

tres pericias analizadas es necesario comprobar su solvencia o confiabilidad científica, según su naturaleza, para asignarle valor debiendo atenderse los criterios expuestos.

III. DECISIÓN

38°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

39°. ESTABLECER como doctrina legal los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 15° al 36° del presente Acuerdo Plenario.

40°. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

41°. DECLARAR que, sin embargo, los jueces que integran el Poder Judicial en aras de la afirmación del valor seguridad jurídica y del principio de igualdad ante la ley, sólo pueden apartarse de las conclusiones de un Acuerdo Plenario si incorporan nuevas y distintas apreciaciones jurídicas respecto de las rechazadas o desestimadas, expresa o tácitamente, por la Corte Suprema de Justicia de la República.

42°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial El Peruano.

Hágase saber.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

VILLA STEIN

PRADO SALDARRIAGA

RODRIGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

PRINCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

LOLI BONILLA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

IX PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA

ACUERDO PLENARIO Nº 5-2015/CIJ-116

Fundamento: Artículo 116° TUO LOPJ.

Asunto: El concepto de arma como componente de la circunstancia agravante "a mano armada" en el delito de robo.

Lima, dos de octubre de dos mil quince.-

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

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1°. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización

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

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

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

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

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

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

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

Intervienen como ponentes los señores Prado Saldarriaga y Salas Arenas.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. Antecedentes y situación problemática

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

Este antecedente muestra que el legislador desarrolló una noción más amplia de aquella que ha correspondido tradicionalmente a la agravante de mano armada o de portar armas. Esto es, la necesidad de que el agente exhiba o lleve consigo un medio confeccionado exclusivamente para potenciar la capacidad de ataque o de daño contra terceros. El legislador con dicho texto propició la posibilidad de una interpretación analógica a partir de la función propia de las armas: su capacidad de servir para atacar y dañar. De allí que, desde aquél entonces, la doctrina ha rechazado que

se configure la agravante si no es posible derivar del medio empleado tal capacidad ofensiva [Roy Freyre, Luis E: Derecho penal peruano. Parte Especial, Tomo III. Delitos contra el patrimonio, Instituto Peruano de Ciencias Penales, Lima, 1983, pp. 90-91].

5°. El Código Penal de 1991 no ha reproducido una fórmula alterna similar sino que el legislador se ha limitado a considerar, en el inciso 3 del artículo 189°, como agravante específica del delito de robo, el cometerlo a "mano armada", es decir, que el agente porte y exhiba ante la víctima "un arma". Si la interpretación de dicho precepto se hiciera en atención a la doctrina antes señalada, entonces no sería posible la configuración de la agravante "a mano armada" cuando el agente portara un juguete con forma de arma o simulara portar un arma que es en realidad un medio que carece de capacidad ofensiva y sirve a otros fines, como ocurre, por ejemplo, en el caso de los encendedores fabricados con las características externas de un arma de fuego, es decir, cuando esgrima un "arma aparente". Se destaca, desde tal perspectiva, la influencia calificante del peligro personal corrido por la víctima [Soler, Sebastián: Derecho penal argentino, Tomo IV, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1983, p.267].

El debate se ve reflejado en las ejecutorias supremas pronunciadas con motivo de los Recursos de Nulidad N° 5824-97-Huánuco, en que se indicó que "arma es todo instrumento real o aparente que incrementa la capacidad de agresión del agente y reduce la capacidad de resistencia de la víctima [...]"; y el N° 2179-1998-Lima, donde se sostuvo que "el concepto de arma no necesariamente alude al arma de fuego, sino que dentro de dicho concepto debe comprenderse a aquel instrumento capaz de ejercer efecto intimidante sobre la víctima, al punto de vulnerar su libre voluntad, despertando en ésta un sentimiento de miedo", en tanto que en el Recurso de Nulidad N° 4172-2004-Chincha, en que se consideró que "el fundamento de la calificante se basa en la calidad del medio empleado por el agente para cometer el ilícito y que potencia su capacidad ofensiva en desmedro de la seguridad del sujeto pasivo". Desde otra óptica, en la postura adoptada en el Recurso de Nulidad N° 2676-2012-Junín, se consideró que "el fundamento de la agravación se encuentra en el peligro que para la vida, la integridad o la salud del sujeto pasivo o de los terceros supone la utilización de tales objetos o medios"; con lo que el debate no se cerró.

6°. En la actual situación de inseguridad ciudadana se aprecia que los robos que ocurren con mayor frecuencia se realizan con armas reales y no simuladas. No obstante, la cifra concreta de delitos en los que se utilizan armas aparentes y armas de fuego inoperativas u otro tipo de objeto, réplicas, de utilizaría o simuladas, se incrementa cada vez más y motiva que la judicatura penal de la Corte Suprema se pronuncie, determinando firmemente la connotación de aquel elemento agravatorio en su dimensión cabal, para aplicarse como decisión vinculante, sin generar paradojas ni impunidad¹.

Es de resaltar que hoy existe variedad de objetos no letales que tienen las características de un arma de fuego como las denominadas armas neumáticas, airsoft y paintball que tienen la apariencia de un arma de fuego auténtica sin serlo; encendedores que copian la forma de un arma de fuego – como dato de la observación concreta – y juguetes cuya semejanza con una real no puede ser apreciada a simple vista y que su utilización para la comisión de delitos se incrementa en el marco creciente de la inseguridad ciudadana extendida en todo el país, ello se puede apreciar en los cuadros de fuente policial contenidos en los anexos 01 y 02 (ver al final)².

Según la información consolidada emitida por las Divisiones Territoriales y Divisiones Policiales en la Región Policial de Lima, durante el 2014 se incautaron 17 armas de fuego hechizas, 74 réplicas de armas de fuego y 31 armas de fuego inoperativas, mientras que del 1 de enero hasta el 31 de agosto del 2015 se incautaron 11 armas de fuego hechizas, 120 réplicas de arma de fuego y 29 armas de fuego inoperativas.

Se eleva por tanto el empleo de elementos con apariencia de arma, en particular de fuego, usadas para facilitar los robos, reduciendo o anulando la resistencia de las víctimas³.

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

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

7°. Para comprender el sentido de la represión penal de la agravante "a mano armada" en el delito de robo, se ha de partir por identificar cuál es el bien jurídico protegido. En la doctrina

nacional destacan dos posiciones sobre ello: a) Aquella que afirma que el robo es un delito pluriofensivo, donde la propiedad es el bien jurídico específico predominante; pero junto a ella, se afecta también directamente a la libertad de la víctima, la vida y la integridad física [Rojas Vargas, Fidel: Delitos contra el patrimonio, Grijley, Lima, 2000, p. 348]. b) La otra postura que considera que el único bien jurídico que se tutela con el delito de robo simple es el patrimonio y que la afectación de otros bienes jurídicos como la vida, la integridad física o la libertad sólo sirven para calificar o configurar de forma objetiva el hecho punible de robo [Salinas Siccha, Ramiro: Delitos contra el patrimonio, Ed. Instituto Pacífico, Lima, 2015, p. 125]. La tesis adecuada a la protección más cabal del delito de robo es la que considera que el delito de robo tiene la característica de ser pluriofensivo, puesto que afecta esencialmente al patrimonio, pero también a la integridad física o la salud y la libertad.

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

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

8°. El artículo 188° del Código Penal sanciona la conducta de quien se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, empleando para ello violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física. La fórmula legislativa, modificada por el Artículo 1 de la Ley N.° 27472, publicada el 5 de junio de 2001, ha sido diseñada de la siguiente manera:

Artículo 188.- Robo: "El que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años".

9°. La circunstancia de agravación prevista en el inciso 3) del artículo 189° del Código Penal, se configura cuando la conducta descrita se lleva a cabo "a mano armada". Esto es, mediante la utilización de un arma. En este contexto, cabe determinar a qué intensidad y a qué clase de amenaza se refiere la fórmula del tipo base cuando señala que el agente debe "amenazar con un peligro inminente para su vida o integridad física" (se entiende del sujeto pasivo)⁴.

En el artículo 188° se alude a una amenaza inminente⁵, de allí que no podrá configurar tal exigencia legal la amenaza de un

¹ Es de resaltar que el término "arma" (que involucra a la de fuego) aparece, además del robo, en varios dispositivos contenidos en el Código Penal: v. gr., violación sexual: artículo 170.1 del CP; abigeato: artículo 189.C del CP; usurpación: artículo 204.1 del CP; rebelión: artículo 346 del CP; y sedición: artículo 347 del CP), considerando que la comisión del hecho con un arma debe ser sancionada de modo más intenso.

² Reporte estadístico de incautación de armas de fuego inoperativas, armas de fuego hechizas, y réplicas de arma remitido por el Jefe de la Oficina de Planeamiento Administrativo de la Región Policial Lima.

³ Es más sencillo para quien delinque proveerse de una réplica que de un arma de fuego verdadera y finalmente le resulta menos aflictivo, ante una súbita intervención penal, porque no hay una tenencia ilícita de réplica de arma de fuego.

⁴ El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española –en adelante, el DRAE– define el término amenaza con dos acepciones: "1. Tr. Dar a entender con actos o palabras que se quiere hacer algún mal a alguien" y "2. Tr. Dar indicios de estar inminente algo malo o desagradable".

⁵ Según el DRAE, del latín *imminens*, -entis. Part. Act. De *imminere* "amenazar" se entiende "que amenaza o está para suceder prontamente".

mal de remota materialización. Tendrá, por tanto, que revestir las calidades de verosimilitud en la materialización y, además, proximidad⁶.

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

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

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

§ 3. Fundamentos de la circunstancia agravante por empleo de arma

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

12°. El significado del “arma” es amplio, pues basta para ello que cumpla la finalidad de potenciar la capacidad de ataque o defensa de quien la utiliza⁷; a lo que se agrega el concepto de alevosía⁸, que expresada en el empleo de armas, se funda en la ventaja derivada de los efectos del temor⁹, situación con la que cuenta el asaltante para lograr su objetivo ilícito que como es claro tiene una expectativa fundamentalmente patrimonial. Cuando el agente ejecuta la sustracción amenazando con un elemento que en apariencia es un arma (sea o no de fuego), obra para asegurar el resultado planificado, intentando eludir los riesgos de una reacción defensiva de la persona atacada; se coloca en condición de superioridad ante la indefensión del sujeto pasivo. El agente se prepara y cuenta con los efectos del temor de distinta intensidad que generará según la víctima¹⁰ (elemento subjetivo de tendencia distinto al dolo); es claro que no habrá un trauma psíquico en todos los casos, pero el temor al daño se hallará presente siempre.

Este proceder constituye una expresión de la alevosía —más grave aún si se produce el ataque por la espalda—, en que el desvalor de la conducta se funda en: a) la tendencia interna intensificada del agente¹¹ que, para facilitar el delito, procede a traición y sobre seguro (elemento subjetivo distinto del dolo presente en el sujeto activo), allí se revela la perversidad del autor y se pone en evidencia la naturaleza subjetiva de la alevosía¹²; y, b) la mayor antijuridicidad, por los medios comisivos que el agente emplea, revelándose allí la mayor gravedad del injusto, esto es, la naturaleza objetiva de la alevosía¹³, por el empleo de medios o formas para diluir o minimizar el riesgo para quien delinque.

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

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

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

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

14°. En la Directiva de Órgano DG-PNP N.º 04-20-2009-DIRLOG/PNP-B, de 20 de octubre de 2009, se regula el control, la adquisición, tenencia, uso, seguridad, conservación, afectación, altas, bajas, transporte y destino final del armamento, municiones y equipo policial del Estado, así como de armas de fuego particulares de propiedad del personal PNP en situación de actividad, disponibilidad y retiro; en el apartado “Q” denominado CARTILLA PARA NORMAS EL EMPLEO DE ARMAS DE FUEGO¹⁴; se describe un modo de actuar que revela

⁶ Según el DRAE: “cercanía, que dista poco en el espacio o en el tiempo”.

⁷ Cfr., DRAE, disponible en: <http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=VQPYw97SLDXX2XNv4IED>.

⁸ Cfr., DRAE. Entendida como una “cautela para asegurar la comisión de un delito contra las personas, sin riesgo para el delincuente”.

⁹ Según el DRAE: “Pasión del ánimo, que hace huir o rehusar aquello que se considera dañoso, arriesgado o peligroso”.

¹⁰ El mecanismo que desata el miedo se encuentra, tanto en personas como en animales, en el cerebro, concretamente en el cerebro reptiliano, que se encarga de regular acciones esenciales para la supervivencia como comer y respirar, y en el sistema límbico, que es el encargado de regular las emociones, la lucha, la huida, la evitación del dolor y en general todas las funciones de conservación del individuo y de la especie. Este sistema revisa de manera constante (incluso durante el sueño) toda la información que se recibe a través de los sentidos, y lo hace mediante la estructura llamada amígdala cerebral, que controla las emociones básicas, como el miedo y el afecto, y se encarga de localizar la fuente del peligro. Cuando la amígdala se activa se desencadena la sensación de miedo y ansiedad, y su respuesta puede ser la huida, el enfrentamiento o la paralización. Se ha encontrado que la sensación de miedo está mediada por la actuación de la hormona antidiurética (o “vasopresina”) en la amígdala cerebral y que la del afecto lo está por la de la hormona oxitocina, también en la amígdala.

El miedo produce cambios fisiológicos inmediatos: se incrementa el metabolismo celular, aumenta la presión arterial, la glucosa en sangre y la actividad cerebral, así como la coagulación sanguínea. El sistema inmunitario se detiene (al igual que toda función no esencial), la sangre fluye a los músculos mayores (especialmente a las extremidades inferiores, en preparación para la huida) y el corazón bombea sangre a gran velocidad para llevar hormonas a las células (especialmente adrenalina). También se producen importantes modificaciones faciales: agrandamiento de los ojos para mejorar la visión, dilatación de las pupilas para facilitar la admisión de luz, la frente se arruga y los labios se estiran horizontalmente.

La consolidación en la memoria de un episodio de miedo intenso (o de un trauma) no es inmediata. Según los investigadores Min Zhuo, Bao Ming Li y Bong Kiun Kaang la activación de los receptores NMDA (que son las moléculas que reciben las señales bioquímicas que provocan un efecto fisiológico concreto) provoca que en esos receptores se produzca una huella en las células cerebrales. En concreto, sería la subunidad molecular llamada NR2B la que serviría de marca de memoria. En experimentos realizados con ratones, el bloqueo de la NR2B en la corteza prefrontal produjo la desaparición de la reacción a un miedo previamente experimentado. Disponible en: <https://es.wikipedia.org/wiki/Miedo>.

¹¹ Al respecto, y principalmente, JESCHECK, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal. Parte General, Cuarta Edición, MANZANARES SAMANIEGO José Luis (Trad.), Comares, Granada, pp. 286-287; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, Curso de Derecho Penal. Parte General. I. Editorial Universitat, Madrid, 1996, pp. 396-397; y VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, Derecho Penal. Parte General, Grifley, Lima, 2006, p. 376.

¹² CUELLO CALÓN, Eugenio. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Barcelona: Bosch, 1971, p.561.

¹³ CERZO MIR, José. Curso de Derecho Penal español. Parte General. II. Teoría jurídica del delito. Sexta Edición, Tecnos, Madrid, 1998, p. 377; MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, Derecho Penal. Parte General, Quinta Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 280-281.

¹⁴ En el acápite 4 relativo al “Procedimiento a Seguir en Caso de Emplearse Armas”, se precisa que el policía debe: a) Identificarse como miembro PNP. b) Hacer conocer con voz clara y firme que se va a hacer uso del arma. c) Repetir dos veces esta notificación, incluyendo que se va a disparar. d) Si no ha sido posible conseguir resultados favorables con estas advertencias, se efectuará un disparo al aire con el objeto de amedrentarlos, procurando que el disparo no cause daño. e) Si a pesar de ello no se obtiene que el infractor deponga su actitud, se hará uso energético del arma, evitando causar la muerte. f) Si en una captura intervienen varios miembros de la Policía Nacional, el más antiguo dará la orden para el empleo de las armas, siendo responsable de su determinación.

diáfananamente la función disuasoria o intimidante del empleo de un arma de fuego de la que legítimamente se valen los efectivos policiales en el restablecimiento del orden, utilidad que también aprovechan quienes pretenden cometer o cometen ilícitos, desplegando especial alevosía¹⁵ y con la ventaja consiguiente para lograr su objetivo ilícito de orden patrimonial.

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

Hoy, el artículo 46.2.f, del Código Penal peruano¹⁶, señala como una circunstancia genérica de agravación, el “ejecutar la conducta punible mediante ocultamiento, con abuso de la condición de superioridad sobre la víctima o aprovechando circunstancias de tiempo, modo o lugar, que dificulten la defensa del ofendido o la identificación del autor o partícipe”; por lo que el legislador ha extendido la alevosía a otros supuestos delictivos en cuanto fueran compatibles y no será razonable duplicar la valoración en los supuestos de robo y otros delitos violentos, ejecutados “a mano armada”, por tratarse de circunstancias específicamente previstas en los tipos penales correspondientes.

Cabe resaltar que en la Ley N° 30299, Ley de armas de fuego, municiones, explosivos, productos pirotécnicos y materiales relacionados de uso civil, se ha considerado que las pistolas neumáticas o similares de armas de fuego, deben ser objeto de diferenciación para no ser confundidas con las reales, por lo que en el artículo 12 se establece que “las armas neumáticas o similares a las armas de fuego, deben presentar un signo distintivo como punta roja o naranja para su importación, comercialización y uso, que permita su fácil visualización hacia terceros, de modo que pueda distinguirse claramente de un arma de fuego real” y “no se permite la comercialización, porte y uso de las citadas armas que no presenten la característica mencionada”¹⁷.

15°. En consecuencia, el legislador nacional ha declarado que en algunos casos hay dificultad para diferenciar un arma de fuego real de una aparente y debido a ello ha establecido la obligación de hacerlas distinguibles como requisito para su comercio, porte y uso, lo que abona que, bajo el principio de la realidad, es indiferente para la víctima en un acto de robo, que el elemento con el que la amenazan sea un arma funcional o fuera simulada, puesto que esencialmente el grado de semejanza es tal que difícilmente un experto podría reconocer a priori si se está empleando una verdadera y apta o una falsa (tanto más si el atacante obra por la espalda o en la oscuridad)¹⁸.

16°. A mayor abundamiento, en el artículo 189° C del Código Penal, relativo al robo de ganado, se agrava la responsabilidad, entre otros supuestos, cuando el agente “hubiere portado cualquier clase de arma o de instrumento que pudiese servir como tal”, con lo que el legislador asumió el sentido amplio de “arma” y consideró la alevosía contra la víctima en el proceder del agente que sustrae ganado, valiéndose de tales elementos. Resultaría paradójico que se pudiera entender como “arma” en general o, “arma de fuego” en particular, únicamente al arma auténtica y funcional para el supuesto de asalto a las personas para despojar a las víctimas de cualquier bien que no sea ganado; pero cuando se configurare un supuesto de abigeato, se tuviera que entender que cualquier instrumento que pudiese servir como arma (útil para configurar la alevosía del agente) deberá ser considerado como tal y calificar la conducta como delito agravado. Se generaría así un doble estándar de aplicación de la propia ley en materia de robo, diferenciada sin motivo atendible por la naturaleza del bien material sustraído. Se generaría por interpretación una protección especial al patrimonio ganadero, diferente a la que corresponde a la persona (de cualquier edad o condición) que no lo es.

17°. Esa especial facilidad para la perpetración y aseguramiento de impunidad con que se broquea quien utiliza el arma aun cuando esta no sea apta para disparar por deterioro falsedad, sea simulada o de juguete; genera un ámbito de diferencia con el delito de robo simple, en el cual el sujeto pasivo puede ejercer efectivamente resistencia ante un riesgo que no tiene la misma magnitud de la amenaza, que cuando se porta un arma.

Por tanto, el sentido interpretativo del término “a mano armada” como agravante del delito de robo del artículo 189.3° del Código Penal, en relación a las armas en general y las armas de fuego en particular, abarca a las de fuego inoperativas, aparentes, las armas de utilería, los juguetes con forma de arma, las réplicas de arma o cualquier elemento que por su similitud con un arma 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 con que obra el agente delictivo.

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

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

III. DECISIÓN

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

ACORDARON:

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

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

22°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial El Peruano.

Hágase saber.

Ss.

SAN MARTIN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

RODRIGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

PRINCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

LOLI BONILLA

¹⁵ La expresión “alevosía”, según CEREZO MIR, exige que el sujeto haya elegido o utilizado los medios, modos o formas de ejecución con el fin de asegurarla y de evitar los riesgos procedentes de una posible defensa de la víctima sin que sea preciso que el sujeto “haya elegido determinados medios, modos o formas de ejecución con el fin de asegurarla e impedir la posible defensa de la víctima”, sino que “basta con que utilice los medios, modos o formas de ejecución con los fines mencionados”. CEREZO MIR, José. Curso de Derecho Penal español. Parte General. II. Teoría jurídica del delito. Sexta Edición, Tecnos, Madrid, 1998, p. 372.

¹⁶ Vigente desde agosto del 2013, en el artículo 1 de la Ley N° 30076.

¹⁷ En noviembre del 2014, un adolescente afroamericano de doce años, en Cleveland (Ohio), apuntaba con una pistola a los transeúntes en un parque, y luego de una denuncia telefónica, un vehículo patrullero se hizo presente casi al instante y un agente policial conminó al atacante hasta en tres oportunidades a que levantara las manos, y tras hacer caso omiso el menor llevó las manos a la cintura (se ignora si para sacar el arma) y el policía le disparó en el abdomen.

El adolescente murió en el hospital. El arma no era verdadera, sino una pistola airsoft, que no tenía el tapón o el botón naranja que lo distinguiera de las verdaderas.

La interrogante es si el tema se ha de abordar como un caso de legítima defensa, un caso de cumplimiento del deber o un asesinato. Lo probable es que se entienda aquel proceder como justificado. A mayor información, véase:

<http://mexico.cnn.com/mundo/2014/11/23/la-policia-mata-a-un-menor-que-portaba-un-arma-de-juguete-en-cleveland>

¹⁸ En el artículo 14 del Proyecto de Reglamento de la Ley N° 30299, de 24 de julio de 2015 (Resolución Ministerial 0426-2015-IN), se considera que deberá ser fácil el diferenciar por terceros las que no son armas de fuego reales.