería” no está restringido solamente a las armas de fuego sino a todo tipo de armas, ya que la norma no distingue.

h) La defectuosa nomenclatura “arma de utilería” no autoriza a considerar que verdaderamente se trata de un “arma” tal como lo conceptúan los párrafos primero y segundo del art. 166 inc 2°. No obstante su poder intimidatorio, se trata de una réplica de “arma” o de un remedo de la misma o un artefacto muy similar a la verdadera, pero no es un “arma”.

Comentario de la autora

El presente artículo de cuyo autor Argentino tiene relación directa con el tema de investigación puesto que el autor analiza la utilización del robo agravado con arma aparente o de utilería, nombre utilizado en Argentina (en nuestro país lo llamamos réplica de arma), teniendo en cuenta sus propias normas, su propia doctrina, podemos hacer notar que este problema no solo se suscita en nuestro país sino también en Argentina. Lo que tiene la legislación argentina es que consideran dentro de su ordenamiento la tipificación del robo agravado con arma de utilería, en

cambio en la legislación peruana específicamente el Código Penal no considera la réplica de arma dentro de la agravante del artículo 189 inciso 3 que es el empleo de arma de fuego, por lo que deberíamos de tener en cuenta, así como en el Código Penal Argentino que se debería incluir esta figura a fin de evitar que la delincuencia se beneficie de esta situación para lograr la impunidad, ya que al encontrarse previsto en nuestro Código Penal, se estaría brindando mayor certeza y firmeza a los operadores de justicia al momento de resolver estos casos.

España:

Como antecedente de la investigación el Artículo Científico: Cerezo Mir J. (2010). “Delito de Robo con Violencia o Intimidación”, España, donde manifiesta que en España existe un delito específico tipificado que contempla el robo con violencia o intimidación en las personas, cuya pena es de entre 2 y 5 años de prisión (Artículo 242.1 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.). Además, la normativa contempla que cuando el robo se comete mediante el uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, la pena se debe imponer en la mitad superior (es decir, entre 3 años y medio y cinco años de prisión) – Artículo 242.2 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Comentario la autora

Tema que tiene relación indirecta con el trabajo de investigación puesto de que realiza un estudio del Delito de Robo con Violencia o Intimidación, y asimismo tiene como consideración conceptos doctrinarios que contribuyen no solo en doctrina sino también al análisis del tema. Además lo que tiene el trabajo citado en el ordenamiento español es que tratan el uso de esta figura y prohíben toda forma de violencia, acechanza o cualquier otra circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o la ponga en condiciones de desventaja para efectuar el robo, tratándolo de manera general, lo que en nuestro país especifica cada agravante y dentro de ella el robo a mano armada, debiéndose de

considerar al robo con arma aparente o mejor dicho réplica de arma, como situación que agrava el robo puesto de que tiene como finalidad disminuir las posibilidades de defensa de la víctima o ponerla en condiciones de desventaja.

b) En el Perú:

Lima:

Como antecedente señalamos el artículo: LOZA (2014) “Robo con Arma Aparente”. Lima – Perú), dentro del cual desarrolla las diferentes posturas respecto al robo con arma aparente y dentro del cual llega a las siguientes conclusiones:

La jurisprudencia nacional, se sustenta en la eficacia del arma al momento de producir un peligro real a la víctima, y la situación en la que se coloca a la víctima como es la intimidación.

Sin embargo, la doctrina nacional, se basa en no producir un peligro real a la víctima con el arma aparente, se inclina más por la finalidad que es el sustraer el bien y no coloca en riesgo la vida o la integridad física de la persona.

En el Recurso de Nulidad n° 2676-2012-Junín no se toma en cuenta que al momento de la comisión de los hechos, la víctima no puede identificar si el arma es o no es real, y que en el fondo, usar el arma de juguete intimida a la víctima, en tanto se debe tener en cuenta el temor al cual es sometido la víctima.

Comentario de la autora:

Todo ello se relaciona directamente con el presente trabajo de investigación puesto que contribuye a eliminar esas discrepancias doctrinales respecto a la utilización de una réplica de arma en el delito de robo agravado, es decir si se considera a una réplica de arma una forma agravada en el delito de robo.

Como antecedente de la investigación el artículo: CUMIZ. & HUMAN (2009) “Concurso aparente entre la tenencia de arma y el robo con arma”. Revista del Instituto de Estudios Penales. Lima - Perú) que se relaciona con el tema de investigación puesto que hace un análisis del tema planteado desarrollando una serie de conceptos como robo simple, robo agravado, tenencia de armas, concurso aparente de delitos ,que contribuye no solo en doctrina sino también en el análisis del tema. Extrayéndose los siguientes conceptos:

Robo simple: Se configura el delito cuando el agente se apodera ilegítimamente de un bien mueble, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra con la finalidad de obtener un provecho económico y haciendo uso de violencia y amenaza.

Robo agravado: Es muy fácil estar confundido por el gran número de términos legales que se usan en las salas de juzgado. El robo agravado es un delito grave y uno de los más serios de las quejas de robo.

Tenencia de Armas: La tenencia de armas, se vincula a disponer de armamento. La ley estipula las condiciones para poseer armas: aquella persona que viola las normas, estará incurriendo en un delito por tenencia ilegal de armas.

Concurso aparente de delitos: se denomina a la situación en la cual las distintas leyes penales (tipos) concurren aparentemente. La aplicación de un tipo excluye la aplicación de otro (de ahí la diferencia con el concurso de delitos ya sea ideal o material).

Comentario de la autora

La investigación llega a la conclusión de que el delito de tenencia de armas es bastante vinculado con el delito de robo con arma, puesto de que en esta última figura jurídica subsume en algunos casos a la tenencia de armas, y donde se debería bajo un concurso aparente de delitos preferir la ley con la sanción más drástica. Ello se relaciona con la investigación puesto que realiza un análisis de la figura del robo, tipo penal que también

es analizada en la presente investigación.

RAMOS LINARES J. (2012) “Análisis comparativo del hurto y robo en la Doctrina Nacional”. Arequipa – Perú), dentro del cual desarrolla las diferentes posturas respecto al delito de hurto y robo y dentro del cual llega a las siguientes conclusiones:

La doctrina discute la cuestión, a nuestro criterio no pueden quedar dudas de que el robo es una figura calificada del hurto, con la cual se encuentra en relación de género a especie.

El robo, pues, es un hurto agravado por la violencia que se ejerce como fuerza en las cosas o como violencia sobre las personas, o sea por los medios perpetrados para lograr el apoderamiento o consolidarlo. Por lo tanto, los principios expuestos a propósito de la acción del hurto son aquí plenamente válidos.

Prácticamente puede decirse que las razones de agravación del robo atañen a dos órdenes de motivaciones legislativas: en el primer grupo se contemplan agravantes que toman en cuenta los resultados que la acción violenta del agente produce sobre las personas; en el segundo se exponen los casos en que las agravantes tienen presente la mayor indefensión de los objetos, sea por los medios o los modos de comisión, por el lugar, por la mayor actividad del agente dirigida a superar defensas predispuestas o a colocar al sujeto pasivo en situación de indefensión, por el aprovechamiento de circunstancias personales que dificultan la protección de las cosas, etcétera.

Comentario de la autora

Todo ello se relaciona directamente con el presente trabajo de investigación puesto de que realizan un análisis doctrinario de estas dos figuras jurídicas que tienen como bien jurídico el patrimonio, tanto el hurto como el robo son figuras jurídicas bastantes relacionadas y que es importante establecer su diferencia y similitud, contribuyendo para la investigación en aportes doctrinarios que coadyuvan a esclarecer todo lo

relacionado al delito de robo, como en su agravantes.

c) En la Región Lambayeque.

No existen antecedentes, por lo que esta tesis sería el primer estudio realizado específicamente en el Departamento de Lambayeque.

1.4. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO

La presente investigación pretende realizar un estudio con respecto a la utilización de la réplica de arma de fuego para cometer el delito de robo y que ello se incluya en la agravante del artículo 189 inciso 3 del Código Penal Peruano. Sin embargo, es menester precisar que el trabajo de investigación no se limitará a una mera descripción o desarrollo de la norma en análisis, sino realizaremos un estudio crítico del instituto en referencia, empezando por cuestionar la normatividad relacionada con este tema, asimismo la justificación está constituida también por proponer una solución tendiente a coadyuvar a que los operadores jurídicos califiquen y sancionen adecuadamente cuando se presenten casos de robos utilizando una réplica de arma de fuego.

Cabe precisar que la presente investigación permitirá a los operadores del derecho fortalecer el criterio jurídico, analítico y metodológico, a comprender y desarrollar de una manera integral los conceptos relativos al delito de robo agravado a mano armada empleando una réplica de arma de fuego y solucionar de alguna manera las discrepancias doctrinarias respecto a esta problemática.

También se pretende establecer algunos alcances respecto a los criterios utilizados por la doctrina y la jurisprudencia en el tratamiento del delito de robo mediante el “uso de arma de fuego” y la posibilidad de que las armas aparentes o réplicas cumplan con las exigencias normativas de la agravante.

Para finalizar, la presente investigación será conveniente porque contribuirá a una mejor aplicación de la norma (artículo 189 inciso 3 del Código Penal) y por consiguiente de la pena que se merece el autor del hecho delictivo, ya que se viene observando que el artículo objeto de análisis no contiene un hecho que en la realidad se viene suscitando. Así mismo este vacío legal en el artículo 189 del código Penal Peruano, viene siendo de gran beneficio para el actor del hecho punible, cuando utiliza una réplica de una arma de fuego para delinquir a fin de no ser condenado con la pena que debería corresponderle.

1.5. OBJETIVOS

1.5.1.OBJETIVO GENERAL

Formular una propuesta legislativa que incluyan en el artículo 189 inciso 3 del Código Penal, la utilización de la réplica de arma de fuego como agravante del delito de robo, considerando que al momento de la comisión de los hechos, la víctima no podría identificar si el arma es o no es real, y que el uso de la réplica de arma de fuego intimida a la víctima e infunda temor lo cual posibilita que el imputado cumpla su finalidad de sustraerle bienes del agraviado, por lo que se debería regular esta situación fin de prevenir y sancionar estrictamente la ola delincuencia que se quiere aprovechar de esta ocasión.

1.5.2.OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Describir la problemática de la utilización de la réplica de arma de fuego como agravante del delito de robo.
- Resumir los planteamientos teóricos, normas, jurisprudencia y legislación comparada referida a la utilización de la réplica de arma de fuego como agravante

del delito de robo.

- Analizar y criticar las diferentes jurisprudencias y doctrinas relacionadas al uso de la réplica de arma de fuego como agravante del delito de robo, para poder proponer recomendaciones y lineamientos tendientes a coadyuvar a la solución del problema.
- Plantear una fórmula legal que regule la utilización de la réplica de arma de fuego como agravante del delito de robo en el Código Penal Peruano.

1.6. HIPÓTESIS

La utilización de las réplicas de armas de fuego deben ser consideradas dentro de la agravante “**mano armada**” en el delito de Robo tipificado en el artículo 189 inciso 3, siempre que la utilización de estas genere un efecto intimidatorio en la víctima y producto de ello se genere un apoderamiento o sustracción de un bien mueble.

1.7. VARIABLES

VARIABLES	INDICADORES	SUB INDICADORES	ÍNDICES	TÉCNICAS
La utilización de la réplica de arma de fuego.	La intimidación que causa la réplica de arma fuego en la víctima.	La confusión jurisprudencial respecto a si la utilización réplica de arma fuego se debe considerar como una agravante del robo.	Discrepancia teórica y jurisprudencial en la calificación del delito de robo con replica de arma de fuego	Estadísticas Encuestas Observación Análisis documental Fichaje

Agravante del delito de robo.	Sustracción del patrimonio ajeno utilizando como medio intimidatorio la réplica de arma de fuego.	La calificación de la utilización de una réplica de arma como una agravante del robo.		
-------------------------------	---	---	--	--

II. BASES TEÓRICAS.

2.1. DERECHO PENAL, DELITO Y PENA.

2.1.1.DERECHO PENAL

2.1.1.1. Concepto de Derecho Penal

Peña Cabrera (2008) en su libro “Derecho Penal: Parte Especial”, señala:

El derecho penal es aquella parcela del ordenamiento jurídico-publico, privativa de la sanción publica más grave, esto es, la pena como reacción jurídico penal que recae sobre aquel infractor que mediante un actuar culpable ha lesionado o puesto en peligro bienes jurídicos penalmente tutelados.

ROXIN, Claus (1997), en su libro “Derecho Penal Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito” afirma que:

“El Derecho penal se compone de la suma de todos los preceptos que regulan los presupuestos o consecuencias de una conducta conminada con una pena o con una medida de seguridad y corrección”.

“El derecho penal tiene como misión la protección de la convivencia humana en la comunidad. El Orden social depende de que no se quebrante el orden Jurídico en cuanto las proposiciones jurídicas se dirigen a garantizar el orden así establecido”.

2.1.1.2. El derecho penal como disciplina científica

Peña Cabrera (2008) en su libro “Derecho Penal: Parte Especial”, señala:

El derecho penal como toda ciencia jurídica necesita de un método

exegético que lo legitime en una función interventora, y sobre todo, que le proporcione soluciones coherentes y racionales, pues, la conflictividad social que se produce como efecto inmediato del delito, es un problema humano, en tal sentido, la ciencia jurídico-penal debe elaborar soluciones humanas, al ser la pena la especie de naturaleza pública más grave con la que se puede gravar los bienes jurídicos de un ciudadano en el marco del Estado de Derecho.

2.1.1.3. Principios del Derecho Penal.

A. El principio de legalidad:

Al respecto NÚÑEZ, Arturo (2007), en su libro “Derecho Penal” señala:

Oficializada la persecución penal, ésta se extiende al Ministerio Público y a los funcionarios de la policía, en base a que la promoción de la persecución penal constituye un poder. La “*notitiacriminis*” provoca la reacción necesaria que viabiliza la decisión judicial. Pero, lo destacable es que una vez iniciada la persecución penal, no es posible suspenderla ni interrumpirla o hacerla cesar, salvo en el modo y forma previstos en la ley procesal penal.

Bajo esta premisa es inadmisibles cualquier criterio de oportunidad por conveniente o utilitario que fuere. No hay autorización para dejar de lado la persecución penal, ante el conocimiento de la comisión de un hecho delictuoso.

En consecuencia, MAIER, Julio (1989), en su artículo “Principios del Derecho Penal” refiere:

En principio, la renuncia al ejercicio de la persecución penal, o el desistimiento de la acción intentada; todo acuerdo o transacción con el imputado, sólo está permitido, ordinariamente, en el ámbito del derecho privado y también en el derecho público (con excepciones)

por parte de los órganos de persecución penal; cualquier funcionamiento del Principio de autonomía de la voluntad es nulo, pues los poderes que ejerce el Ministerio Público son meramente formales.

NÚÑEZ, Arturo (2007), en su obra “Doctrina Penal”:

El principio de Legalidad Procesal, según la doctrina más actualizada, “ha conceptualizado a la legalidad como la automática e inevitable reacción del Estado a través de órganos predispuestos”. A este Principio se lo enuncia simplifícadamente diciendo que todo delito de acción pública debe ser ineludiblemente, investigado, juzgado y castigado y por igual compromiso de esfuerzos estatales.

De la manera en que ha sido interpretado en nuestro derecho, el Principio de Legalidad Procesal impone a los órganos estatales correspondientes el deber de promover la persecución penal en todos los casos en que se tenga conocimiento de la posible comisión de un hecho punible. El mismo principio exige que, una vez promovida la persecución penal, ésta no se pueda suspender, interrumpir o hacer cesar.

El Principio de Legalidad Procesal implica que la promoción de la acción penal constituye un imperativo para el Ministerio Público. Este imperativo se funda en presupuestos de dudosa validez y, además, produce consecuencias prácticas particularmente negativas.

Dos de sus presupuestos, según algunos autores, se sustentan en las teorías absolutas de la pena, por un lado, y en el principio de igualdad ante la ley; como también, en el principio de legalidad sustantivo, por el otro. El último presupuesto del principio de legalidad consiste en la errónea creencia de que resulta posible, prácticamente, guiar a los órganos de persecución para que apliquen el derecho penal de forma igualitaria y en todos los casos.

La aplicación del Principio de Legalidad, por lo demás, contribuye al desarrollo regular de prácticas de la justicia penal completamente ilegítimas. La persecución penal obligatoria, al no permitir distinción alguna en el tratamiento de los casos penales, satura la justicia penal y contribuye a determinar un proceso de selección manifiestamente irracional. En consecuencia, el Principio opera como un serio obstáculo para racionalizar la política de persecución penal estatal.

Otra consecuencia negativa del principio de legalidad procesal, consiste en el hecho de que éste exige, con independencia de las circunstancias particulares del hecho, la imposición necesaria de la sanción penal como única alternativa para la solución del caso. De esta manera, el principio impide dar un tratamiento distinto a la respuesta punitiva, aun cuando todas las circunstancias del caso así lo recomienden. Al mismo tiempo, la aplicación necesaria de la respuesta sancionatoria deja de lado toda consideración de los intereses y necesidades de la víctima del delito.

FEUERBACH citado por COBO & VIVES (1999) en su libro “Derecho Penal – Penal General” señala:

El principio de legalidad en su doctrina de la coacción psíquica. Para él; *“toda pena jurídica, pronunciada por el Estado es consecuencia de una Ley fundada en la necesidad de conservar los derechos exteriores y que contiene la amenaza de un mal sensible frente a una lesión del Derecho”*. Y no puede ser sino *“consecuencia de una Ley”*, puesto que el fin de la amenaza penal es evitar las lesiones del derecho, por medio de la intimidación de todos aquellos que podrían cometer tales lesiones y mal podría intimidar a la generalidad una amenaza penal que no hallase clara, y públicamente, establecida por medio de la Ley.

NÚÑEZ, Arturo (2007), en su obra “Doctrina Penal”:

El Principio de legalidad se encuentra vinculado al carácter retributivo de la pena, en boga en la teoría absoluta de la pena estatal: el castigo como mal que se aplica a quien ha obrado mal. Como se ve, el fin utilitario no parece prominente, llámese prevención especial o prevención general. Precisamente con la aparición de las teorías utilitarias, para legitimar las penas, el principio de legalidad pierde piso filosófico e ideológico; por contrapartida, insurge la utilidad con la aspiración de dar fundamento legitimante a la pena y acordarle un fin, es decir, la llegada auspiciosa del Principio de Oportunidad.

B. El Principio del debido Proceso y el Juez Natural:

NÚÑEZ, Arturo (2007), en su obra “Doctrina Penal”:

Se puede definir como el conjunto de condiciones jurídicas de carácter formal y sustancial que necesaria e indudablemente deben cumplirse para asegurar el adecuado procesamiento judicial de una persona. Plantea la composición de un conjunto de derechos para el justiciable y un cúmulo de obligaciones para el Estado.

Según TICONA, Víctor (1995), en su libro “Análisis y Comentarios del Código Procesal Civil” sostiene que:

Es un derecho fundamental, natural o humano que tiene por facultad el exigir del Estado un juzgamiento imparcial y justo, ante un juez responsable, competente e independiente; pues el Estado no solo está obligado a proveer la prestación jurisdiccional (cuando se ejercitan los derechos de acción y contradicción) sino proveerlas bajo determinadas garantías mínimas que aseguren tal juzgamiento imparcial y justo; por consiguiente, es un derecho esencial que tiene no solamente un contenido procesal y constitucional, sino también un contenido

humano de acceder libre y permanente a un sistema judicial imparcial.

La institución del Derecho que “identifica los principios y presupuestos procesales mínimos que debe reunir todo proceso penal. Por lo demás, la observancia del debido proceso legal es una garantía reconocida a nivel **supranacional**. En efecto, la Declaración Universal de Derechos Humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la contemplan de manera explícita. Es de esta forma que el debido proceso es conocido también en la doctrina como el proceso justo, es una garantía constitucional y un principio procesal, donde todo justiciable tiene derecho a la defensa, con pleno respeto de las normas procesales establecidas.

Dentro de este principio se dan principios que informan al debido proceso, entre estos tenemos:

B.1. EL JUEZ NATURAL:

Según LANDA, César (2003), en su obra “Teoría Constitución de Derecho Constitucional” refiere:

El derecho al juez natural constituye “una garantía de independencia e imparcialidad del juez frente a los demás poderes públicos e implica: a) la unidad judicial que supone la incorporación del juez al Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, b) el carácter judicial ordinario que significa la prohibición de crear tribunales y juzgados de excepción ni para judiciales y; c) la predeterminación legal del órgano judicial, por la cual solamente mediante ley del Congreso se puede crear cualquier órgano jurisdiccional; para concluir señalando que en última instancia del derecho al juez natural se infiere el derecho al juez imparcial”.

B.2. COMPETENCIA DEL JUEZ:

NÚÑEZ, Arturo (2007), en su obra “Doctrina Penal”:

Como se sabe, la Constitución concibe al Poder Judicial como una organización integrada por una pluralidad de Órganos Jurisdiccionales, todos los cuales ejercen la potestad jurisdiccional. Sin embargo, en atención a esa configuración pluriorgánica resulta imprescindible instituir criterios para la institución de las causas. Ibáñez & García citado por Núñez (2007) explica que estos criterios o reglas son los que se llaman *criterios competenciales*, que, al señalar para un supuesto determinado un órgano jurisdiccional con exclusión de los demás, produce a la vez un derecho y un deber en el Juez al momento de impartir justicia, y en las partes, los correlativos de solicitarla de él en cada caso, lo que entraña la competencia del Órgano Jurisdiccional.

El fin práctico de la competencia consiste, por tanto, en distribuir los procesos entre los diversos jueces instituidos por la ley; entre ellos ha de repartirse la tarea judicial, dividiendo el conjunto de asuntos en distintos grupos para asignarlos a unos u otros jueces.

Según MARCONE citado por NÚÑEZ, Arturo (2007), en su obra “Doctrina Penal”:

La competencia no tiene una extensión absoluta; está limitada en el ámbito civil por la materia, el lugar y la cuantía. En este sentido la competencia significa la facultad y el deber del ejercicio de la jurisdicción. El requisito de la competencia exige, para el desarrollo de un proceso, no solo que intervenga un órgano perteneciente al orden jurisdiccional al que esté legalmente atribuida la materia en litigio, sino, además, que este órgano sea, entre todos los órganos jurisdiccionales, el que tiene asignado, frente a los demás, el conocimiento del asunto. La competencia, pues, estará abstractamente

representada por el conjunto de los asuntos en que pueda intervenir el juez de que se trata.

Todos los jueces poseen la facultad de ejercitar la función jurisdiccional, es decir, la de resolver conflictos e incertidumbres jurídicas. Sin embargo, no todos pueden dirimir la totalidad de las controversias por ser de diversos tipos. Es por eso que a cada juzgador o grupo de ellos la ley ha dispuesto una serie de reglas para determinar que procesos podrán resolver. En consecuencia, la competencia significa distribuir y atribuir la jurisdicción entre los diversos jueces. Resulta necesario señalar las diferencias entre jurisdicción y competencia. La jurisdicción es aquella facultad de administrar justicia, mientras que la competencia es la capacidad de ejercitar dicha función jurisdiccional en los conflictos ya determinados. En la medida de la competencia que poseían los jueces ejercen su jurisdicción.

C. El principio de Prohibición de la Analogía :

No se podrá aplicar a un caso que no esta previsto en la ley una norma que no le corresponde.

Esta prevista en el Artículo III del Título Preliminar del Código Penal, y artículo 139 inc. 9 de la Constitución Política del Perú .

D. Principio de Lesividad :

La pena necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley. Contenido en el artículo VI del Título Preliminar del Código Penal y art. 2 inciso 24 literales b) y d) de la Constitución Política del Perú.

E. Principio de Responsabilidad Penal o de culpabilidad:

La culpabilidad puede ser entendida bajo 2 vertientes 1) en sentido amplio, expresa presupuestos que permiten “culpar a alguien por el evento que motiva la pena: Tales presupuestos afectan a todos los requisitos del concepto de delito; 2) en sentido estricto, se refiere

solo a una parte de tales presupuestos del delito, es decir , a los que condicionan la posibilidad de atribuir un hecho antijurídico a su autor.

F. Principio de Subsidiaridad :

Es la ultima ratio o extrema ratio, implica que solo debe recurrirse al Derecho Penal cuando los demás medios de control social son incapaces. Significa que ante un evento que podría resistir caracteres de delito , primero deberá recurrirse a los otros medios de control social como el Derecho Civil o administrativo.

G. Principio de Fragmentariedad :

Señala que el Derecho Penal va a tutelar intereses que son de importancia para la sociedad. Toda conducta que ocasione una lesión a ciertos bienes jurídicos va a ser merecedora de intervención punitiva, sino únicamente, cuando lesione bienes jurídicos importantes. De ahí, que el derecho penal no proteja a todos los bienes jurídicos sino los bienes jurídicos de contenido penal.

H. Principio de Proporcionalidad de la Pena:

Señala que la pena impuesta debe ser proporcional al delito cometido. Para la imposición de una pena se necesita 1) que el delito se haya cometido a Título de dolo o culpa y que se establezca la culpabilidad del autor.

I. Principio de igualdad ante la ley:

El artículo 2° inciso 2° de la Constitución Política del Perú de 1993 considera la igualdad como derecho fundamental y señala que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley. Facultad de las personas para exigir ser tratados de igual modo que aquellos que se encuentran en la misma situación.

J. Principio de humanidad de las Penas:

Con este principio se pretende reducir la violencia estatal aplicando las penas bajo criterios razonables y adecuando las penas a la humanidad del hombre

- **PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.** Es la facultad que tiene el Ministerio Público, de abstenerse del ejercicio de la acción penal o solicitar el sobreseimiento bajo determinados requisitos.

ROXIN, Claus (1997), en su libro “Derecho Penal Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito” señala:

Define al Principio de Oportunidad como “aquél que permite al Fiscal elegir entre accionar o archivar cuando la investigación ha puesto de manifiesto que el acusado ha delinquido con una probabilidad rayana en la certeza”. Este autor conceptúa el Principio de Oportunidad relacionándolo con el Principio de Legalidad. Tal relación es de excepción y, de esta manera. "El Principio de Oportunidad es la contraposición teórica del Principio de Legalidad, mediante la que se autoriza al Fiscal a optar entre elevar la acción o abstenerse de hacerlo; es decir, archivando el proceso, cuando las investigaciones llevadas a cabo conduzcan a la conclusión de que el acusado, con gran probabilidad, ha cometido un delito".

NÚÑEZ, Arturo (2007), en su obra “Doctrina Penal”:

Por estos casos, a pesar de que existe un hecho delictuoso con autor determinado, el ejercicio de la acción penal se extingue por acto distinto de una sentencia, sustentado en los criterios de falta de necesidad de la pena o falta de merecimiento de la misma, todo ello con el fin de solucionar en parte el grave problema de sobrecarga procesal y congestión penitenciaria.

El fundamento del Principio de Oportunidad se encuentra en la escasa relevancia social de la infracción. En tal caso, no existe un interés colectivo en la persecución, de modo que el conflicto puede muy bien resolverse entre los sujetos de la relación procesal, sin que intervenga el órgano judicial.

2.1.2.DELITO:

2.1.2.1. Concepto.

CASTILLO, José (2002) en su obra “Principios de derecho penal parte general” explica que:

El delito es una conducta típica, antijurídica y culpable. Los niveles de análisis son tipo, antijurídica y culpabilidad. Estos distintos elementos del delito están en una relación lógica necesaria .Solo una acción u omisión puede ser típica, solo una acción u omisión típica puede ser antijurídica y solo una acción u omisión antijurídica puede ser culpable.

ROXIN, Claus (1997), en su libro “Derecho Penal Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito” señala:

“Acción (manifestación de la personalidad), típica (“nullum crimen”), antijurídica (soluciones sociales de conflictos), culpable (necesidad de pena, más cuestiones preventivas) y que cumple otros eventuales presupuestos de punibilidad”.

El delito es una conducta humana individualizada mediante un dispositivo legal (tipo) que revela su prohibición (típica), que por no estar permitida por ningún precepto jurídico (causa de justificación) es contraria al orden jurídico (antijurídica) y que, por serle exigible al autor que actuase de otra manera en esa circunstancia, le es reprochable (culpable).

2.1.2.2. Elementos.

A) Tipicidad.

Según BUSTOS, Juan (2005) en su obra “Obras Completas Tomo I Derecho Penal Parte General” señala que:

Se denomina tipicidad al encuadramiento o adecuación de la conducta humana en un tipo penal. Cuando la ley describe el homicidio diciendo «el que matare a otro [...]», el tipo está constituido por el hecho concreto de matar a otro. La tipicidad nace del principio de legalidad, según el cual, todos los delitos provocados por la acción u omisión voluntaria del sujeto, deben estar regulados por la ley.

En el tipo se incluyen todas las características de la acción prohibida que fundamentan positivamente su antijuridicidad.

El tipo es una figura que crea el legislador haciendo una valoración de una determinada conducta delictiva. Se puede decir que es una descripción abstracta de la conducta prohibida. Es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva, que tiene por función la individualización de las conductas humanas penalmente relevantes.

B) Antijuricidad

Según BUSTOS, Juan (2005) en su obra “Obras Completas Tomo I Derecho Penal Parte General” señala que:

La antijuridicidad es aquel desvalor que posee un hecho típico contrario a las normas del Derecho en general (no sólo al ordenamiento penal). Es lo contrario a Derecho, por lo tanto, no basta que la conducta encuadre en el tipo penal, se necesita que esta conducta sea antijurídica, considerando como tal, a toda aquella definida por el ordenamiento, no protegida por causas de justificación.

La antijuridicidad precisamente radica en contrariar lo establecido en la norma jurídica. Para que sea delictuosa, la conducta ha de ser típica, antijurídica y culpable. La antijuridicidad es otro de los elementos estructurales del delito.

Se le puede considerar como un "elemento positivo" del delito, es decir, cuando una conducta es antijurídica, es considerada como delito. Para que la conducta de un ser humano sea delictiva, debe contravenir el Derecho, es decir, ha de ser antijurídica.

C) Culpabilidad

MUÑOZ & GARCÍA (2004), en su obra “Derecho Penal. Parte General” señalan que:

Bajo la categoría de la culpabilidad, como tercer elemento del concepto de delito se agrupan aquellas cuestiones relacionadas con las circunstancias específicas que concurrieron en la persona del autor en el momento de la comisión del hecho ya calificado como típico y antijurídico. Se trata del elemento del delito en el que la persona del autor se relaciona dialécticamente con el detentador del ius puniendi (estado)

Es común definir la culpabilidad como la reprochabilidad de un acto típico y antijurídico, fundada en que su autor, en la situación concreta, lo ejecutó pudiendo haberse conducido de una manera distinta, es decir, conforme a Derecho. Algunos códigos penales, como el de Paraguay de 1998 llegaba a hacer desaparecer el término "culpabilidad" que era sustituido por el de reprochabilidad. Sin embargo, la doctrina española pone de manifiesto como el término reprochabilidad se asocia al reconocimiento de la existencia del libre albedrío, algo imposible de probar en el caso concreto (Gimbernát Ordeig), por lo que desde teorías preventivas de la pena se propugna su sustitución por la idea de motivabilidad o de exigibilidad (de la Cuesta Aguado).

2.1.2.3. Objeto del delito:

A. Objeto material.

Según BUSTOS, Juan (2005) en su obra “Obras Completas Tomo I Derecho Penal Parte General” señala que:

Es la persona o cosa sobre el que cae de manera directa el daño producido por el delito perpetrado.

Cuando existe identidad entre la persona con el sujeto pasivo, ya sea como persona física o moral, por tanto, en una misma figura coinciden el objeto material con el objeto jurídico. Por ejemplo, en el homicidio coincide el sujeto pasivo como persona física que directamente recibe la agresión y por ende, es el objeto del delito y a su vez es también el objeto material del mismo dado que se le privó de la vida.

Ahora bien, cuando el daño recae directamente sobre una cosa, el objeto material lo será ésta. Por ejemplo, en el delito de daños el objeto material del delito será la cosa que se dañó, deterioró o destruyó.

B. Objeto jurídico.

Es el interés jurídicamente tutelado por la ley. Esto es, que todos los bienes inherentes al hombre son protegidos por el Estado a través de la ley. Por ejemplo, en el delito de homicidio el objeto material lo es la persona física y el objeto jurídico será la vida. Todos los delitos están jurídicamente protegidos

2.1.3.LA PENA

2.1.3.1. Concepto de Pena

ROXIN, Claus (1997), en su libro “Derecho Penal Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito” señala:

El vocablo "Pena" es sinónimo de "castigo", en general indica el dolor, el sufrimiento que se inflige a quien ha violado un mandato. "Su carácter esencial de la actividad, una pena no afectiva seria y es una verdadera contradictio in terminis" la palabra "pena", deriva del latín poena y del griego poiné, denota el dolor físico y moral que se impone al trasgresor de una ley.

Existen diversos conceptos en la doctrina que tratan de definir la pena, sin poder llegar a un acuerdo, así tenemos a PEÑA, Raúl (1997), sostiene que:

En definitiva, la pena es un mal jurídico con que se amenaza a todas las personas, y aplicado, precisamente, a los que delinquen, en calidad de retribución del acto delictivo cometido, pero con el fin de impedir la comisión de delitos.

ANTOLISEI, Francesco (1988), en su obra “Manual de Derecho Penal – Parte general” señala:

“la pena es el sufrimiento conminado por la ley e irrogado por la autoridad judicial mediante un proceso a quien viola un mandato de esa misma ley”.

La pena, es una consecuencia jurídico-penal del delito, que deviene en la más importante junto a la medida de seguridad” o, también puede conceptuarse como “una privación o restricción de bienes jurídicos

establecida por la ley e impuesta por el órgano jurisdiccional competente al autor que ha cometido el delito.

2.1.3.2. **Teorías de la Pena:**

ROXIN, Claus (1997), en su libro “Derecho Penal Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito” señala:

La exposición clásica sobre el fundamento o contenido, así como de los fines que se ha convenido en dar a la pena, a lo largo de la historia, ha llevado a los doctrinarios a plantear un análisis acerca de la justificación de la imposición de la pena.

A) Teorías Absolutas:

ROXIN, Claus (1997), en su libro “Derecho Penal Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito” señala:

A ésta teoría también se le conoce con el nombre de **Teoría de la Retribución o de la justicia**, otorgando a la pena el sentido de una retribución justa, al imponer al delincuente una pena que le corresponde según su grado de culpabilidad. El pensamiento común que caracteriza estas teorías es el de juzgar a la pena como una consecuencia necesaria e ineludible del delito, ya sea porque el delito debe ser reparado, ya porque debe ser retribuido.

“La pena necesaria sería aquella que produzca al autor un mal (disminución de derechos), que compense el mal causado libremente. La utilidad de la pena queda fuera del fundamento jurídico de la misma, siendo sólo legítima la pena justa, aunque no sea útil. En tal sentido, una pena útil, pero no justa carecería de legitimidad. En esta teoría la pena se libera de toda finalidad, y parte de su sustento descansa en el reconocimiento del Estado como guardián de la justicia

terrena y del conjunto de ideas morales vigentes en la sociedad, considerando la situación de libre albedrío en que se encuentra el ser humano, y por consiguiente, también su capacidad de auto determinarse”.

Entre los representantes más destacados de estas teorías se cita a Kant y Hegel citados por VIZCARDIO, Hugo (2001), en su obra “Derecho Penal – Parte General” señala que:

Siendo que a favor de éstas teorías se sostiene que logran impedir la utilización del condenado como fines preventivos generales. Pero en contra, se sostiene que carecen de fundamento empírico y que la supremacía del mal causado por el delito mediante la aplicación de una pena es ficticia, dado que, en realidad, el mal de la pena se suma al mal del delito.

De entre las teorías absolutas, tenemos:

- a) **Teoría de la Reparación:** Kohler citado por SOLER, Sebastián (1982) dice que:

“el dolor que la pena representa hace expirar y purificar la voluntad inmoral que hizo nacer el crimen, de manera que destruye la verdadera fuente del mal”

Estas doctrinas ven el mal en la voluntad determinada por motivos inmorales. Por lo tanto, la pena es una necesidad para llevar por el sufrimiento, a la moralidad, que es voluntad divina.

- b) **Teoría de la Retribución:** ROXIN, Claus (1997):

Las teorías absolutas que se basan en la retribución según parten de que el delito es un mal en sí mismo inaccesible y que es mediante la aplicación de la pena merecidamente es por la cual se retribuye,

equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido. A estas teorías se les distingue según que acuerden a esa retribución un fundamento religioso-político, moral o jurídico.

c) **Teoría de la Retribución Religioso - Político:** NÚÑEZ, Arturo (2007):

También llamada de la retribución divina: La pena aparece como el medio que tiene el Estado para reprimir la voluntad del sujeto trasgresor que dio origen al delito y que a la vez vulneró la ley suprema divina, por lo que la pena es una necesidad ineludible para mostrar un orden en la vida.

d) **Teoría de Retribución Moral:** El filósofo KANT citado por ROXIN, Claus (1997), sostiene que:

En la idea de nuestra razón práctica la trasgresión de la ley moral es algo “digno de pena” y que lo que es esencial que haya en toda pena, es justicia: “pues cuando perece la justicia, ya no tiene valor alguno que los hombres vivan sobre la tierra”. Agrega además que tiene que existir pena incluso si estos se disolvieran por cuanto: “deberá ser previamente ejecutado el último asesino que se encontrará en prisión, para que cada cual sufra lo que sus hechos merecen y la culpa de la sangre no pese sobre el pueblo que no ha sido exigido ese castigo”

e) **Teoría de la Retribución Jurídica:** Al respecto ANTOLISEI, Francesco (1988) señala que:

Esta teoría afirma que el delito es rebelión del particular contra la voluntad de la ley y como tal, exige una reparación que vuelva a ratificar la autoridad de Estado. Esta reparación es la pena. El filósofo Hegel citado por Antolisei (1988) asignó a esta doctrina una forma dialéctica, pues para él constituye el delito la negación del derecho-, la pena es la negación del delito, siendo la negación de una negación.

B) Teorías Relativas:

NÚÑEZ, Arturo (2007), en su obra “Doctrina Penal”:

Llamadas también **Teorías de la prevención**, al contrario de las Absolutas, sostienen que la imposición de una pena persigue como finalidad su utilidad. Para las teorías relativas la pena no es un fin sino que tiene un fin. En toda teoría relativa, la pena no se explica por un principio de justicia sino que su necesidad social la convierten en justa. Es un medio necesario para la seguridad social, o para la defensa social. Existen las siguientes teorías:

- a. Contractualista:** Este criterio proviene de **Rousseau** y se manifiesta a través de la obra de **Beccaria** quien afirma que el orden social es un derecho sagrado que sirve de base a todos los otros. Sin embargo, este derecho no viene de la Naturaleza, sino que se funda sobre convenciones.
- b. Teoría del Escarmiento:** Esta concepción suele presentarse vinculada con el falso supuesto de que el fin último de la pena consiste en la supresión del delito, idea que se ha mostrado funesta en la historia de la penalidad y constituyó fuente de repugnantes crueldades.
- c. Teoría de la Intimidación:** La teoría de la intimidación le atribuye a la pena la función de precaver los delitos mediante la eficacia intimidadora que le es inherente. Como consiste en un sufrimiento, está destinada a disuadir a los propensos a delinquir de que cometan acciones delictivas.
- d. Teoría de la Prevención:** A su vez puede ser:

d.1. Teoría de la Prevención Especial.- ROXIN, Claus (1997):

La pena apunta a la prevención que va dirigida al autor individual o prevención especial, que según **FRANZ VON LISZT**, su principal representante, puede actuar de tres formas:

- Asegurando a la comunidad frente a los delincuentes.
- Mediante el encierro de estos.
- Intimidando al autor, para que no cometa delitos y preservándole de la reincidencia mediante su corrección, que en el lenguaje técnico se denomina resocialización o socialización.

e. Teoría de la Enmienda o Correccionalista: NÚÑEZ, Arturo (2007):

La doctrina de la enmienda parte del presupuesto de que el delincuente, con su acto, ha demostrado que es propenso a cometer acciones delictuosas; a fin de prevenir su recaída en el delito hay que procurar que se arrepienta. La enmienda del reo es la verdadera función de la pena.

f. Teoría de la Defensa Indirecta de Romagnosi: SOLER, Sebastián (1999), sostiene que:

El carácter relativo de la doctrina se manifiesta en esta idea: "Si después del primer delito se tuviese una certeza moral de que no ha de suceder ningún otro, la sociedad no tendría ningún derecho de castigarlo". De modo que esa certeza en el sistema de Romagnosi es imposible.

g. Teoría Positivista: NÚÑEZ, Arturo (2007):

El fundamento de la justicia humana no está en ninguna razón trascendente, sino sólo en su necesidad biológica: es la defensa social regida por leyes naturales.

C) Teorías de la unión, mixtas o eclécticas:

SOLER, Sebastián (1999) en su obra “Derecho Penal Argentino”, señala:

Para estas teorías la pena cumpliría distintas funciones en las diferentes fases: mediante su previsión se perseguiría la prevención general intimidatorio; en el momento de dictar sentencia, la retribución; mediante su cumplimiento, la prevención general positiva y en la ejecución se tratarían de obtener los efectos de la prevención especial. Reconocer que al lado de la necesidad debe considerarse la utilidad, convierten a estas teorías en las de mayor difusión.

2.2. DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO

2.2.1. BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN EL DELITO ROBO AGRAVADO.

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

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

Este delito presenta entre sus **agravantes** la contenida en el inciso 3) del artículo **189° del Código Penal**, consistente en la configuración del **Robo a mano armada**, sancionando dicha conducta con una pena no menor de doce ni mayor a veinte años.

Galvez Villegas & Delgado Tovar, en su obra “Derecho Penal: Parte Especial”, manifiesta lo siguiente:

El bien jurídico tutelado en este tipo penal es el Patrimonio, que se ve afectado al despojar a la víctima de un bien mueble que es de su propiedad. La importancia de su determinación estriba en que suele confundirse el bien jurídico de este delito con el hecho de que su configuración puede aparejar la afectación indirecta de otros bienes jurídicos como la vida y la integridad física; no obstante, debemos tener en cuenta que lo que interesa, es el momento de la realización del supuesto de hecho y no lo sucedido en un momento ex post. En tal sentido, para evaluar la agravante a mano armada, lo relevante no es la peligrosidad objetiva real que se crea para la vida o la integridad física de la víctima con el uso de armas, sino la eficacia que produce el arma al ser ejercida de manera amenazante o violenta para anular o disminuir la voluntad de la víctima y/o de los terceros con la finalidad de lograr su propósito delictivo- sustracción o apoderamiento de bienes. p. 780.

2.2.2. DELITO ROBO A MANO ARMADA.

Tello Carbajal en su libro “La naturaleza jurídica del robo a mano armada a propósito del pleno jurisdiccional”, señala:

El Robo a mano armada exige en cuanto a su tipicidad objetiva la concurrencia de los siguientes elementos: i) sustracción del bien de la esfera de custodia de su dueño o poseedor; ii) apoderamiento ilegítimo del bien por parte del sujeto activo; iii) que el bien mueble sea total o parcialmente ajeno con valor patrimonial; iv) que el agente haga uso de la violencia física contra la persona o medie amenaza contra la víctima sobre un peligro inminente para su vida o integridad física y asimismo, y, v) que realice la conducta típica haciendo uso de un arma. Asimismo, la tipicidad subjetiva del delito de Robo agravado requiere que el sujeto activo actúe con dolo; es decir, con el conocimiento y la voluntad de querer realizar los actos anteriormente mencionados.

Sobre el particular, es preciso desarrollar en qué consiste el concepto de arma para los fines del Derecho Penal. Siguiendo al Dr. Soler en su libro “Derecho Penal Argentino”:

El término “arma” se define como “(...) aquel instrumento específicamente destinado a herir o dañar a la persona como cualquier otro objeto que sea transformado en arma por su destino, al ser empleado como un medio contundente (...)”. p.187

Existen diversas clasificaciones sobre armas, siendo la más conocidas tres de ellas: i) la que clasifica a las armas en armas blancas, armas de fuego y armas contundentes; ii) la que clasifica en armas propias y armas impropias y, finalmente, iii) la que clasifica en armas reales y armas aparentes o simuladas.

Galvez Villegas & Delgado Tovar, en su obra “Derecho Penal: Parte Especial”, manifiesta lo siguiente:

Respecto a la primera clasificación tenemos que por armas blancas debemos entender aquellas armas que se caracterizan por ser punzantes, como por ejemplo los puñales; las punzo cortantes como los cuchillos y; las cortantes como las navajas y los machetes; por armas de fuego, las que se caracterizan por la deflagración de pólvora, como por ejemplo las pistolas; y finalmente, por armas contundentes, las que son instrumentos caracterizados por poseer la cualidad de generar lesiones en la víctima sin tener la cualidad de ser cortantes, punzante o penetrante, como por ejemplo, los martillos, las combas y los fierros. p. 776

Tello Carbajal en su libro “La naturaleza jurídica del robo a mano armada a propósito del pleno jurisdiccional”, señala:

En cuanto a la segunda clasificación, tenemos aquellas armas que son denominadas propias, las cuales han sido creadas para ser utilizadas

como medios de ataque o defensa de las personas, por ejemplo, las pistolas; y las impropias, que son aquellas que sin tener esa finalidad, pueden ser utilizadas como un instrumento para atacar a la víctima, como por ejemplo, una comba o una jeringa.

Finalmente, la última clasificación diferencia entre las armas reales y las armas aparentes o simuladas. La primera alude a las clasificaciones expuestas en los párrafos precedentes; no obstante, la segunda está referida a armas en desuso por inutilización o deterioro y a aquellas que son imitaciones de las armas reales. Sobre este último punto, se puede señalar a modo de ejemplo, las armas descargadas y las de juguete.

2.2.3.LA VIOLENCIA E INTIMIDACION EN EL DELITO ROBO A MANO ARMADA.

El Autor Martín García en su libro “Robo con violencia e intimidación”, señala:

A).- Por violencia debemos entender toda acción o ímpetu de fuerza que se realiza sobre una persona para vencer la resistencia natural que oponga a la desposesión. La violencia ha de ejercerse sobre la misma persona que tiene la cosa de la que el autor se pretende apoderar. Si la violencia se ejerce sobre otra persona para obligarle a que la entregue, sería intimidación. La violencia necesaria tiene que tener una mínima entidad para que tenga eficacia sobre el sujeto pasivo, pero no necesita el empleo de armas u otros objetos o medios físicos (basta, por ejemplo, tortazos, empujones, puñetazos, etc.) No es necesario que al sujeto pasivo se le produzcan lesiones. Es más si se le producen lesiones (en su manifestación mínima serían equimosis, eccemas, moretones, etc.), ya no se cometería sólo el delito de robo con violencia sino que también se habría cometido la infracción penal que correspondiese a las lesiones.

B).- Por intimidación puede entenderse el anuncio o conminación de un mal inmediato, grave, personal y posible que despierte o inspire en el ofendido un sentimiento de miedo, angustia o desasosiego ante la contingencia de un daño real o imaginario. La intimidación no requiere el empleo de medios físicos u objetos como armas blancas o de fuego. Basta que sea verbal e incluso gestual (por ejemplo pasarse el autor el dedo índice por el cuello indicando que le corta el cuello) y en todo caso idónea para despertar ese sentimiento.

La intimidación debe ser sólo la necesaria para doblegar al sujeto pasivo de acuerdo a sus circunstancias (de edad, influenciabilidad, etc.), si bien siempre se exigirá un límite mínimamente objetivo para evitar considerar intimidación aquella que sólo afecte al más pusilánime. La jurisprudencia considera como intimidación, matizadamente y en supuestos especialmente intensos, la llamada intimidación implícita, es decir, aquella en la que la amenaza se produce no por palabras o gestos sino por la situación de superioridad numérica e “intimidante” de personas, normalmente acompañada de otras circunstancias coadyuvantes (lugar aislado, de noche, etc.), que se aprovecha para exigir dinero por alguna de estas personas.

C).- Relación de la violencia o la intimidación con el apoderamiento

Para que esta violencia o intimidación definidas eleve la apropiación a robo con violencia o intimidación, ¿tiene que darse una relación de medio a fin?, es decir, ¿la violencia o la intimidación debe ser medio necesario para conseguir el apoderamiento, o también para consumarlo?. Es decir, la violencia o intimidación deba concurrir antes del apoderamiento y para el apoderamiento. Basta con que concorra incluso posteriormente siempre que sea antes de consumarse el delito. Y dado que el delito se consuma con la posibilidad, aunque hipotética, de poder disponer el autor de los objetos apoderados (aunque en realidad no haya dispuesto de ellos, por ejemplo si el autor es perseguido por el propietario y en un momento su perseguidor le pierde de vista

pudiendo esconder la cosa sustraída, o entregarla a un tercero, aunque no lo haya hecho, la apropiación estaría consumada), si la violencia o la intimidación concurre después de apoderada la cosa, y para poder consumarla, el hecho sería robo con violencia o intimidación. Por ejemplo, el sujeto que sustrae al descuido una cartera a una persona (hasta aquí los hechos serían un mero hurto), pero el sujeto se da cuenta y se encara al autor, sacando este una navaja para poder huir, o huye y es perseguido y en esa persecución amenaza al propietario o le agrede para lograr escapar, el delito pasaría de ser un mero hurto a un delito de robo con violencia o intimidación (cualquiera que sea el valor de las cosas apropiadas).

La incorporación en el código penal de la utilización de la réplica de arma como agravante del delito de robo tiene como fundamento que dicha utilización de éstas genere un efecto intimidatorio en la víctima y producto de ello se genere un apoderamiento o sustracción de un bien mueble de propiedad de la víctima

Peña Cabrera (2008) en su libro “Derecho Penal: Parte Especial”, señala:

Ahora bien, no podemos cerrar esta sección sin precisar que para que el arma pueda calificar como un elemento de agravación del delito, debe ser efectivamente empleado por el agente, es decir, debe ser el medio del cual se sirve el autor para doblegar la voluntad de la víctima. p 262.

Salinas Siccha (2006) en su libro “Delitos contra el Patrimonio”, señala:

No basta, por consiguiente, el hecho de llevar o portar un arma; sea ejerciendo una violencia concreta, como por ejemplo, disparando al aire o al cuerpo de la víctima. Lo que importa es que pueda ser configurada como una fuerza contundente o como una forma de amenaza al ser exhibida y que, gracias a este medio, el agente activo, logre desapoderar a la víctima de sus pertenencias. p.153.

2.3. ARMA, REPLICA DE ARMA DE FUEGO, ROBO CON RÉPLICA DE ARMA DE FUEGO.

2.3.1. Arma

2.3.1.1. Concepto

Rojas Vargas (1999), en su libro “Jurisprudencia Penal Comparada”, manifiesta:

El concepto arma no necesariamente alude al arma de fuego, sino que dentro de dicho concepto debe comprenderse a aquél instrumento capaz de producir un efecto intimidante sobre la víctima, al punto de vulnerar su libre voluntad, despertando en ésta, un sentimiento de miedo desasosiego e indefensión, bajo cuyo influjo hace entrega de sus pertenencias a sus atacantes.

La definición semántica del término arma indica que es todo instrumento que cumple una función de defensa o ataque. En cuanto instrumento es todo objeto, máquina herramienta susceptible de ser utilizado a los fines de ataque y/o defensa. p.196-197

2.3.1.2. Clasificación de Arma

Rojas Vargas (1999) en su libro “Jurisprudencia Penal Comparada”, divide a las armas en propias e impropias:

Son armas propias “las que están diseñadas natural o ex profesamente - para cumplir una función real de ataque - defensa; (cortantes, punzantes, de fuego, de gases) son impropias las de limitación, de alternativa o efectos simbólicos (armas propias deterioradas o inutilizadas, pistolas de fogeo)

Otras clasificaciones, armas clandestinas, artísticas, de fuego, de gas, de colección; armas en sentido estricto y amplio, armas reales y aparentes, biológicas, químicas, láser, infrarrojas, etc. p. 213

2.3.1.3. Réplica de Arma

2.3.1.3.1. Concepto

Ruben Figari (2010), en su libro “El concepto de arma de utilería”, señala:

Las réplica de armas o armas de utilería llamados por otras legislaciones son objetos que parezcan armas sin serlo, son réplicas exactas. p. 12

2.3.1.3.2. Análisis del delito de robo con réplica de arma.

Salinas Siccha (2010), en su libro “Derecho Penal. Parte Especial”, señala que el uso de arma aparente se subsume en la agravante en análisis hasta por argumentos:

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

Segundo, el empleo de arma (blanca, de fuego o contundente) por parte del agente, normalmente ocasiona en la víctima efecto intimidatorio. Necesariamente provoca miedo y desasosiego en el sujeto pasivo, al punto que teniendo esta 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 **Vilcapoma Bujaico (2003), en su libro “La calificación del delito de robo agravado: una problemática judicial por resolver: comentario a una sentencia de la corte suprema”** sostiene que:

Es el efecto intimidante del arma lo que se levanta como un elemento calificante, con mucha más valía que la peligrosidad o eventual lesión de otros intereses distintos al patrimonio.

Salinas Siccha (2010), en su libro “Derecho Penal. Parte Especial”, manifiesta:

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 oponga resistencia.p.965

Para **Bramont-Arias Torres y García Cantizano (1997), en su libro “Manual de Derecho Penal. Parte especial”,** señala:

El uso de armas aparentes en la sustracción configura el delito de robo, debido que el empleo de un arma 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 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 .p. 192-193

Al respecto, **la Corte Suprema ha emitido la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2676-2012-Junín**, donde establece que:

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

Alcócer Povis y Alejos Toribio (2013), en su artículo “Arma Aparente”, señala:

Entendemos que este criterio de la Corte Suprema toma en cuenta que a pesar de la apariencia del arma como por ejemplo ya sea de juguete o arma de fogueo, estas no ponen en peligro la integridad física ni la vida de la víctima.

Existen dos posturas al respecto. En la primera postura, la Corte Suprema manifestó en la sentencia recaída en el Recurso de Nulidad N° 5824-97-Huánuco: “Un arma es todo instrumento real que incrementa

la capacidad de agresión del agente y reduce la capacidad de resistencia de la víctima”. Asimismo, en la ejecutoria suprema recaída en el Expediente N° 5824-1997-Huanuco, se estableció “tomando en consideración que un arma es todo instrumento real o aparente que incrementa la capacidad de agresión del agente y reduce la capacidad de resistencia de la víctima, de ninguna manera puede considerarse como circunstancia de robo simple el hecho de haber lo encausados usado armas aparentemente inocuas”. Continuando en la línea de desarrollo, la Corte Suprema emitió la ejecutoria suprema en el expediente N° 2179-1998-Lima, “el concepto de arma no necesariamente alude al arma de fuego, sino que dentro de dicho concepto debe comprenderse a aquel instrumento capaz de ejercer efecto intimidante sobre la víctima, al punto de vulnerar su libre voluntad, despertando en esta un sentimiento de miedo”.

En la segunda postura, un sector de la doctrina nacional sostiene lo contrario. **Rubén Figari (2006) en su obra “Robo. Análisis doctrinario y jurisprudencial”,** afirma que:

El uso de arma aparente en la sustracción configura el delito de robo, debido que el empleo de un arma aparente demuestra falta de peligrosidad en el agente, quien en ningún momento ha querido causar daño grave a la víctima. Ahora bien la mera simulación no es suficiente para delinear la agravación, pues el arma aparente no aumenta la potencialidad agresiva del agente.

Así, se manifiesta que el “arma” llega a ser cualquier instrumento que permita generar una agresión física hacia otra persona. Es decir, el arma está destinado a dañar. Ya que por “arma” no se entiende las simuladas o inservibles p.153

Loza Ávalos (2014) en su obra “Robo con arma aparente”, señala:

La jurisprudencia nacional, se sustenta en la eficacia del arma al momento de producir un peligro real a la víctima, y la situación en la que se coloca a la víctima como es la intimidación.

Sin embargo, la doctrina nacional, se basa en no producir un peligro real a la víctima con el arma aparente, se inclina más por la finalidad que es el sustraer el bien y no coloca en riesgo la vida o la integridad física de la persona.

El uso del arma aparente pone en real peligro la integridad física de la víctima. En el Recurso de Nulidad N° 2676-2012-Junín no se toma en cuenta que al momento de la comisión de los hechos, la víctima no puede identificar si el arma es o no es real, y que en el fondo, usar el arma juguete intimida a la víctima, en tanto se debe tener en cuenta el temor al cual es sometido la víctima.

Salinas Siccha (2006), en su obra “Delitos contra el Patrimonio”, manifiesta:

El uso de un arma real o aparente se realiza con el objetivo de anular la capacidad de resistencia de la víctima, lo cual no diferencia la clase de instrumento. Para que se pueda configurar la agravante del robo es necesario un análisis ex ante, que permita evaluar las características del arma utilizada para incrementar el riesgo de afectación al patrimonio de la víctima. Por ejemplo, no es lo mismo utilizar un “chisguete” que un arma de fogeo. En efecto, en cada caso concreto será necesario verificar las características que podrían diferenciar el arma de fogeo con la de un “chisguete”, dado que la primera es un instrumento que tiene gran similitud con un arma verdadera, es decir, a primera vista parecería ser un arma real, lo cual no sucede con la segunda, pues esta última tiene una apariencia claramente inofensiva.

En buena cuenta, no consideramos acertado lo resuelto por la Corte Suprema, ya que en cada caso debe establecerse si, conforme a las características del arma aparente, se cumple o no con lo exigido por el tipo agravado: aumentar el riesgo de afectación al patrimonio de la víctima.

Si alguien apunta a una persona con un arma aparente (juguete) para quitarle sus cosas entonces lo que se valora es el bien que se va a sustraer y no la puesta en peligro del individuo y si esta persona tiene una enfermedad al corazón y se muere por el susto de que le están apuntando con el arma de juguete en este caso no se está poniendo en peligro la vida de la persona. Así como la persona no sabe si el arma es de juguete. Tampoco sabe el que apunta, si esa persona sufre alguna enfermedad. p.156

2.3.1.3.3. Robo con réplica de arma en la legislación comparada.

A. Argentina:

En el Código Penal Argentino regulan el robo agravado de la siguiente manera:

Artículo 166.- Se aplicará reclusión o prisión de CINCO a QUINCE años:

1. Si por las violencias ejercidas para realizar el robo, se causare alguna de las lesiones previstas en los artículos 90 y 91.

2. Si el robo se cometiere con armas, o en despoblado y en banda.

Si el arma utilizada fuera de fuego, la escala penal prevista se elevará en un tercio en su mínimo y en su máximo.

Si se cometiere el robo con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada, o con un arma de utilería, la pena será de TRES a DIEZ años de reclusión o prisión.

Al respecto también existe un jurisprudencia del **Tribunal Oral en lo Criminal N° 7 de Capital Federal, que tiene como Causa N° 3226/3454, caratulada: “Lusvy Miguel Zeña Mera por robo con arma**

de utilería y robo”, de fecha 19 de mayo de 2010, Buenos Aires.

“Que, los hechos descritos en el considerando 2º) resultan constitutivos de los delitos de robo agravado por su comisión con un arma de utilería, en calidad de co autor – hecho I- en concurso real con autoría robo – hecho II.

Respecto del inciso primero, los extremos del tipo objetivo se verifican sin dificultad a menos que se repare en el modo violento de llevar a cabo la sustracción: intimidaron a la víctima mediante el uso de la réplica de un arma de fuego y de ese modo consiguieron despojarla de sus bienes.”

Traballini De Azcona (2004), en su obra “El nuevo robo con armas (art. 166 inc. 2º C.P.) Las formas agravadas de la ley 25.882. El arma de utilería” en “Pensamiento Penal y Criminológico”, señala:

Considera que en base a la definición académica de la voz “utería” es evidente que la norma no hace referencia a los instrumentos concretamente destinados a ser exhibidos en representaciones artísticas imitando ser armas sino que alude a lo que la doctrina y jurisprudencia desde hace mucho tiempo se ha ceñido a expresiones tales como arma no verdadera, réplica o símil. Por descarte, expresa que puede afirmarse que no son armas de utería el dedo índice que se hace notar dentro del bolsillo, ni el trozo de caño que se apoya en la espalda pretendiendo convencer a la víctima de que está siendo encañonada, es decir, debe tratarse de una cosa que presente, en apariencia, las condiciones físicas definitorias de un arma de fuego. “Una vez satisfechas estas características esenciales, la mayor o menor perfección de la réplica carecerá de dirimencia. Al igual que sucede en relación a otras figuras delictivas, será la apreciación del hombre medio la que determinará la configuración de esta agravante. Así entonces, la eventualidad de que la víctima posea un ojo experto en la materia y reconozca la falsedad que el común denominador no advierte, no será óbice para la aplicación del tercer párrafo. Y congruentemente, quien esgrima un revolver de plástico amarillo con el logo de Piñon Fijo y un corcho atado con un piolín en la

punta del caño, no cometerá el robo con un arma de utilería, por más que el niño asaltado lo suponga verdadero (...)” .p. 236 – 264

Reinaldi Víctor (2006), en su obra “Delincuencia armada”, manifiesta:

Estima congruente equiparar las réplicas de armas a las que verdaderamente no lo son debido a la capacidad intimidante, aunque no posean la vulnerante, ya que ambas sirven para pensar la resistencia defensiva de la víctima. Por ello considera adecuado que no se excluyera a las réplicas de armas, que pese a estar dotadas de igual poder atemorizante, simplemente porque son “de juguete” y, por tanto “no son armas”, aunque para la víctima lo fueran; remedando la opinión, sobre el particular, de la anterior autora. Agrega que la equiparación del arma de utilería a una verdadera no es novedosa, ya que la Convención Interamericana aprobada en Washington el 13/11/1997 que entró en vigencia al trigésimo día a partir de la fecha en que se depositó el instrumento de rectificación por la ley 25.449 define en el art. 1º a las armas de fuego y hace excepción expresa de “las armas antiguas fabricadas antes del siglo XX o sus réplicas” (punto 3, a) por lo que es posible interpretar – según el autor en cita – a contrario sensu que están comprendidas en la definición las armas fabricadas desde el inicio del siglo XX hasta el presente y “sus réplicas” por lo que la mención de éstas últimas carece de razón de ser. Por otra parte, resalta, que el Código Penal de Brasil prevé como tipo penal la utilización de “arma de brinquedo”, “simulación de arma capaz de atemorizar a otro con el fin de cometer crímenes” (art. 1º, § 1º, II, ley 9437 del 20/02/1997) p. 49-52

Estrella & Godoy (2007), en su obra “Código Penal. Parte especial. De los delitos en particular”, señala:

Se pronuncian en contra de una interpretación del criterio restrictivo circunscripto al significado que da el diccionario porque fundan la

agravante de este tercer apartado del inciso en que se ha adoptado una tesis amplia o de intimidación de tal manera que tanto poder intimidante puede tener la que gramaticalmente es “arma de utilería”, como el juguete que sea la réplica de un arma de fuego o cualquier otra réplica de ésta; lo relevante aquí es la actitud intimidante que puedan tener estas réplicas y no el destino para el que fueron fabricadas, en consecuencia, se incluyen en la agravante de marras tanto las armas destinadas a utilería como los juguetes que imitan armas de fuego o cualquier otras réplica de éstas en la medida que tengan suficiente poder intimidante. p. 436

Rubén Figari (2010) en su artículo denominado: “concepto de arma de utilería” agrega que:

Más allá del sentido terminológico o literal, lo trascendental, a los efectos de encuadrar la cuestión en el cauce más adecuado posible, se apoya en destacar que la referencia al “arma de utilería”, inmersa en el párrafo tercero del inc. 2º del art. 166, es que la tónica debe ser puesta en enfatizar que el elemento utilizado debe ser lo más cercano a la imitación de algo que es verdadero o real – de allí su poder intimidante – y no que se trate de algo burdo , fácil de detectar o advertir, de allí que se podría decir que existe, en mi apreciación, una sutil diferencia entre lo que es un arma de juguete – tal como se concebía antes de la reforma – y un arma de utilería, la cual requeriría un mayor refinamiento en su confección – más allá de la definición que brinda el diccionario – justamente para que el atentado agravado sea creíble para el común de las personas y no para el ojo avisado.

De hecho que en ello contribuyen también algunos factores circunstanciales, tales como que el ataque se haya realizado en la nocturnidad – donde vulgarmente “todos los gatos son pardos” – y por ende la intimidación con dicho adminículo puede ser más efectivo que a la luz del día, o en otra circunstancia parecida. Yo creo, que

fundamentalmente las opiniones de la doctrina apuntan a esa cuestión como así también lo hace un reciente fallo del Superior Tribunal de Justicia de Córdoba – “Laxi, Daniel Alberto” p.s.a. robo calificado – recurso de casación 13/11/2009– que en el cons. 4 resalta que: “Resulta evidente que el giro empleado por el legislador abarca la simulación de violencia armada que se efectúa con un objeto que en sí – y no por su especial forma de utilización – imita, remeda o reproduce las características externas del arma. Es decir, la simulación de violencia armada debe materializarse a través de una réplica de arma de fuego, esto es, de un objeto que presente las características esenciales o definitorias de ésta. Indudablemente, el fundamento de la agravante del robo por el empleo de arma de utilería es la mayor intimidación que ésta genera en la víctima.

Antes de la reforma llevada a cabo por la ley 25.882 al art. 166 inc. 2º del Código Penal la doctrina y jurisprudencia era conteste en afirmar que el empleo de un arma falsa o de juguete – de esta manera se denominaban – no se consideraba un agravante del robo sino que formaba parte de la violencia utilizada en el hecho, el cual se tipificaba como robo simple (art. 164 C .P.)

A partir de los cambios introducidos por la mentada ley se incorpora el concepto de “arma de utilería”, parificándola con el arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo acreditada, se agrava el robo con una pena que va de tres a diez años de reclusión o prisión. p. 185-187.

La defectuosa nomenclatura “arma de utilería” no autoriza a considerar que verdaderamente se trata de un “arma” tal como lo conceptúan los párrafos primero y segundo del art. 166 inc 2º. No obstante su poder intimidatorio, se trata de una réplica de “arma” o de un remedo de la misma o un artefacto muy similar a la verdadera, pero no es un “arma”.

B. México:

Artículo 371 del Código Penal Federal.- Para estimar la cuantía del robo se atenderá únicamente el valor intrínseco del objeto del apoderamiento, pero si por alguna circunstancia no fuere estimable en dinero o si por su naturaleza no fuere posible fijar su valor, se aplicará prisión de tres días hasta cinco años.

En los casos de tentativa de robo, cuando no fuere posible determinar su monto, se aplicarán de tres días a dos años de prisión.

Cuando el robo sea cometido por dos o más sujetos, sin importar el monto de lo robado, a través de la violencia, la acechanza o cualquier otra circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o la ponga en condiciones de desventaja, la pena aplicable será de cinco a quince años de prisión y hasta mil días multa. También podrá aplicarse la prohibición de ir a lugar determinado o vigilancia de la autoridad, hasta por un término igual al de la sanción privativa de la libertad impuesta.

Si bien es cierto el código penal federal mexicano no regula específicamente la utilización de una réplica de arma o un arma de utilería (terminología utilizada en la legislación argentina), si prohíbe expresamente cuando el robo sea cometido por cualquier otra circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o la ponga en condiciones de desventaja, de ello puede deducirse que cuando se utilice un réplica de arma implicando lo que influye en el agraviado puede considerarse en este párrafo del artículo 371 citado anteriormente.

2.4. JURISPRUDENCIA.

Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2676-2012-Junín, donde establece que “no concurre la circunstancia de ataque a mano armada, prevista en el numeral 3) del artículo 189° del Código

Penal, porque las “armas” utilizadas eran de juguete –ese es el factum de la acusación-. Es de precisar que el fundamento de la agravación se encuentra en el peligro que para la vida, la integridad o la salud del sujeto pasivo o de los terceros supone la utilización de tales objetos o medios. No pueden considerarse tales las “armas” simuladas o inservibles, porque, con independencia de su mayor o menor parecido con las reales, no pueden desencadenar nunca el peligro efectivo de lesión que la fundamenta.

Comentario de la autora

Lo que trata de inferir esta Ejecutoria Suprema del expediente N° 2676-Junín, es que no se puede considerar como robo agravado en su modalidad de “A mano arma” porque la utilización No pueden considerarse como “armas” los objetos simulados a estas o los inservibles, porque, con independencia de su mayor o menor parecido con las reales, no pueden desencadenar nunca el peligro efectivo de lesión que la fundamenta. Es decir no conlleva ningún peligro a la vida, a la integridad física, es por ello que no debe considerarse como robo agravado sino que deben calificarse como hurto.

Recurso de Nulidad N° 5824-97-Huánuco: “Un arma es todo instrumento real que incrementa la capacidad de agresión del agente y reduce la capacidad de resistencia de la víctima.

Comentario de la autora

En este apartado del recurso de nulidad N° 5824-97 en Huánuco nos brinda un concepto interesante de arma, el cual menciona que un arma es todo instrumento real que incrementa la capacidad de agresión del agente y reduce la capacidad de resistencia de la víctima, con lo que nos quiere decir que un arma no necesariamente es el instrumento que causa un daño a nuestra integridad física, sino que además lleva con sí otros elementos que influyen en la víctima como es la intimidación, que hace a la víctima reducir su resistencia y dejar que el ladrón pueda apoderarse de las cosas.

Expediente N° 5824-1997-Huanuco, se estableció “tomando en consideración que un arma es todo instrumento real o aparente que incrementa la capacidad de agresión del agente y reduce la capacidad de resistencia de la víctima, de ninguna manera puede considerarse como circunstancia de robo simple el hecho de haberlos encausados usado armas aparentemente inocuas”

Comentario de la autora

El párrafo anterior nos brinda un concepto de arma que es el siguiente: “arma es todo instrumento real o aparente que incrementa la capacidad de agresión del agente y reduce la capacidad de resistencia de la víctima”, con ello podemos decir que toda arma real o aparente (réplica) además que influye en la resistencia de la víctima también influye en incrementar la capacidad de agresión del agente, es por ello siguiendo este análisis no puede considerarse un robo simple a la utilización de armas aparentes, sino como robo agravado.

Ejecutoria suprema en el Expediente N° 2179-1998-Lima, “el concepto de arma no necesariamente alude al arma de fuego, sino que dentro de dicho concepto debe comprenderse a aquel instrumento capaz de ejercer efecto intimidante sobre la víctima, al punto de vulnerar su libre voluntad, despertando en esta un sentimiento de miedo”.

Comentario de la autora

En la ejecutoria suprema del expediente N° 2179-1998-Lima, reafirma el concepto de arma en el sentido de que no necesariamente hablamos de arma al arma de fuego sino a todo instrumento que intimida a la víctima, vulnerando su libre voluntad, despertando en ella un sentimiento de miedo, ello nos infiere que en estas circunstancias la víctima no está en condiciones que le permita definir si el arma es o no de fuego, sino que la intimidación que causa, influye en la resistencia de la víctima por tal logra apoderarse de sus bienes.

Sentencia de la Corte Superior de Justicia Exp. N° 652-2015 – Lambayeque: “Como se puede advertir, si bien la utilización de un arma de fuego de juguete no configura la agravante de robo cometido con arma de fuego, sin embargo, si sirve como un instrumento intimidatorio o amenazante por lo tanto sirve para configurar el delito de robo y no de hurto”

Comentario de la autora

La presente sentencia de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, que hacemos mención es la más actual que hemos podido encontrar en este tipo de casos, manifiesta que si bien la utilización de un arma de fuego de juguete no configura la agravante de robo cometido con arma de fuego, sin embargo, si sirve como un instrumento que cumple un fin intimidatorio o amenazante que es uno de los elementos para que se configure un delito de robo y no de hurto.

Corte Suprema en la Consulta N° 270 – Callao, del 06 de junio del año 2000, señala “que, la pasividad, el sometimiento y reducción a la que fue sometido el agraviado, se debió al impacto psicológico que sufrió al verse amenazado con un arma de fuego, que para éste evidentemente era real, ya que desconocía la realidad de tal objeto, lo que implica que un instrumento con apariencia real cumple a cabalidad el fin intimidatorio o amenazante que se da también al arma real, por ejemplo cuando es usada descargada, puesto que en la escena del hecho anuló a la víctima a cualquier posibilidad de reacción y resistencia, facilitando la consumación del apoderamiento ilegítimo”

Comentario de la autora

De lo que señala la Corte Suprema en la Consulta N° 270, se puede rescatar que si bien es cierto una réplica de arma no afecta ni la integridad física ni la vida de la víctima, se cumple un fin intimidatorio o amenazante al igual que el arma real, por lo tanto anula a la víctima a cualquier posibilidad de reacción y resistencia, facilitando la consumación del delito.

El Acuerdo Plenario N°05-2015/CIJ.116, del 02 de octubre del 2015, sobre el concepto de arma como componente de la circunstancia agravante “a mano armada” en el delito de robo, señala que el sentido interpretativo del término a mano armada, como agravante del delito de robo del artículo 189 inciso 3 del Código Penal, en relación a las armas en general y a las armas de fuego en particular, abarca a las de fuego inoperativas, aparentes, las armas de utilería, los de juguete con forma de arma, las réplicas de arma o cualquier elemento que por su similitud con un arma o una de fuego verdadera o funcional, al no ser sencillamente distinguible de las auténticas, produzca los mismos efectos disuasivos de autodefensa activa en la víctima, ante la alevosía que emplea el agente delictivo.

III. MARCO METODOLÓGICO

3.1. DISEÑO DE CONTRASTACION DE HIPOTESIS

Se utilizó el diseño causal- explicativo que relaciona:

$$M \quad \Longleftarrow \quad X \ Y$$

Donde:

M= es la muestra

X= es la observación a la variable independiente.

Y= es la observación a la variable dependiente.

3.2. POBLACIÓN Y MUESTRA

La población de informantes para el cuestionario fueron los, Jueces y Fiscales, la cual estaría integrada por todos aquellos que tiene una relación directa con la problemática, los cuestionarios se aplicaron a un número 20 informantes.

Según el criterio de inclusión.- fueron considerados dentro del estudio todos los abogados que cumplieron con el siguiente criterio: que en su labor de trabajo participen en proceso de materia penal.

Según el criterio de exclusión.- en principio fueron excluidos todo los abogados que no cumplieran con el criterio de inclusión además de: sin experiencia laboral, que no laboren en derecho penal, que no laboren en la provincia de Chiclayo.

La investigación de los informales:

Jueces Penales.

Fue obtenido de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque dando como resultado una cantidad de siete (7) jueces penales en la ciudad de Chiclayo, debiendo encuestarse a todos.

Fiscales

Fue obtenido del Ministerio Público dando como resultado una cantidad de trece (13) fiscales provinciales en la ciudad de Chiclayo; debiendo encuestarse a todos.

3.3. MATERIALES, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS PARA RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN

3.3.1.OBSERVACIÓN.- Esta técnica permitió percibir los hechos o fenómenos más relevantes que se estudiaron en el trabajo de campo. El instrumento utilizado fue: la Ficha o guía de observación.

3.3.2.LA ENCUESTA.- Es una técnica que se utiliza para determinar tendencias en el objeto de estudio. Es un conjunto de preguntas dirigida a una muestra representativa de la población o instituciones con el fin de conocer estados de opinión o hechos específicos. El instrumento utilizado fue: El cuestionario.

3.3.3.ANÁLISIS DOCUMENTAL.- El análisis documental es una forma de investigación técnica, un conjunto de operaciones intelectuales, que buscan describir y representar los documentos de forma unificada sistemática para facilitar su recuperación. Como instrumento se empleó: El análisis de contenido.

3.3.4.EL FICHAJE.- Es una técnica de gabinete que permite fijar información extraída de fuentes primarias y secundarias. Sus instrumentos son las Fichas. Entre ellas tenemos:

Registro: Permitted anotar los datos generales de los textos consultados. Lo usamos para consignar las referencias bibliográficas, electrónicas.

Resumen: Esta ficha se utilizó para sintetizar los contenidos teóricos de las fuentes primarias o secundarias que sirvieron como marco teórico de la investigación.

Textuales: Transcribieron literalmente contenidos de la versión original. Se utilizó para consignar aspectos puntuales de la investigación como planteamientos teóricos, normas, jurisprudencia, legislación comparada, principios de la investigación, citas de diferentes autores, etc.

Comentario: Representa el aporte de los investigadores. Es la idea personal que emite el lector de una lectura o experiencia previa. Lo utilizamos para comentar los cuadros estadísticos, resultados y los comentarios de los antecedentes

3.4. MÉTODOS Y PROCEDIMIENTOS PARA LA RECOLECCION DE DATOS.

3.4.1.MÉTODO COMPARATIVO: El método comparativo será empleado para tener una visión del tratamiento que en otros ordenamientos jurídicos se aplican para el tratamiento de datos personales, por la existencia de una moderna normatividad acorde con la realidad.

3.4.2.MÉTODO DEDUCTIVO: El método deductivo será empleado a efectos de inferir a través del análisis de la jurisprudencia y legislación comparada.

3.5. ANALISIS ESTADISTICOS DE LOS DATOS

Los datos obtenidos mediante la aplicación de las técnicas e instrumentos de recolección de datos, aplicados a los informantes o fuentes ya indicados; serán analizados e incorporados al trabajo de investigación como información relevante que permitirá contrastar nuestra hipótesis con la realidad. Los datos recogidos serán sometidos a presiones porcentuales para ser presentados como averiguaciones en forma de cuadros, gráficos estadísticos, etc.

IV. RESULTADOS

Resultados de los Operadores de Justicia en relación las siguientes preguntas:

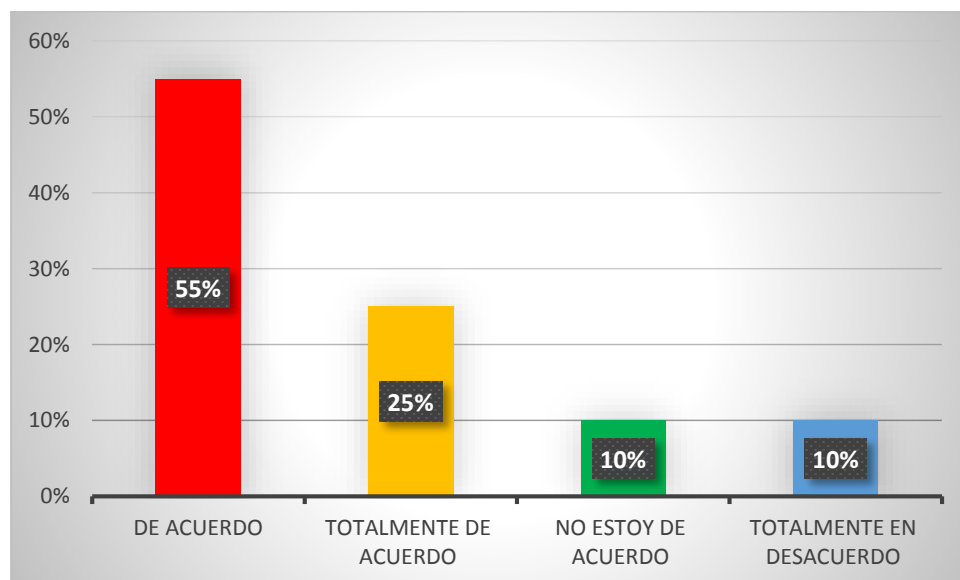
- a. ¿Ud. considera que la utilización de la réplica de arma de fuego debería estipularse en nuestro código penal vigente como una agravante en el delito de robo agravado?

Tabla N° 01: La utilización de la réplica de arma de fuego debería estipularse en nuestro código penal vigente como una agravante en el delito de robo agravado.

RESPUESTA	N°	%
De acuerdo	11	55%
Totalmente de acuerdo	5	25%
No estoy de acuerdo	2	10%
Totalmente en desacuerdo	2	10%
Encuestados	20	100%

Fuente: Cuestionario aplicado a Jueces y Fiscales Penales.

Figura N° 01: La utilización de la réplica de arma de fuego debería estipularse en nuestro código penal vigente como una agravante en el delito de robo agravado.



Fuente: Investigación Propia

DESCRIPCIÓN:

De acuerdo a los datos obtenidos se puede establecer que el 55% de los responsables considera que está **DE ACUERDO**, un 25% considera que está **TOTALMENTE DE ACUERDO**, un 10% considera que **NO ESTA DE ACUERDO** y un 10% considera que **ESTA TOTALMENTE EN DESACUERDO**

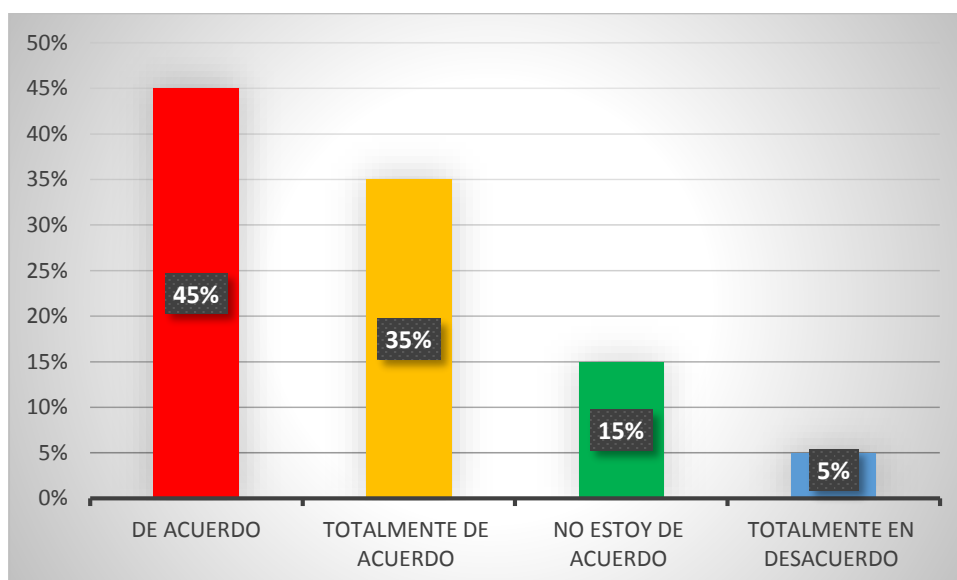
b. ¿Ud. considera que la utilización de la réplica de arma de fuego cumple su fin intimidador en el delito de robo?

Tabla N° 02: La utilización de la réplica de arma de fuego cumple su fin intimidador en el delito de robo.

RESPUESTA	N°	%
De acuerdo	9	45%
Totalmente de acuerdo	7	35%
No estoy de acuerdo	3	15%
Totalmente en desacuerdo	1	5%
Encuestados	20	100%

Fuente: Cuestionario aplicado a Jueces y Fiscales Penales.

Figura N° 02: La utilización de la réplica de arma de fuego cumple su fin intimidador en el delito de robo.



Fuente: Investigación Propia

DESCRIPCIÓN:

De acuerdo a los datos obtenidos se puede establecer que el 45% de los responsables considera que está **DE ACUERDO**, un 35% considera que está **TOTALMENTE DE ACUERDO**, un 15% considera que **NO ESTA DE ACUERDO** y un 5% considera que **ESTA TOTALMENTE EN DESACUERDO**

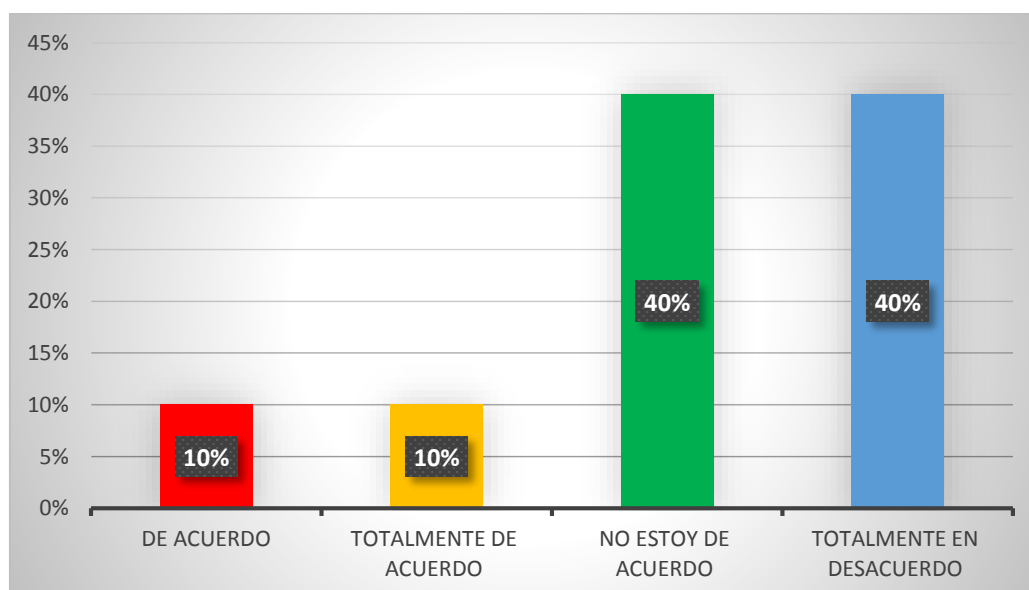
c. **¿Cree usted que la pena actualmente a imponerse por el delito de robo con replica de arma es la adecuada?**

Tabla N° 03: La pena actualmente a imponerse por el delito de robo con replica de arma es la adecuada.

RESPUESTA	N°	%
De acuerdo	2	10%
Totalmente de acuerdo	2	10%
No estoy de acuerdo	8	40%
Totalmente en desacuerdo	8	40%
Encuestados	20	100%

Fuente: Cuestionario aplicado a Jueces y Fiscales Penales.

Figura N° 03: La pena actualmente a imponerse por el delito de robo con replica de arma es la adecuada.



Fuente: Investigación Propia

DESCRIPCIÓN:

De acuerdo a los datos obtenidos se puede establecer que el 10% de los responsables considera que está **DE ACUERDO**, un 10% considera que está **TOTALMENTE DE ACUERDO**, un 40% considera que **NO ESTA DE ACUERDO** y un 40% considera que **ESTA TOTALMENTE EN DESACUERDO**

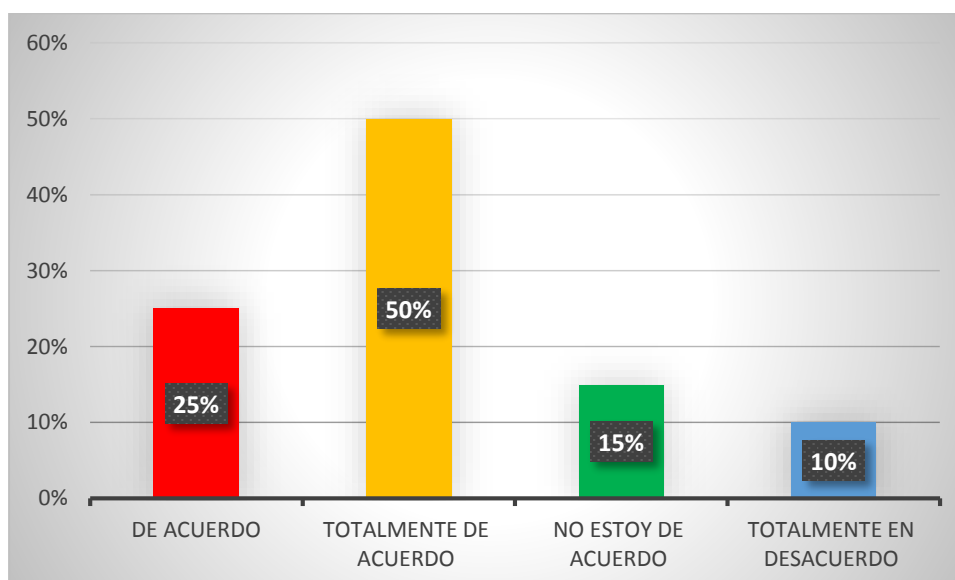
d. ¿Considera Ud. que la utilización de la réplica de arma de fuego, sin considerarla como agravante beneficia a la ola delincencial?

Tabla N° 04: La utilización de la réplica de arma de fuego, sin considerarla como agravante beneficia a la ola delincencial.

RESPUESTA	N°	%
De acuerdo	5	25%
Totalmente de acuerdo	10	50%
No estoy de acuerdo	3	15%
Totalmente en desacuerdo	2	10%
Encuestados	20	100%

Fuente: Cuestionario aplicado a Jueces y Fiscales Penales.

Figura N° 04: La utilización de la réplica de arma de fuego, sin considerarla como agravante beneficia a la ola delincencial.



Fuente: Investigación Propia

DESCRIPCIÓN:

De acuerdo a los datos obtenidos se puede establecer que el 25% de los responsables considera que está **DE ACUERDO**, un 50% considera que está **TOTALMENTE DE ACUERDO**, un 15% considera que **NO ESTA DE ACUERDO** y un 10% considera que **ESTA TOTALMENTE EN DESACUERDO**

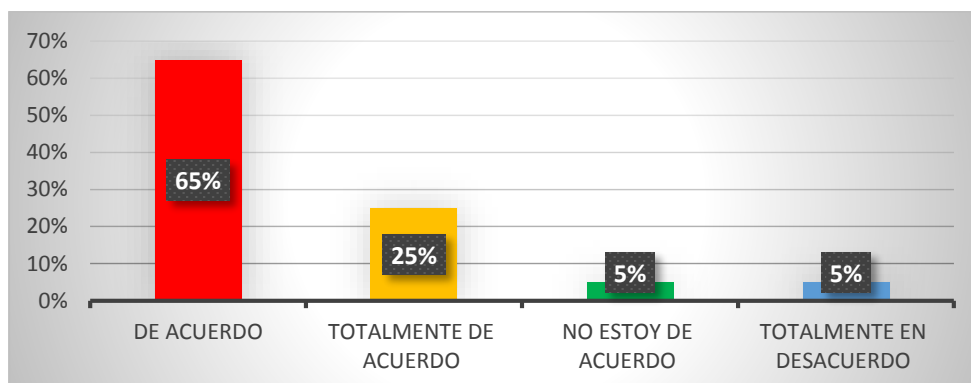
e. ¿Considera Ud. que debería proponerse un proyecto de ley que modificar el inciso 3 del artículo 189 del Código Penal considerando la utilización de la réplica de arma de fuego como agravante en el delito de robo?

Tabla N° 05: Debería proponerse un proyecto de ley que modificar el inciso 3 del artículo 189 del Código Penal considerando la utilización de la réplica de arma de fuego como agravante en el delito de robo.

RESPUESTA	N°	%
De acuerdo	13	65%
Totalmente de acuerdo	5	25%
No estoy de acuerdo	1	5%
Totalmente en desacuerdo	1	5%
Encuestados	20	100%

Fuente: Cuestionario aplicado a Jueces y Fiscales Penales.

Figura N° 05: Debería proponerse un proyecto de ley que modificar el inciso 3 del artículo 189 del Código Penal considerando la utilización de la réplica de arma de fuego como agravante en el delito de robo.



Fuente: Investigación Propia

DESCRIPCIÓN:

De acuerdo a los datos obtenidos se puede establecer que el 65% de los responsables considera que está **DE ACUERDO**, un 25% considera que está **TOTALMENTE DE ACUERDO**, un 5% considera que **NO ESTA DE ACUERDO** y un 5% considera que **ESTA TOTALMENTE EN DESACUERDO**

V. CONCLUSIONES

- 5.1.** El delito de robo agravado por uso de arma de fuego configura uno de los principales puntos de debate en el ordenamiento jurídico nacional. Los que constan a favor de la tipicidad consideran que el fundamento de la agravante es la especial situación de vulnerabilidad en la que se coloca la víctima al someterla con un arma. En contra de la tipicidad varios penalistas sostienen que no es posible considerar la configuración de la agravante “a mano armada” si el arma es de juguete o es aparente.
- 5.2.** El empleo de arma (blanca, de fuego o contundente) por parte del agente, normalmente ocasiona en la víctima efecto intimidatorio. Necesariamente provoca miedo y desasosiego en el sujeto pasivo, al punto que teniendo este la posibilidad de defender la sustracción de sus bienes, no lo hace por temor al mal de perder la vida o poner en riesgo su integridad física. Al producirse un hecho concreto, la víctima nunca piensa si el arma es real o aparente. Lo aparente solo se sabrá después de los hechos cuando incluso se someta a determinadas pericias.
- 5.3.** La tipificación de la utilización de la réplica de arma de fuego en nuestro código penal vigente como una agravante en el delito de robo, se basa en la jurisprudencia nacional y a la legislación comparada, como el Código Penal Argentino que regulan la utilización del arma de utilería (réplica de arma), como un robo agravado.
- 5.4.** La problemática referida a la tipificación de la agravante del delito de robo, perpetrado con réplica de arma de fuego en el artículo 189 del Código Penal Peruano, se ve afectada por Discrepancias Teóricas que están relacionados causalmente y se explican, por el hecho que

existen diferentes posturas en la calificación de los delitos contra el patrimonio en la modalidad de robo en los que el agente para su comisión utiliza una réplica de arma de fuego, sometiendo a sus víctimas quienes en la creencia de ser amenazadas con un arma de fuego real, acceden a la exigencia del agresor, por lo que debería incorporarse como agravante en el delito de robo la utilización de una réplica de arma.

VI. RECOMENDACIONES

- 6.1.** En vista de que se reconoce que en la actualidad se viene discrepando respecto a la calificación de los delitos contra el patrimonio en la modalidad de robo en los que el agente para su comisión utiliza una réplica de arma de fuego, sometiendo a sus víctimas quienes en la creencia de ser amenazadas con un arma de fuego real, acceden a la conducta del agresor, ya que al momento de la comisión de los hechos, la víctima no puede identificar si el arma es o no es real, y que en el fondo, usar la réplica de arma intimida a la víctima, en tanto se debe tener en cuenta el temor al cual es sometido la víctima o debe considerarse también esta modalidad dentro de la agravante del artículo 189 inciso 3 del Código Penal.
- 6.2.** No se considera acertado lo resuelto por la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N° 2676-2012-Junín, porque en cada caso debe establecerse si, conforme a las características del arma aparente, se cumple o no con lo exigido por el tipo agravado: aumentar el riesgo de afectación al patrimonio de la víctima. En ese sentido si alguien apunta a una persona con un arma aparente (replica de arma) para despojarla de sus pertenencia entonces lo que se valora es el bien que se va a sustraer y no la puesta en peligro del individuo y si esta persona podría sufrir una enfermedad al corazón y muere a consecuencia del susto de que le están apuntando con una réplica de arma, en este caso no se estaría poniendo en peligro la vida de la persona. Así como la persona no sabe si el arma es replica o no, el que apunta tampoco conoce si esa persona sufre alguna enfermedad.

- 6.3.** Teniendo en cuenta el aumento de la ola delincencial a nivel nacional, y considerando que la delincuencia está al pendiente de sacar provecho de las leyes penales, recomendamos redactar una propuesta legislativa tendiente regular la utilización de la réplica de arma de fuego en nuestro código penal vigente dentro de la agravante del delito de robo prevista en el inciso 3 dentro del artículo 189 del Código Penal.
- 6.4.** La propuesta legislativa contribuiría al fortalecimiento de la norma penal, y a que éstas contengan todas las situaciones posibles, a fin de que los operadores de justicia (jueces y fiscales) tengan un criterio uniforme en cuanto la calificación de delitos de robos con empleo de un arma de fuego aparente.

VII. PROPUESTA LEGISLATIVA

7.1. Presentación:

La autora que suscribe,, estudiante de la Escuela de Post Grado de la Universidad Pedro Ruiz Gallo, Maestría co mención en Derecho Penal, ejerciendo el Derecho de iniciativa legislativa ciudadana que le confiere el Artículo 2° inciso 17 de la Constitución Política del Perú, y acompañando las firmas reunidas del 0.3% del padrón electoral nacional debidamente corroborado el procedimiento de comprobación de firmas con la resolución expedida por la Oficina Nacional de Procesos Electorales, de acuerdo con la ley que regula la materia. Asimismo cumpliendo con lo exigido en los artículos N° 75 y 76 del Reglamento del Congreso de la Republica, se plantea la propuesta legislativa siguiente.

7.2. Título:

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL INCISO 3 DEL ARTÍCULO 189 DEL CÓDIGO PENAL.

7.3. Texto Normativo:

Artículo 1.- Objeto de la Ley.

El objeto de la presente ley es modificar el inciso 3 del artículo 189 del Código Penal.

Artículo 2°.- Propuesta a Incorporarse

Artículo 189 del Código Penal: La pena será no menor de doce ni mayor de veinte años si el robo es cometido:

1. En inmueble habitado.
2. Durante la noche o en lugar desolado.

3. A mano armada o con replica de arma de fuego.

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

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

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

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

Artículo 3.- Deroga dispositivos legales.

Deróguense todas las disposiciones legales que se opongan a la presente Ley.

Artículo 4.- Vigencia de la ley.

La presente ley entrará en vigencia a partir del 1° de enero del año 2016, previa publicación en el diario oficial.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES UNICA.- La presente Ley entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el diario oficial.

7.4. Exposición de Motivos.

Constituye una tarea inherente de los Abogados, alumnos e investigadores del Derecho, solucionar casos concretos aplicando diversas fuentes, sea de carácter formal o material, destacando principalmente el texto Constitucional peruano de 1993 y las normas con rango de Ley así como los precedentes constitucionales vinculantes, y la legislación de otros países.

La Constitución Política, en su Artículo 107°, en su segundo párrafo, dispone que los ciudadanos tienen derecho a iniciativa en la formación de leyes, concordante con la ley N° 26300 de los derechos de participación y control ciudadano, en su artículo 2 inciso d), que prescribe la iniciativa en la formación de las leyes.

Por lo tanto amparados en el precepto constitucional y demás leyes, que hace alusión al derecho que tiene toda persona de realizar una iniciativa legislativa.

La delincuencia campea en nuestro país sin que las autoridades logren detener esta ola de inseguridad ciudadana que cada día va cobrando más víctimas y que preocupa a millones de peruanos.

Las cifras del Plan Nacional de Seguridad Ciudadana 2013-2018, elaborado por el mismo Ministerio del Interior y publicado en el diario oficial El Peruano refleja que la delincuencia ya no es una percepción, sino una realidad.

Las denuncias policiales por diversos delitos pasaron de 617 por 100 mil habitantes (en 2010) a 846 por 100 mil habitantes (2012). Es decir, hubo un alza de 37%.

Los robos se incrementaron en un 31% entre los años 2010 y 2012. Mientras que los hurtos (o arrebatos al paso) subieron en un 33% en el mismo periodo. Asaltos con armas de fuego crecieron de 4.5% a 7.5% en un año. Los delincuentes atacan en grupo y a diferentes horas del día.

Sin embargo actualmente se viene discutiendo una nueva forma de modalidad de robo por la ola delincuencial, y ésta es la utilización de una réplica de arma de fuego para de esta manera intimidar a las víctimas y lograr sustraer su patrimonio. Sin embargo la Corte, en el Recurso de Nulidad N° 2676-2012-Junín, determinó que el delito de robo agravado en la modalidad de “a mano armada”, se encuentra fundamentado en la existencia del mayor peligro para la vida, la integridad o la salud de la víctima o de terceros, que importan al hecho la utilización de armas de fuego reales.

Al respecto existen autores que consideran que, de conformidad con el principio de legalidad, solo las armas reales pueden ser tipificadas en esta agravante, mientras que hay otros autores que sostienen que lo relevante no es la cualidad del arma sino el efecto intimidatorio que ellas generan sobre la víctima.

En atención a lo expuesto, analizaremos los elementos objetivos y la ratio legis de este tipo penal a fin de poder establecer si es que las armas aparentes y simuladas también pueden ser calificadas dentro de esta agravante.

Sobre el delito contra el patrimonio-robo a mano armada

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

“El que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro

inminente para su vida o integridad física, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años”.

Este delito presenta entre sus agravantes la contenida en el inciso 3) del artículo 189° del Código Penal, consistente en la configuración del Robo a mano armada, sancionando dicha conducta con una pena no menor de doce ni mayor a veinte años.

El bien jurídico tutelado en este tipo penal es el Patrimonio, que se ve afectado al despojar a la víctima de un bien mueble que es de su propiedad. La importancia de su determinación estriba en que suele confundirse el bien jurídico de este delito con el hecho de que su configuración puede aparejar la afectación indirecta de otros bienes jurídicos como la vida y la integridad física; no obstante, debemos tener en cuenta que lo que interesa, es el momento de la realización del supuesto de hecho y no lo sucedido en un momento ex post. En tal sentido, para evaluar la agravante a mano armada, lo relevante no es la peligrosidad objetiva real que se crea para la vida o la integridad física de la víctima con el uso de armas, sino la eficacia que produce el arma al ser ejercida de manera amenazante o violenta para anular o disminuir la voluntad de la víctima y/o de los terceros con la finalidad de lograr su propósito delictivo- sustracción o apoderamiento de bienes. (Gálvez Villegas, 2002, p. 780)

El Robo a mano armada exige en cuanto a su tipicidad objetiva la concurrencia de los siguientes elementos: i) sustracción del bien de la esfera de custodia de su dueño o poseedor; ii) apoderamiento ilegítimo del bien por parte del sujeto activo; iii) que el bien mueble sea total o parcialmente ajeno con valor patrimonial; iv) que el agente haga uso de la violencia física contra la persona o medie amenaza contra la víctima sobre un peligro inminente para su vida o integridad física y asimismo, y, v) que realice la conducta típica haciendo uso de un arma. Asimismo, la tipicidad subjetiva del delito de Robo agravado requiere que el sujeto activo actúe con dolo; es decir, con el

conocimiento y la voluntad de querer realizar los actos anteriormente mencionados.

Sobre el particular, es preciso desarrollar en qué consiste el concepto de arma para los fines del Derecho Penal. Siguiendo al Dr. Soler, el término “arma” se define como “(...) aquel instrumento específicamente destinado a herir o dañar a la persona como cualquier otro objeto que sea transformado en arma por su destino, al ser empleado como un medio contundente (...)”. (Soler, 1969, p.187)

Existen diversas clasificaciones sobre armas, siendo la más conocidas tres de ellas: i) la que clasifica a las armas en armas blancas, armas de fuego y armas contundentes; ii) la que clasifica en armas propias y armas impropias y, finalmente, iii) la que clasifica en armas reales y armas aparentes o simuladas.

Respecto a la primera clasificación tenemos que por armas blancas debemos entender aquellas armas que se caracterizan por ser punzantes, como por ejemplo los puñales; las punzo cortantes como los cuchillos y; las cortantes como las navajas y los machetes; por armas de fuego, las que se caracterizan por la deflagración de pólvora, como por ejemplo las pistolas; y finalmente, por armas contundentes, las que son instrumentos caracterizados por poseer la cualidad de generar lesiones en la víctima sin tener la cualidad de ser cortantes, punzante o penetrante, como por ejemplo, los martillos, las combas y los fierros. (Gálvez Villegas, Op. cit., p. 776)

En cuanto a la segunda clasificación, tenemos aquellas armas que son denominadas propias, las cuales han sido creadas para ser utilizadas como medios de ataque o defensa de las personas, por ejemplo, las pistolas; y las impropias, que son aquellas que sin tener esa finalidad, pueden ser utilizadas como un instrumentos para atacar a la víctima, como por ejemplo, una comba o una jeringa.

Finalmente, la última clasificación diferencia entre las armas reales y las armas aparentes o simuladas. La primera alude a las clasificaciones expuestas en los párrafos precedentes; no obstante, la segunda está referida a armas en desuso por inutilización o deterioro y a aquellas que son imitaciones de las armas reales. Sobre este último punto, se puede señalar a modo de ejemplo, las armas descargadas y las de juguete.

Precisamente, respecto a la idoneidad de la configuración del delito de Robo Agravado con el empleo de las armas aparentes o simuladas es que no existe uniformidad de criterios a nivel jurisprudencial ni doctrinal, tanto a nivel nacional como internacional, tal y como veremos a continuación.

Ahora bien, no podemos cerrar esta sección sin precisar que para que el arma pueda calificar como un elemento de agravación del delito, debe ser efectivamente empleado por el agente, es decir, debe ser el medio del cual se sirve el autor para doblegar la voluntad de la víctima. (Peña Cabrera, 2008, p 262) No basta, por consiguiente, el hecho de llevar o portar un arma; sea ejerciendo una violencia concreta, como por ejemplo, disparando al aire o al cuerpo de la víctima. Lo que importa es que pueda ser configurada como una fuerza contundente o como una forma de amenaza al ser exhibida (Salinas Siccha, 2006, p.153.) y que, gracias a este medio, el agente activo, logre desapoderar a la víctima de sus pertenencias.

Análisis de las diversas posiciones sobre la naturaleza jurídica del robo a mano armada.

Conforme a lo expuesto, cabe señalar que en la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional, existen dos posiciones o criterios al momento de analizar si es que las armas simuladas o aparentes pueden ser consideradas dentro de la agravante del Robo a mano armada.

Por un lado, hay autores que sostienen que las armas aparentes o simuladas no deberían ser incluidas dentro del concepto de armas y en virtud de ello, no podrían agravar el tipo base del delito de Robo. En esa línea, el Juez

Supremo Dr. Villa Stein, señala que este tipo de armas no constituyen propiamente un arma debido a que resultan ser inidóneas. (Villa Stein, 2001, p.73)

En ese sentido, estos autores afirman que este tipo de armas deben ser calificadas dentro del tipo base del delito de Robo, ya que no generan ningún tipo de peligro o riesgo para la vida e integridad de la víctima.

Por otro lado, existen otros autores que sostienen que estas armas sí deben ser consideradas dentro de la agravante a mano armada, debido a que producen un efecto intimidatorio en la víctima y en terceros que pudieran acudir en su defensa. Siendo ello así, estas armas sí se configurarían dentro de la agravante, debido a que la víctima se siente amenazada y violentada al momento en que el autor le sustrae sus bienes.

Sin embargo, a pesar de que estas posturas doctrinarias desarrollan argumentos lógicos, no han llegado a convencer a los diversos operadores judiciales debido a que no existe una posición uniforme que permita a los jueces calificar de manera correcta aquellos delitos de Robo cometidos con armas simuladas o aparentes.

Al respecto, consideramos que para poder establecer una correcta postura sobre este tema, se debe analizar desde la perspectiva de la protección del bien jurídico. Siendo ello así, este delito protege el bien jurídico patrimonio, el cual se encuentra representado por el derecho de propiedad de la víctima sobre sus bienes muebles.

En ese sentido, consideramos que la agravante de Robo a mano armada no se determina por una probable o real afectación de la vida o integridad de la víctima, sino que el arma debe generarle una amenaza o violencia que anule o haga disminuir su voluntad de defender sus bienes objeto de sustracción o apoderamiento por parte del victimario. En virtud de ello, la agravante se

configuraría con la utilización de armas propias e impropias, reales, simuladas o aparentes.

Además, debemos señalar que nuestra posición ha sido asumida de manera mayoritaria en diversos pronunciamientos emitidos por la Corte Suprema. Es así que, en el Recurso de Nulidad N° 5824-97- Huánuco, se señaló que:

“Un arma es todo instrumento real que incrementa la capacidad de agresión del agente y reduce la capacidad de resistencia de la víctima, de ninguna manera puede considerarse como Robo simple la conducta desplegada por los referidos acusados, pues si bien es cierto que aparentemente son inocuas, pero sin embargo resultaron suficientes para lograr atemorizar a los agraviados, contra los que ejercieron violencia, participaron más de dos agentes, en casa habitada.”

En tal sentido, teniendo en consideración que el bien jurídico es el patrimonio de la víctima, las armas aparentes (juguete) o simuladas (fogueo) deben ser consideradas como parte de la agravante mano armada en el delito de Robo, siempre que la utilización de estas genere un efecto intimidatorio en la víctima y producto de ello se despoje de un bien mueble a la víctima. Por lo tanto, consideramos que los Jueces Supremos deberían adoptar esta posición al momento de realizar el Acuerdo Plenario que regule este tema, ya que de lo contrario no se protegería el bien jurídico- patrimonio de la víctima- que tutela el delito de Robo.

El uso de réplica de arma o arma aparente pone en real peligro la integridad física de la víctima. En el Recurso de Nulidad n° 2676-2012-Junín no se toma en cuenta que al momento de la comisión de los hechos, la víctima no puede identificar si el arma es o no es real, y que en el fondo, usar el arma juguete intimida a la víctima, en tanto se debe tener en cuenta el temor al cual es sometido la víctima.

Por otro lado es necesario especificar esta situación jurídica en la norma penal, así como realizan otras legislaciones, como la argentina donde tipifican dicha situación en su artículo 166 inciso 2, así de esta manera se ayuda a coadyuvar al Juez en una decisión más uniforme y de acuerdo al ordenamiento legal.

En virtud de lo expuesto, las armas aparentes (juguete) o simuladas (fogueo) deben ser consideradas como parte de la agravante mano armada en el delito de Robo, siempre que la utilización de estas genere un efecto intimidatorio en la víctima y producto de ello se genere un apoderamiento o sustracción de un bien mueble de propiedad de la víctima. En ese sentido, aquellas personas que utilicen armas aparentes o simuladas al cometer un Robo, deberán ser sancionados con una pena privativa de libertad no menor a doce (12) años ni mayor a veinte (20) años.

La propuesta contribuye a una mejor aplicación de la norma y por consiguiente de la pena que se merece el autor del hecho delictivo, ya que se está observando que el artículo objeto de análisis no contiene un hecho que en la realidad se viene suscitando. Así mismo este vacío legal en el artículo 189 del código Penal Peruano, viene siendo de gran beneficio para el actor del hecho punible, el cual utiliza réplica de arma de fuego al momento de delinquir para no ser condenado con la pena que debería asignarse.

Asimismo también contribuye a la decisión de los jueces para que no se vea afectada la naturaleza del acto típico que lesiona o pone en peligro el bien jurídico del patrimonio.

7.5. Análisis Costo Beneficio.

El presente proyecto no irroga gasto alguno al erario público y más bien contribuye con concordar nuestra legislación nacional, además de esclarecer el tema, ya que han existido pronunciamiento y/o opiniones de doctrinarios discrepantes respecto a este tema.

7.6. Efecto de la vigencia de la norma sobre la legislación nacional.

El presente proyecto no contraviene ni la Constitución Política Peruana y ni el Código Penal, por el contrario, contribuye a fortalecer nuestro ordenamiento jurídico nacional.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Antolisei, F. (1988) "Manual de Derecho Penal – Parte general", Editorial Temis, 8va Edición, Colombia.

Alcócer Povis y Alejos Toribio (2013), Arma Aparente. Perú

Bramont - Arias Torres, Luis Alberto y García Cantizano, Maria Del Carmen. (1997). Manual de Derecho Penal. Parte especial. Tercera edición. Lima: Editorial San Marcos.

Bustos, J. (2005). Obras Completas Tomo I Derecho Penal Parte General, ARA Editores, Lima.

Cancio, M. (2005) “Derecho penal del Enemigo”. Editora de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

Castillo, J. (2002) Principios de derecho penal parte general, Gaceta Jurídica, Lima.

Cumiz & Huamán (2009) “Concurso aparente entre la tenencia de arma y el robo con arma”. Revista del Instituto de Estudios Penales. Lima - Perú)

Cerezo Mir J. (2010) “Delito de Robo con Violencia o Intimidación”, España.

Cobo Del Rosal y Vives, A. (1999) “Derecho Penal – Penal General”. Quinta edición, editorial Tirant Lo Blanch.

Choclán, J. A. (2001) “Derecho Penal Parte general”. Tomo I. Segunda Edición. Editorial Bosch. Barcelona.

- Estrella, O. y Godoy, R. (2007) "Código Penal. Parte especial. De los delitos en particular" 2ª edición, Buenos Aires: Editorial Hammurabi.
- Figari R. (2006) Robo. Análisis doctrinario y jurisprudencial. Córdoba: Editorial Mediterránea.
- Figari R. (2010) "El concepto de arma de utilería." Buenos Aires – Argentina.
- Gálvez, T. & Delgado, W. Derecho Penal: Parte Especial. Tomo II. Editorial: Jurista Editores
- García M. (2014). El robo con violencia o intimidación en las personas en nuestro Código Penal. España.
- Gimeno S. (2000) Introducción al Derecho Procesal, 3ª ed. Madrid.
- Gunter, J. (2005) "Derecho penal del Enemigo". Editorial THOMSON-CIVITAS. Lima.
- Landa, C. (2003) "Teoría Constitución de Derecho Constitucional". Palestra Editores. Lima.
- Loza, A (2014) "Robo con Arma Aparente". Lima – Perú: Revista caminando derecho.
- Maier, J. (1989) "Derecho Procesal Penal Argentino". Tomo I. volumen B. Editorial Hammurabi. Buenos Aires.
- Muñoz, F. y García, M. (2004) Derecho Penal. Parte General (6.ª edición). Valencia.
- Noel, M. y Slapuscio. C. (1998) "IV Encuentro Internacional sobre Ciencias Penales". Santiago de Chile.

- Peña, A. (2013) Derecho Penal Parte General. Cuarta Edición, Tomo I, Editorial Idemsa, Lima – Perú.
- Peña, R. (1997) "Derecho Penal Peruano Parte General", Editorial Grijiey. Lima.
- Peña, A. (2008) Derecho Penal: Parte Especial. Tomo II. Segunda Edición. Lima: Editorial IDEMSA.
- Petean M. (2012) “¿Cómo deben concursar los delitos de robo con armas y la portación?”. Argentina”
- Quiroga, A (1989) “Las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia. En la Constitución diez años después”. Lima.
- Ramos, J. (2012) “Análisis comparativo del hurto y robo en la Doctrina Nacional”. Arequipa – Perú)
- Reinaldi, V. (2006) “Delincuencia armada” 3º Edición ampliada, Córdoba: Editorial Mediterránea.
- Roxin, C. (1997) “Derecho Penal Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito”. Segunda Edición. Editorial Civitas. Madrid.
- Rojas, F. (1999). Jurisprudencia Penal Comparada. 1ra edic. Gaceta Jurídica S.A. Perú.
- Rojas, F. (2000). “Jurisprudencia Penal Patrimonial”. 1ra edición. Editorial Grigley. Lima.
- Rojas, F. (2013) Los delitos contra el patrimonio en la Jurisprudencia. 1ra edic. Gaceta Jurídica S.A. Perú.

Salinas, R. (2002) Curso de Derecho Penal Peruano. Parte Especial III- DELIS CONTRA EL PATRIMONIO, Editorial Moreno S.A. Perú.

Salinas, R. (2006). Delitos contra el Patrimonio. 2da ed., Jurista editores, Lima.

Salinas. R (2010). Derecho Penal. Parte Especial. 4ta edic. Editorial Grijley, Lima.

Ticona, V. (1995) “Análisis y Comentarios del Código Procesal Civil”. Editorial jurídica Grijley EIRL.

Traballini De Azcona, M. (2004) “El nuevo robo con armas (art. 166 inc. 2º C.P.) Las formas agravadas de la ley 25.882. El arma de utilería” en “Pensamiento Penal y Criminológico. Revista de derecho penal integrado”. Argentina.

Vilcapoma Bujaico W. (2003). La calificación del delito de robo agravado: una problemática judicial por resolver: comentario a una sentencia de la corte suprema. Lima: Editora Juridica Grijley.

Villa Stein J. (2014) “Derecho Penal. Parte General”. Perú: Ara Editores.

IX. ANEXOS

ANEXO N° 01: CUESTIONARIO



UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO ESCUELA DE POSTGRADO



MAESTRIA CON MENCIÓN EN DERECHO PENAL

CUESTIONARIO N° 01

DIRIGIDO A JUECES Y FISCALES PENALES DE LA PROVINCIA DE CHICLAYO.

Le agradeceremos responder a este breve y sencillo cuestionario que tiene como propósito obtener datos que nos permitan Identificar **“LA RÉPLICA DE ARMA DE FUEGO COMO AGRAVANTE DEL DELITO DE ROBO”**. A su vez es preciso aclarar que el presente instrumento es totalmente anónimo.

I. Generalidades: Informantes:

1.1. Ocupación:

- a) Jueces ()
- b) Fiscales ()

II. OPERADORES DE JUSTICIA.

2.1. ¿Ud. considera que la utilización de la réplica de arma de fuego debería estipularse en nuestro código penal vigente como una agravante en el delito de robo agravado?.

- a. De acuerdo ()
- b. Totalmente de acuerdo ()
- c. No estoy de acuerdo ()
- d. Totalmente en desacuerdo ()

2.2. ¿ Ud. considera que la utilización de la réplica de arma de fuego cumple su fin intimidador en el delito de robo?.

- a. De acuerdo ()
- b. Totalmente de acuerdo ()
- c. No estoy de acuerdo ()
- d. Totalmente en desacuerdo ()

2.3. ¿ Cree usted que la pena a imponerse por el delito de robo con replica de arma es la adecuada?.

- a. De acuerdo ()
- b. Totalmente de acuerdo ()
- c. No estoy de acuerdo ()
- d. Totalmente en desacuerdo ()

2.4. ¿Considera Ud. que la utilización de la réplica de arma de fuego, sin considerarla como agravante beneficia a la ola delincencial?

- a. De acuerdo ()
- b. Totalmente de acuerdo ()
- c. No estoy de acuerdo ()
- d. Totalmente en desacuerdo ()

2.5. ¿ Considera Ud. que debería proponerse un proyecto de ley que modificar el inciso 3 del artículo 189 del Código Penal considerando la utilización de la réplica de arma de fuego como agravante en el delito de robo?

- a. De acuerdo ()
- b. Totalmente de acuerdo ()
- c. No estoy de acuerdo ()
- d. Totalmente en desacuerdo ()

“AGRADECEMOS SU AMABLE COLABORACIÓN”