

ANÁLISIS DE LA PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA INACABADA POR INTERRUPCIÓN EXTERNA EN EL DELITO DE ROBO AGRAVADO CON USO DE ARMA APARENTE.

ANALYSIS OF PUNISHABILITY OF UNFINISHED TENTATIVE BY EXTERNAL INTERRUPTION IN THE CRIME OF THEFT WITH THE USE OF AN APPARENT WEAPON

*Juan Manuel Rosas Caro*¹

Alumno de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres

SUMARIO

- Introducción
- Los contenidos del tipo penal de robo
- El papel de la violencia como elemento típico del tipo penal de robo
- Las esferas de resguardo y la disponibilidad del bien como presupuesto de la consumación
- La tentativa, análisis de las bases para su punibilidad y delimitación del inicio de los actos ejecutivos
- La tentativa en el tipo penal de robo
- La tentativa inacabada por interrupción externa en el delito de robo agravado con arma aparente
- La punibilidad autónoma del agravante de mano armada en el tipo penal de robo
- Conclusiones
- Bibliografía

RESUMEN

El artículo analiza la punibilidad de la tentativa inacabada por interrupción externa en el delito de robo agravado con uso de arma aparente. Se examina el papel de la violencia como elemento clave para entender la autonomía entre el robo y el hurto, así como el impacto del uso de un arma aparente en la capacidad de reacción de la víctima. Se diferencia entre los actos preparatorios y ejecutivos en el iter criminis del robo y se establecen los actos punibles dentro de la tentativa. Se cuestiona la punibilidad de un robo agravado en tentativa inacabada con arma aparente, argumentando en contra de considerar punible una tentativa donde el arma no representa un peligro real para la vida ni se completa la sustracción del bien.

PALABRAS CLAVE

¹ Primer puesto en el concurso Dario Herrera Paulsen.

Punibilidad, tentativa, Robo Agravado, Arma aparente

ABSTRACT

This article analyzes the punishability of unfinished attempts due to external interruption in the crime of aggravated robbery with the use of an apparent weapon. It examines the role of violence as a key element in understanding the autonomy between robbery and theft, as well as the impact of using an apparent weapon on the victim's reaction capacity. It distinguishes between preparatory and executive acts in the *iter criminis* of robbery and establishes punishable acts within the attempt. The punishability of an aggravated robbery in unfinished attempt with an apparent weapon is questioned, arguing against considering punishable an attempt where the weapon does not pose a real danger to life and the theft is not completed.

KEYWORDS

Punishability, Attempt, Aggravated robbery, Apparent weapon

INTRODUCCIÓN

En el presente artículo se realiza un análisis de la punibilidad de la tentativa inacabada por interrupción externa en el delito de robo agravado con uso de arma aparente, en aras de este objetivo se ubica al elemento típico de la violencia como fundamental para el análisis de la cuestión, llegando a entender que si bien la violencia es un medio que busca garantizar y habilitar la sustracción del bien objeto del delito, es también la parte del tipo penal de robo que genera la autonomía frente al delito de hurto, siendo que ambos tipos llegan a su consumación cuando se sustrae el bien objeto del delito de la esfera de dominio del sujeto pasivo, obteniendo la capacidad de disponer del bien.

La violencia se ejerce tanto en la forma de *vis compulsiva* como de *vis absoluta*, teniendo la misma finalidad y efectos en su utilización en ambos casos, como corolario del ejercicio de la violencia, por máxima de experiencia, tenemos que se ejerce utilizando un arma, en función de alcanzar el esclarecimiento de la controversia principal se propone un análisis de lo que representa el “arma” para el elemento típico de violencia en el tipo penal de robo y si el uso de un arma aparente puede generar los efectos de restringir la capacidad de reacción de la víctima frente a la sustracción de sus bienes. Entonces es importante reconocer que la violencia dentro del tipo penal de robo, como elemento que enerva la resistencia de la víctima, tiene su propia

configuración típica como agravante del robo, esto tiene ramificaciones para la punibilidad del robo en grado de tentativa.

El análisis de la tentativa como concepto y su aplicación específica al tipo penal de robo es parte esencial del presente artículo, se busca establecer una forma práctica de diferenciar entre los actos preparatorios y los actos ejecutivos en lo que respecta a un análisis del iter criminis del tipo penal de robo, como fruto de este análisis se establecen cuáles son los actos que generan punibilidad dentro de la tentativa.

La controversia principal que gravita en torno a la punibilidad de un robo agravado realizado en grado de tentativa inacabada por interrupción externa con uso de arma aparente, es objeto de escrutinio debido a la apariencia de tentativa inidónea que tiene el supuesto planteado, pues resulta poco razonable considerar como punible a una tentativa de robo, donde el “arma” no tiene el potencial bélico para ejercer violencia o poner en peligro el bien jurídico de vida y en la cual no se concreta la sustracción del bien objeto del delito de la esfera de dominio del sujeto pasivo, es en función al propósito de generar un contrargumento a este razonamiento que se presentan las disquisiciones desarrolladas en el presente artículo.

LOS CONTENIDOS DEL TIPO PENAL DE ROBO

Con el propósito de dilucidar los contenidos específicos del tipo penal de robo, deberemos de analizar la norma penal, siendo que el artículo 188° nos dice:

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

Consecuentemente en el artículo 189 de la misma norma, se señalan las formas agravadas del robo, siendo de especial atención para el presente artículo, el inciso 2 que señala al uso de armas como supuesto de hecho para que se suscite el robo.

Del texto de la norma penal podemos colegir que lo único que separa al hurto del robo es el medio facilitador de la acción típica, lo cual propiamente refiere al uso de la violencia, ya sea vis compulsiva o vis absoluta. El elemento que separa y da autonomía al robo del hurto es precisamente el peligro que representa el sujeto activo al sujeto pasivo de la acción, más allá de su afectación a su patrimonio, sino a la amenaza contra la integridad física, la salud y la vida.

Teóricos como Bramont-Arias Torres y García Cantizano sostienen que como en la figura del robo concurren elementos constitutivos de otras figuras delictivas como son coacciones, lesiones, uso de armas de fuego, incluso muerte de personas, estamos ante un delito complejo. Incluso nuestro Supremo Tribunal así lo considera en la ejecutoria suprema del 12 de agosto de 1999 cuando sostiene que: para los efectos de realizar un correcto juicio de tipicidad, es necesario precisar ciertas premisas, así tenemos que en el delito de robo se atacan bienes jurídicos de tan heterogénea naturaleza como la libertad, la integridad física, la vida y el patrimonio, lo que hace de él un delito complejo. Ello no es más que un conglomerado de elementos típicos, en el que sus componentes aparecen tan indisolublemente vinculados entre sí, que forman un todo homogéneo indestructible, cuya separación parcial daría lugar a la destrucción del tipo. (Salinas Siccha, p.1237, 2018)

De esto se desprende que a partir de análisis dogmático y jurisprudencia podemos apreciar una valoración más acertada del robo frente al hurto, en representación de los bienes jurídicos en tutela directa, la violencia afecta enormemente la tutela del tipo penal, otorgando un mayor alcance de protección al tipo de robo, puesto que por proteger de manera potencial un número nutrido de bienes jurídicos la complejidad de este delito aumenta, al potencialmente referir a un número más variado de situaciones que amenazan los bienes tutelados, dándole al robo un núcleo de imputación más amplio, cosa que no es compatible con la concepción del robo como forma agravada del hurto debido a que por lo general las formas base de los delitos tienen un mayor núcleo de imputación que sus formas agravadas o específicas, pues estos delitos se avocan a la tipificación de situaciones más específicas que generalmente tienen penas más altas debido a la particularidad y excesiva dañosidad de las situaciones concretas que comprenden.

Pero el alcance y la naturaleza de la violencia puede ser muy variado, debido a que la violencia se puede ejercer en perjuicio de bienes jurídicos que no son de naturaleza personalísima, como es el vandalismo y el daño a la propiedad privada, pues ambos supuestos tienen la violencia como elemento típico objetivo, pero a pesar de esto no se requiere que se vulnere el bien jurídico de la salud ni la vida.

Cuestión importante es que el hurto a diferencia del robo supone violencia y fuerza sobre las cosas, mientras que el segundo, violencia y/o amenaza sobre las personas. De todos modos, el agente del delito de hurto revela ciertas técnicas de apoderamiento, que a veces hace difícil la distinción con el robo. (Peña Cabrera, p.351, 2019)

A fin de cuentas, la violencia sobre la persona humana es el elemento que le da autonomía completa al delito de robo, debido a la complejidad que conlleva la vulneración de tales bienes jurídicos.

El delito de robo es autónomo ya que el interés patrimonial -a diferencia del hurto, en el que es predominante- no tiene mayor trascendencia en su calificación. Y esto es así porque el delito de robo no se distingue por el objeto de la acción, sino por la violencia e intimidación que se ejerce sobre la persona. (Vilcapoma, 2008, P.497)

Al momento de hablar de robo estamos tratando con un delito de resultado, que por su naturaleza se concretiza y se vuelve punible en su máxima magnitud, en el momento en el que el sujeto activo logra extraer el bien objeto del delito fuera de la esfera de dominio del agraviado, siendo que es necesario que se configure la instrumentalización de la violencia como medio de lograr este objetivo de tener la posibilidad de ejercer actos de dominio sobre el bien objeto del delito.

Estamos ante un delito de resultado pues este se consuma; con el desapoderamiento del bien mueble, lo que sucede cuando el sujeto activo logra sustraer el bien mueble de la esfera de dominio del agraviado, llegando a consumarse cuando este sujeto tiene la posibilidad de hacer actos de dominio con el bien, siendo necesario para configurar el tipo penal que haya habido violencia o amenaza al momento de realizar este acto.

Siendo el bien jurídico tutelado resulta ser como bien señala la Ejecutoria Suprema del once de noviembre de mil novecientos noventa y nueve: “en el delito de robo, se atacan bienes de tan heterogénea naturaleza como la libertad, la integridad física, la vida y el patrimonio, lo hace de él un delito complejo; ello es más que un conglomerado de elementos típicos, en el que sus componentes aparecen tan disolublemente vinculados entre sí, formando un todo homogéneo indestructible, cuya separación parcial dará lugar a la destrucción del tipo. (Corte Superior de Justicia de Lima, 2012, Expediente N.º 20374-2007, pp. 89-90)

Esta Jurisprudencia de la Corte Suprema cimienta la idea de unidad típica frente a la pluriofensividad que exhibe el tipo de robo. Si bien es cierto que los bienes jurídicos tutelados son de una variada índole, al tratar con la multitud de bienes jurídicos vulnerados, encontraremos que a pesar de que la afectación al patrimonio sigue siendo el núcleo de la punibilidad máxima que puede recibir el delito, solo podemos comprender autonomía del robo con respecto de la violencia, de forma preeminente, como elemento que genera una diferencia

y este elemento tiene la relevancia social suficiente para ameritar una punibilidad aumentada con respecto al hurto, cuyo núcleo de imputación se basa únicamente en la afectación a la propiedad. El robo, en este aspecto, está compuesto preeminentemente por dos elementos que tienen un importante impacto en su autonomía y punibilidad: el aspecto patrimonial y la violencia.

El aspecto patrimonial es esencialmente el mismo que podemos apreciar en el hurto, en el sentido en el que se protege la posesión de hecho de los bienes muebles, afectándose el derecho de propiedad. Es necesario observar que, tanto el robo como el hurto, van a deber su consumación a la obtención de la disponibilidad del bien robado, siendo que cualquier situación que incluya violencia que afecte la integridad o coacte la libertad de la víctima no se entenderá como consumada si el objetivo principal de la disposición del bien mueble no haya sido factiblemente alcanzada.

En el hurto se protege el poder, el dominio, la relación de hecho entre la persona y la cosa, como poder autónomo sobre el objeto. De tal suerte, carece de significado para apreciar la conducta del ladrón el título en virtud del cual se tiene la cosa.

(...)

En el delito de robo, al igual que en el delito de hurto, el objeto de protección es el derecho de propiedad de la víctima, así como también puede serlo el derecho de posesión del cual es despojado el agraviado, cuando este derecho viene ejerciéndose independientemente del derecho de propiedad (distinto de uno de los atributos de la propiedad). (Paredes,2013, P.16)

Por lo tanto, hemos de determinar que en esencia ambos tipos penales tienen como elemento común la necesidad de la disponibilidad para que puedan ser juzgados como delitos consumados. Esto genera una situación en la cual la violencia tiene como función ser un agravante, pero no tiene una incidencia trascendente en la calidad del robo como para determinarlo como consumado por el solo ejercicio de la violencia sobre la víctima; la agravante de violencia siempre ha de tener un efecto magnificador de la punibilidad a título de que la violencia es el elemento que afecta los bienes jurídicos de libertad, integridad física y la vida.

EL PAPEL DE LA VIOLENCIA COMO ELEMENTO TÍPICO DEL TIPO PENAL DE ROBO

El aporte de la violencia a la pluriofensividad del tipo penal de robo es absoluto, es la vis absoluta o compulsiva la raíz de todas las complejidades que ameritan que el robo tenga suficiente distinción del robo como para tener su propio tipo penal; a pesar de esto, la consumación siempre se verá ligada al bien jurídico de la propiedad, debido a que es el bien jurídico que se tutela de forma predilecta.

La violencia, entonces, toma un papel muy importante como elemento generador de vulneración a los bienes jurídicos, puesto que la violencia debe enervar la resistencia de la víctima frente al acto de enajenación de sus bienes muebles, para poder concretizar la disponibilidad de estos bienes por parte del sujeto activo del delito.

No cabe violencia del tipo que algunos tratadistas han denominado violencia impropia como es el uso de narcóticos, hipnosis, alcohol, etc. Para lograr la sustracción. Estos supuestos constituyen hurto con la modalidad de destreza. Ya hemos expresado y también volveremos a tratar más adelante, que en el delito de robo al hacerse uso de la violencia o amenaza se pone en peligro presente o inminente otros bienes jurídicos importantes como es la vida o la integridad física de las personas (delito pluriofensivo), mientras que con el uso de los narcóticos o hipnosis el agente no busca poner en peligro tales bienes jurídicos, solo busca que la víctima no se oponga a la sustracción de sus bienes. Está demás decir que, si a consecuencia del uso del narcótico la víctima fallece, por ejemplo, se le atribuirá el delito contra la vida al agente en concurso real con el de hurto agravado. (Salinas Siccha, 2023, P.141)

Esta es una importante mención, puesto que violencia que es contemplada en el tipo penal de robo puede tener una variedad de facetas y expresiones, siendo que se ha establecido que siempre deber ser empleada con miras a enervar la resistencia de la víctima frente a la sustracción de sus bienes, como ha sido observado por Salinas Siccha. Los medios que anulan o disminuyen la conciencia de la víctima no son violentos, porque no afectan la integridad ni la vida; además, es relevante mencionar que la violencia típica del robo se instrumentaliza en la función que genera una reacción en la víctima de temer por su vida o integridad. Esto es algo que no sucede cuando se intoxica a una persona para disminuir su conciencia, sería una destreza puesto que el sujeto activo se está valiendo de un ardid para que la víctima ya no ofrezca resistencia a la enajenación de sus bienes muebles.

La violencia no necesariamente tiene que ejercerse contra la persona física de la víctima, puede darse la vis compulsiva que implica la amenaza sobre la salud y vida de un tercero, o la violencia

que se ejerza puede solo tener efectos psicológicos. Todos estos supuestos son generadores de vulneración de los bienes jurídicos en la misma magnitud.

La violencia y amenaza como elementos configuradores del delito de robo tienen como finalidad que el agente posibilite la sustracción del bien, debiendo ser estas actuales e inminentes en el momento de consumación del evento, pudiendo recaer no solo sobre la víctima, de quien se obtiene directamente el provecho patrimonial, sino también contra una tercera persona que es colocada en un peligro inminente para su vida o integridad física por parte del agente, quien exige a otra que le entregue sus bienes para que se cese su actitud violenta, supuesto que reúne los elementos exigidos para que se configure el delito de robo. (Paredes, et. al, p. 156, 2013)

De esto se puede colegir que siempre se deberá ver a la violencia como un instrumento y además que la vulneración a los bienes jurídicos no siempre tiene que concentrarse en la persona que tiene su patrimonio afectado por el delito, la instrumentalización del sufrimiento de otra persona como un arma psicológica, es un acto de violencia, que es tanto ejercida contra la víctima y el tercero, el caso nos permite observar que la configuración del robo tiene la capacidad de comprender la vulneración de los bienes jurídicos de múltiples individuos sin que agote su capacidad punitiva.

La violencia en el robo siempre será sobre las personas, por más obvio que parezca, esto se desprende del hecho de que se ha identificado que los bienes jurídicos afectados por la violencia son comprendidos por la vida y la integridad física, siendo que estos mismos bienes solo pueden ser propios de los seres humanos y no de los objetos de propiedad.

Es meritorio mencionar que la violencia no solo tiene que ser física para ser típica del robo, recordemos que su objetivo no será el de dañar sino el de eliminar la resistencia de la víctima. Entonces, las aparentes amenazas a la vida y salud también son violencia de forma concreta por la manera en la que afectan a la mente de la víctima, de la misma manera en la que lo haría la violencia que daña efectivamente la vida y la salud.

El arma que se utiliza para el delito de robo no necesariamente debe tener un potencial de causar daño. Esto es entendido como un arma aparente, cuyo único propósito y potencial es el de amedrentar a las personas que se puedan oponer físicamente a la sustracción de los bienes. Si el sujeto activo actúa sabiendo que su arma es inidónea para cometer el delito, pero con la confianza y certeza de que tendrá el efecto de neutralizar la resistencia que pueda encontrarse; entonces, se ha ejercido violencia en la modalidad de vis compulsiva, porque el resultado de la

intimidación ha tenido incidencia en la salud mental y en el ejercicio de la libertad de las víctimas del delito.

La violencia puede ser usada por el agente hasta en tres supuestos: para vencer la resistencia; para evitar que el sujeto pasivo resista la sustracción; y para vencer la oposición para fugarse del lugar de la sustracción. Estaremos frente al primer supuesto cuando el agente para sustraer el reloj de su víctima forcejea y de un golpe le hace caer dándose a la fuga; en cambio, estaremos ante la segunda hipótesis cuando el agente por detrás coge de los brazos a su víctima para que otro le sustraiga el reloj. En tanto que estaremos ante el tercer supuesto cuando el agente después de haber sustraído el reloj golpea a la víctima para que deje de perseguirlo y de ese modo logre el éxito de su delito. (Salinas Siccha, 2023, P. 141)

La violencia se instrumentaliza siempre con la finalidad de neutralizar la resistencia, lo cual habilita la consumación del mismo que, como hemos establecido, se da únicamente con la disponibilidad del bien sustraído por parte del sujeto activo. La violencia no sólo habilita la sustracción como podríamos pensar a prima facie, sino que asiste en todas las etapas del delito, pues actúa como un neutralizador de la resistencia; por tanto, es importante reconocer que la violencia se configurara en la medida en la que sirva a la afectación al patrimonio, la violencia como tal no es la base de la punibilidad del robo, pero si agrava la situación y definitivamente genera una vulneración a los bienes jurídicos.

Hemos establecido de forma convincente el rol de la violencia en el delito de robo. Por último, es menester poder determinar que significa exactamente tener capacidad de disposición sobre el bien sustraído, puesto que para el tema a analizar es importante marcar cuándo se concretiza la consumación y hasta que momento podemos hablar de una tentativa de robo.

LAS ESFERAS DE RESGUARDO Y LA DISPONIBILIDAD DEL BIEN COMO PRESUPUESTO DE LA CONSUMACIÓN

La relación del agraviado con el bien mueble que le es sustraído es una de propiedad. Este derecho sobre el bien tiene su máxima expresión en la disponibilidad sobre el mismo; en general, es considerado que el delito de robo se consuma una vez que el sujeto activo ha logrado potencialmente tener esa capacidad de disponibilidad sobre el bien. Es entonces que caemos en cuenta de que para que el delito de robo se consuma debe haberse dado un momento de ruptura o de salida del bien de la esfera de dominio del agraviado, pero se nos presenta el problema de determinar en qué nivel o en qué sentido sucede esta ruptura. A prima facie podríamos señalar

a un momento geográfico en el cual el objeto sale del ámbito de dominio, cuando el sujeto activo se aleja físicamente lo suficiente del propietario del bien, como para poder venderlo.

La ubicación física del bien mueble o su traslado (sustracción del lugar) por el hecho resultará irrelevante a los fines de determinar la tipicidad. Lo verdaderamente determinante, y característico del concepto de apoderamiento, es el vencimiento de los hitos posesorios o resguardos puestos por el afectado para proteger sus bienes. (...)

La realidad nos demuestra que, por lo común, quien es titular de un bien se encarga de delimitar un espacio de especial protección dentro del cual quedan fuera terceras personas. (Pinedo, 2014, P.111)

La interpretación que Pinedo postula con respecto a la esfera de dominio responde a una variedad de criterios que no deben ser observados de forma restrictiva, como con una visión puramente geográfica de la sustracción. Por tanto, hemos de entender que la consumación del robo no se verá definida por la ubicación del bien referencia al dueño, sino con la usurpación del poder sobre la cosa.

La persona que tiene la propiedad sobre el bien establecerá espacios de resguardo para su propiedad, para evitar el apoderamiento por parte de terceras personas. El apoderamiento se convierte en otro concepto muy importante, puesto que solo mediante la disposición del bien de forma parcial o total se puede entender el delito como consumado, el agente activo se ve en la necesidad de penetrar la esfera de dominio del afectado y romper el vínculo de disposición que existe entre el propietario y el bien, de ingresar en la esfera de dominio sin lograr esta ruptura, siempre resultará en una tentativa.

Brevemente analizando lo que implican las esferas de resguardo para los bienes, estas esferas implican un dominio y capacidad de disposición. Estos resguardos son situaciones u otros objetos, como una alarma, una billetera, una caja fuerte, una bodega, etc. Cuando las acciones del sujeto activo vulneran estas esferas de resguardo se inicia la tentativa, donde empiezan los actos ejecutivos, puesto que podemos colegir que las acciones que atenten contra la esfera de resguardo del bien amenazan las facultades de dominio del propietario, aunque no se haya concretado la apropiación de los bienes.

Un acto que no implica siquiera tomar contacto con las especies apropiadas o potencialmente objeto de apropiación se castiga expresamente como tentativa, entendiendo que precisamente las acciones descritas, que no son más que vulneraciones

de resguardos o hitos posesorios, demuestran actuaciones contrarias a los designios del afectado. (Yañez, 2009, p.111)

Entonces, será necesario que el sujeto activo sea capaz de crear una esfera propia de resguardo para el bien sustraído del dominio del sujeto pasivo del delito. Cuando esta esfera de resguardo ilegal se haya cimentado, entonces se habrá dado la consumación del delito. Es totalmente posible que el dominio -o sea la disposición del objeto- se pueda cimentar únicamente con la substracción, pero es corolario de la minuciosidad del estudio que se identifiquen las esferas de resguardo y su trascendencia para determinar la consumación, así como las posibilidades de una disponibilidad ilegítima del bien, por parte del sujeto activo del delito.

Entonces, el concepto de desplazamiento patrimonial no deberá tener una implicación necesariamente geográfica o puramente física, sino que deberá estar más vinculada al concepto de esfera de resguardo, que por su propia naturaleza descansa sobre abstracciones sociales a las cuales atribuimos facultades de asignar dominio a ciertos individuos. Es la ruptura y la desvinculación de estas esferas de resguardo lo que en un primer momento hemos de advertir como una sustracción y, como consiguiente, la etapa de disponibilidad ilegal deberá verse acreditada por la creación de una nueva esfera de resguardo esta vez que atribuya la disponibilidad al delincuente.

LA TENTATIVA, ANÁLISIS DE LAS BASES PARA SU PUNIBILIDAD Y DELIMITACIÓN DEL INICIO DE LOS ACTOS EJECUTIVOS

La violencia como tal y el delito de robo son elementos imprescindibles para acercarnos al punto controversial del artículo, persiguiendo el objetivo de sentar las bases conceptuales para el análisis. Pasaremos a un tema de derecho penal parte general, el cual es la tentativa, como parte del iter criminis, la tentativa se encuentra en el medio, entre los impunes actos preparatorios y la consumación del delito, la consumación se da cuando se materializan en la realidad todos los elementos objetivos del tipo.

Como tal, la tentativa es completamente punible, pero más que los supuestos de punibilidad de la tentativa, sus diversas manifestaciones apremian en las siguientes líneas. Para la tentativa como tal es presupuesto de punibilidad la puesta en peligro del bien jurídico, esto será importante para la controversia principal.

Que, penalmente, la tentativa se da cuando el sujeto da inicio a la ejecución de la acción típica mediante hechos directos, pero faltan uno o más para la consumación del delito,

exigiéndose la concurrencia de tres requisitos: resolución criminal, comienzo de la ejecución y falta de consumación (elemento negativo) (Caro John, 2018, P.113)

Entonces, la tentativa repite el patrón de un delito consumado, debe tener elementos objetivos y subjetivos, en lo que respecta al último, esto refiere al dolo en una expresión de este concepto que es muy particular, referida como “la resolución de consumir el delito”, que refiere a un dolo inacabado, puesto que el dolo es identificado como la intención de causar los resultados dañosos a los bienes jurídicos, en el caso de la tentativa como no deben existir tales resultados, lo que se aprecia es la intención de proseguir con miras a la obtención de tales resultados, desligando al dolo de los resultados como tales. En este caso, el asidero material del dolo vendría a ser el comienzo de la ejecución, que es la parte objetiva de la tentativa. Pero el delimitar de manera correcta cuando empieza la ejecución del delito y cuando terminan los actos preparatorios es complicado.

Para ser punible, la tentativa requiere ser un fenómeno externo socialmente perturbador que infrinja la norma penalmente garantizada. El carácter perturbador de la tentativa no debe entenderse en función del peligro para un objeto que representa el bien jurídico, pues ello dificultaría no sólo la delimitación con los actos preparatorios, sino también la fundamentación de la punibilidad de cualquier forma de tentativa inidónea. El desvalor de la tentativa debe encontrarse en el plano del sentido comunicativo. En efecto, como lo hemos precisado en el capítulo sobre la imputación objetiva, la actuación de una persona resulta penalmente relevante sólo si constituye la infracción de un rol jurídicamente atribuido, lo que sucede si tal actuación ha creado un riesgo prohibido mediante el incumplimiento de los deberes que se derivan de la libertad de organización o de vinculaciones de naturaleza institucional. Sin esa infracción objetiva de tales deberes no podrá fundamentarse la imputación de la conducta en grado de tentativa, aun cuando el autor posea la voluntad de causar un daño o no favorezca una situación socialmente deseable (García Caveró, p. 813, 2019)

Entonces, a partir del análisis del ilustre García Caveró, podemos asimilar como baremo la perturbación social externa, puesto que el tipo penal no es de mucha ayuda a la hora de determinar la tipicidad de los actos preparatorios y cuándo es que estos se convierten en ejecución del delito, solo se tipifica el resultado o una acción muy específica que no siempre permite vislumbrar las acciones que las preceden; así que, al utilizar esta fórmula, no tenemos que apegarnos estrictamente a una objetividad en lo que respecta a resultados concretamente

dañosos a los bienes jurídicos. Si nos viéramos en el caso de observar a un hombre romper la puerta de un domicilio y acto seguido disparar un arma de fuego para disparar repetidamente hacia un hombre, pero fallando sus tiros por completo. Como tal esta acción comete ciertos delitos y afecta ciertos bienes jurídicos, pero estos bienes jurídicos no son el de la vida, contra el cual ha habido tentativa.

Frente al escrutinio social se ha generado un desapego a las normas jurídicas, lo cual representa la creación de un riesgo prohibido, una falta al deber, a mi parecer este método de identificación tiene mucho mérito, pero a su vez, desvaloriza demasiado el papel que juegan los bienes jurídicos en la punibilidad de la tentativa. A la hora de analizar el daño que pueda causar una tentativa, este mismo daño debe ser el elemento objetivo de imputación, puesto que hacer que todo descansa en la percepción social no es compatible con la naturaleza del derecho penal peruano que es un derecho penal de hecho no de autor, el juzgamiento de la sociedad civil por lo general se materializa en prejuicios que condenan a un individuo como persona por sus características y no buscan la condena de los actos, sino del individuo, por eso mismo es una lógica fallida. Pero igualmente se puede rescatar el hecho de la falta al deber de seguir la normativa y la creación del riesgo, porque estos elementos evidencian la existencia de una infracción a los bienes jurídicos de forma tangible y observable.

En el caso hipotético presentado previamente tenemos una situación que genera miedo, debido a que el disparar un arma de fuego en ese contexto se advierte como un riesgo prohibido y que representa una falta al deber (esto es a los ojos de la sociedad). Esta reacción nos debe señalar en la dirección de un atentado al bien jurídico tutelado, el causar miedo en el individuo víctima y en la sociedad indica que se ha incurrido en una puesta en peligro, lo cual implica que se ha dañado el bien jurídico en cierto nivel, porque genera una reacción adversa, aunque sea solo psicológica. Si como resultado del ataque la víctima consecuentemente fuera afectado por el síndrome de estrés postraumático, estaríamos frente a un ataque más concreto hacia la salud de la persona, pero también frente a un indicio indubitable de tentativa contra un bien jurídico.

Otros se orientan más bien a consideraciones de puesta en peligro, es decir, se orientan por si el bien jurídico afectado ya había sido puesto en peligro directamente desde la perspectiva del autor.

En definitiva, hay un inicio de la tentativa, ante todo, cuando el autor ya ha ingresado en la esfera de protección de la víctima y está planeada una utilización inmediata de ese nexo de cercanía espacial (Wessels et. al., 2018, p.418)

Esta interpretación de los actos ejecutivos es relevante para la tentativa en el robo. Recordemos que la esfera de resguardo es un concepto clave para entender que ciertas acciones a pesar de no ser necesariamente típicas implican la amenaza a los bienes jurídicos al entrar en un espacio abstracto que habilita al perpetrador la afectación al bien jurídico. Se trata de una abstracción, porque la forma en la que esta irrupción en la esfera de protección se puede dar de una infinidad de maneras en la práctica, el ingreso a esta esfera es una puesta en peligro del bien jurídica, pero esto es solo una aproximación conceptual y queda claro que se necesita de un criterio más concreto para poder demarcar correctamente la línea que separa actos preparatorios de actos ejecutivos.

Una teoría prontamente definida y hoy -con diversos matices- ampliamente defendida fundamenta la punición de la tentativa en la impresión perturbadora del Derecho ocasionada por el comportamiento del autor. Aunque falte el resultado, el comportamiento del autor provocaría un quebrantamiento de la paz social que exige castigo. Esta concepción se ubica entre lo subjetivo y lo objetivo, entre el injusto de la voluntad y el injusto de la puesta en peligro, en la medida en que toma como motivo para la punición no sólo la voluntad delictiva demostrada, sino también su impresión sobre la generalidad; sin exigir, sin embargo, una puesta en peligro efectivo, que no concurre en todas las tentativas. También explica fácilmente las diferencias en la punición de la consumación, de la tentativa común, de la tentativa burdamente irracional y de la tentativa supersticiosa: la impresión perturbadora del Derecho, y con ello la necesidad de pena, disminuye progresivamente en cada una de las modalidades de la enumeración anterior. E igualmente, permite explicar que las acciones de preparación permanezcan impunes, porque las mismas todavía no dan lugar a una impresión perturbadora del Derecho, o bien la impresión es tan fugaz que no exige sanción. (Roxin, 2014, P.449)

La teoría de la impresión se basa en la impresión socialmente perturbadora que tiene el acto ejecutivo sobre la población y por la voluntad exhibida por el sujeto activo. Volvemos al punto de que la impresión social debe ser entendida como un baremo que nos permita advertir la existencia de una vulneración o amenaza hacia los bienes jurídicos, en líneas generales el observar una impresión en la sociedad nos ha de poner bajo alerta de que la acción bajo escrutinio ha irrumpido la esfera de protección del bien jurídico del sujeto pasivo de la acción, o en el caso del robo la esfera de resguardo, el acto que constituirá tentativa habrá de comunicar

a la sociedad una infidelidad al derecho, una flagrante indiferencia frente al rol jurídico-social que el sujeto activo tiene como miembro de la sociedad.

Con respecto a la formulación de manera en la cual se debe establecer los límites que dan comienzo a los actos ejecutivo y por lo tanto, a la tentativa, hemos de reconocer que existen acciones que son socialmente inaceptables, aunque como tales no sean delitos tipificados, pero así como cuando se define qué acciones son delitos no tiene incidencia sobre la tipicidad las percepciones individuales que la víctima o el delincuente puedan tener con respecto a lo reprochable de la acción, sino que la tipificación del delito se origina a través de un criterio estandarizado de lo que constituye una conducta reprochable.

Para la determinación de la acción de tentativa, la admisión en la ley de un elemento descrito en términos de abstracción (la causación), ha de enriquecerse hasta ser un curso de la acción como unidad de sentido, es decir —y de hecho no se deriva hasta ahora de ninguna teoría algo en principio distinto—, hay que formar tipos concretados de acciones de causación, como los describiría la ley si hubiera que atender a la forma de la causación. El resultado de esta formación de tipos no sólo depende de lo que el autor quiera producir (de qué causación se trata), sino también de en qué contexto social debe ocurrir algo. Debido a la multiplicidad infinita de los contextos sociales posibles, no se puede dar ninguna fórmula de tentativa, pero sí un catálogo de topoi, que en ocasiones pertenecen a un sistema móvil, es decir, no siempre concurren todos los topoi y no siempre es igual la cantidad necesaria. (Jakobs, 1997, p.883)

El concepto de topoi es el que habilitará la estandarización de los criterios que debe seguir la impresión social para ser utilizada de forma fidedigna para advertir cuando estamos frente a un acto ejecutivo, porque hablar de un efecto socialmente perturbador de la acción es abstracto, y para llevar el concepto a la práctica la abstracción hasta tal grado es inaceptable.

El topoi es una definición recurrente o algo que es un convenio social, en esencia es una generalización social, literalmente significa “lugar común” y en el contexto en el que lo estamos usando hace referencia a situaciones que son comunes a todas las sociedades y que generan un efecto perturbador en la sociedad.

Jakobs señala que por las diferencias sociales que se aprecian a lo largo del mundo, no siempre va a haber una coincidencia de topois, pero el reto de las diferencias culturales ha de ser enfrentado en múltiples frentes por el derecho penal. En conclusión, el topoi no es una fórmula para determinar los actos ejecutivos, pero puede permitir la catalogación de situaciones que

acrediten las vulneraciones de esferas de protección de los bienes jurídicos, a través de una impresión social de perturbación que indique la inconformidad social frente a la amenaza a bienes jurídicos que las normas vigentes protegen en la sociedad.

La idea de catalogar situaciones para atribuir a una acción características típicas no es algo novedoso, en el **RECURSO DE NULIDAD N.º 2145-2018**, la corte suprema de Lima, a través de las máximas de la experiencia y la generalidad de los casos, dispuso una serie de criterios lógicos para acreditar la existencia de un dolo homicida o animus necandi.

La determinación del dolo homicida requiere de parte del órgano jurisdiccional una recreación ex post facto del escenario de acción delictiva para, seguidamente, inquirir sobre el propósito que albergó el agente delictivo en su actuación hacia la víctima. Se trata de un “juicio de intenciones” que debido a su carácter subjetivo no está condicionado a la presencia de pruebas directas, sino de una inferencia deductiva suficientemente razonada, sustentada en datos fácticos anteriores, coetáneos y posteriores.

Este Tribunal Supremo, en anterior oportunidad, diseñó criterios lógicos, extraídos de la generalidad de los casos y las máximas de la experiencia, a partir de los cuales puede inferirse naturalmente el dolo homicida. (Sala Penal Permanente, Corte Suprema de Justicia de la República, 2019, Recurso de Nulidad N.º 2145-2018, p.3)

De lo expuesto por la instancia suprema, hemos de trazar un paralelo entre los topois y los criterios lógicos, en un sentido de utilidad y de fuente, es expresado que los criterios lógicos provienen de la experiencia y de la generalidad, por lo tanto, fácilmente se puede identificar que tienen un origen similar al de los topois, además comparten una utilidad, la cual es dilucidar las intenciones del autor para acreditar el dolo en la comisión de un hecho típico, hemos de entender que la tentativa también es un hecho típico, en líneas generales, del fragmento jurisprudencial debemos colegir que la idea de un catálogo de situaciones que permiten una inferencia lógica basándose en máximas de experiencia y en la generalidad del vínculo entre los criterios y los hechos típicos que buscan acreditar, no es algo nuevo para el derecho penal peruano, y, en esta medida, los topois deberían considerarse con la misma validez de los criterios lógicos en su utilidad para poder dilucidar los límites entre los actos ejecutivos y los actos preparatorios.

Es preciso señalar que el esfuerzo de catalogar los topois tendría una funcionalidad y metodología similar, aunque los topois habrían de tener una cercanía más evidente a la esfera

de protección del bien jurídico que los criterios lógicos del recurso de nulidad mencionado, esto debido a la naturaleza de los actos ejecutivos y la amenaza directa que deben representar para los bienes jurídicos, con la finalidad de que sean punibles como tentativa.

LA TENTATIVA EN EL TIPO PENAL DE ROBO

Habiendo postulado una disquisición con respecto a la forma de identificar el inicio de los actos ejecutivos y, por lo tanto, la configuración de la tentativa, unificando criterios de esfera de protección del bien jurídico, infidelidad al derecho e impresión social perturbadora, hemos de dedicar nuestra atención a los contenidos específicos de la tentativa en el tipo penal de robo.

En el caso del robo, la violencia puede efectuarse y seguir siendo tentativa, debido a que la consumación, indefectiblemente, se da por el apoderamiento del bien en cuestión, no por la comisión de la violencia, sin perjuicio de su importancia para el cumplimiento del tipo objetivo. Es circunstancia genérica del robo el apoderamiento, a pesar de la presencia de la violencia como elemento típico seguimos teniendo a la propiedad como el principal bien jurídico tutelado, a pesar de la complejidad que caracteriza al delito.

Puede presentarse el caso que comience con un delito de hurto y luego termine, o al menos de forma interrumpida como un delito de robo. Así, por ejemplo, el sujeto está agarrando un abrigo de piel en un cafetín de manera astuta -hasta aquí existen actos de inicios de ejecución del hurto; sin embargo, en ese preciso momento el dueño del abrigo, que estaba al lado de su abrigo, se percató de tal hecho, y obviamente impide inmediatamente la sustracción del abrigo, produciéndose un forcejeo violento entre ambas personas. Aquí existirá una tentativa de robo (artículo 16 del Código penal), ya que el hurto quedó consumido por el delito de robo, aplicando las reglas del concurso aparente de leyes penales. (Reátegui, pp. 317-318, 2015)

De esto se desprende que la determinación de diferenciación entre el hurto y el robo descansa con más fuerza sobre la influencia de la imputación objetiva, debido a que a pesar de que es claro que en el ejemplo el dolo en un primer momento se enfocaba en el hurto, evitando la violencia a través del disimulo. El dolo toma un rol secundario en la determinación del tipo penal, debido a la naturaleza de la acción, ya que la afectación del bien jurídico de propiedad privada es lo que prima en la imputación, e incluso en la mente del sujeto activo al ser que dentro de su mente no considera con especial importancia el medio por el cual se va a apoderar del bien, sino que su dolo se va a centrar en ambos casos, directamente en la obtención del bien que es objeto del delito.

Se puede discernir que dentro de los delitos hurto y robo, a pesar de la decidida diferenciación que acaece por el uso de la violencia. La consumación como tal depende directamente del apoderamiento del bien, esto tiene repercusiones en el análisis del iter criminis, puesto que en la tentativa podemos observar la potencialidad del nacimiento de la violencia sin que haya sido un presupuesto durante los actos preparatorios. Entonces, al ser el apoderamiento del bien el verdadero núcleo de imputación imprescindible del robo, podemos darle a la comisión por violencia un papel secundario en lo que respecta a la estricta consumación del delito en sí mismo, tomando en cuenta que en el robo para la consumación del tipo se necesita de la disponibilidad del bien, pero para su independencia como tipo penal también es imprescindible la comisión de la violencia.

Cabe cuestionarse la esencia que constituye la violencia típica en este caso, uno debe ser capaz de señalar a la violencia como medio facilitador de la apropiación como parte del juicio de subsunción, si esto no es posible no se puede constituir el robo. La esencia de la violencia en este delito no tiene las características que podría tener en otros delitos, tales como el homicidio, donde la violencia es la esencia del tipo penal que representa la finalidad transgresora del tipo, el papel protagónico en el robo lo tiene el bien jurídico del patrimonio; esto nos hace reflexionar nuevamente sobre la naturaleza heterogénea de los bienes jurídicos afectados dentro del tipo penal del robo.

Enmarcándonos en el aspecto de la tentativa del delito de robo, podemos retomar el concepto de identificación del comienzo de la ejecución y la punibilidad de la tentativa. Entonces, de las ideas desarrolladas previamente se comprende que la forma de identificación de la ejecución se da por la creación de riesgo, que, al estilo de los delitos de mera actividad, no daña directamente el bien jurídico tutelado, sino que se vuelve punible debido al peligro que representa, es momento preciso de revisar la teoría que se desarrolla en torno al concepto de tentativa.

Primero, se ha de comprender que la tentativa se puede configurar en cualquier momento desde que comienza la ejecución hasta que se consuma el delito. Existe la tentativa acabada, que implica que todos los pasos necesarios para la consumación han sido tomados por el agente ejecutor, pero no se ha producido el resultado tipificado en la norma penal, en el caso del homicidio, sería que se ha efectuado la violencia con animus necandi, pero que el sujeto pasivo no ha muerto aún.

La tentativa inacabada, en la cual los actos necesarios para la consumación del resultado no han sido llevados a cabo en su completitud, por lo tanto, el mismo resultado gravoso no se dará.

Dentro de ambos tipos de tentativa existen en dos modalidades cada uno, por desistimiento, que implica la voluntad propia del agente ejecutor de evitar el resultado del delito que está cometiendo, para que se logre la impunidad por medio de la tentativa, esta debe ser eficaz, la eficacia solo tiene vigencia por desistimiento, pues implica la voluntad del autor.

Dice Villavicencio Terreros:

El desistimiento debe ser eficaz, es imprescindible que la consumación del delito no se produzca. Puede ser que el sujeto haya realizado, sin saberlo, todas las condiciones previas para la producción del resultado que en efecto se origina. Ejemplo: el sujeto que piensa matar a otro de cinco disparos, pues es un mal tirador. Al disparar el primer tiro se desiste por temor a la pena y pretende auxiliar a la víctima, sin embargo, por azar ese disparo fue suficiente. Se presentan dos opiniones: los que consideran que este caso admite desistimiento y el beneficio de la impunidad y quizás un resto de responsabilidad imprudente; y los que consideran que ese desistimiento no puede liberar de pena pues el resultado ya se ha producido. En definitiva, creemos que el desistimiento debe ser eficaz, es decir que haya impedido la consumación del delito. En caso de haberse consumado, solo admitiremos el desistimiento si la desviación del desarrollo causal que el agente se representó ha sido total. (2019, p.442)

Además, existe la interrupción externa que, a su vez, también afecta a los dos tipos de tentativa acabada e inacabada. Se produce la interrupción dentro de los actos de ejecución en el caso de la tentativa inacabada, y en la tentativa acabada la interrupción impide que se concrete el resultado a pesar de la comisión (o la percepción) de realización de todos los actos necesarios para la consumación del delito, dice Villavicencio:

Que concretamente la tentativa del delito materia de juzgamiento es acabada por interrupción accidental toda vez que los agentes realizaron todos los actos que fueron necesarios para la consumación del ilícito (cortaron la soga de seguridad de la tolva y con la tenencia de las cajas emprendieron la fuga); sin embargo, dicho acto criminal no se consumó por la decidida persecución que emprendió el agraviado aunado a ello la oportuna intervención policial. En otro caso: si el acusado ha puesto de su parte todo lo necesario para la consumación del delito, el cual no se produjo por circunstancias accidentales, estamos frente al caso de una tentativa acabada. (2019, p.448)

La punibilidad de este tipo de tentativa no está explícitamente prevista en el código penal, pero por costumbre se asume que el mismo juez reducirá la pena prudencialmente en el sentido de una menor afectación a los bienes jurídicos.

Luego, tenemos a la tentativa inidónea, que se configura cuando el medio o el objeto no son aptos para la producción de algún resultado gravoso, ni tampoco se configura una verdadera puesta en peligro, esto no excluye a la percepción de tal peligro, cosa que habrá que contemplar dentro de los delitos en los cuales la concretización del peligro no sea indispensable, puesto que un medio absolutamente ineficaz para ejercer violencia, aun puede ser utilizado para ejercer vis compulsiva, a través de la percepción que inspira en la víctima del delito.

LA TENTATIVA INACABADA POR INTERRUPCIÓN EXTERNA EN EL DELITO DE ROBO AGRAVADO CON ARMA APARENTE

Volviendo al delito de robo, es hora de analizar su tentativa propiamente dicha, como hemos revisado la tentativa inacabada y acabada por desistimiento será siempre impunes, siempre y cuando el desistimiento sea eficaz en evitar el resultado, lo mismo es cierto para la tentativa en delito de robo, el especial interés de este artículo yace en la tentativa que es punible, la cual siempre está supeditada a la interrupción externa. Entonces, en el delito de robo, la tentativa será punible si es que un factor externo impide que el agente ejecutor se apropie del bien que es objeto del delito, esto sí solo tomamos en cuenta el factor patrimonial de la transgresión en la cual incurren los que cometen el delito de robo, pero también es de vital importancia el elemento de la violencia que es elemento típico objetivo indispensable para la configuración del robo, sobre todo si analizamos el medio por el cual se pretende ejercer la violencia, es decir, concretamente la naturaleza del arma mediante la cual se busca crear una situación de riesgo para el bien jurídico de vida (si es que la naturaleza de la misma es inidónea para generar los resultados que son temidos), es prudente precisar qué la forma agravada del robo que será objeto de escrutinio será la contemplada en el inciso dos del artículo 189 del código penal que señala el acaecimiento del robo agravado al realizarse a mano armada.

En este supuesto, podremos encontrar la materia controversial de este artículo, ¿Qué debería suceder si es que en la tentativa inacabada por interrupción externa en el delito de robo agravado advirtiéramos que la violencia ejercida se dio mediante un arma aparente?, en el ACUERDO PLENARIO No 5-2015/CIJ-116, se llega a consenso con respecto a la punibilidad aplicable a supuestos de robo agravado mediante el uso de arma aparente.

El significado de “arma” es amplio, pues basta para ello que cumpla la finalidad de potenciar la capacidad de ataque o defensa de quien la utiliza; a lo que se agrega el concepto de alevosía (entendida como una cautela para asegurar la comisión de un delito contra las personas, sin riesgo para el delincuente), que expresada en el empleo de armas, se funda en la ventaja derivada del temor, 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 generara según la víctima. (Corte suprema de justicia de la república, 2015, Acuerdo plenario N.º 5-2015/CIJ-116, P. 7)

Del fragmento del acuerdo plenario podemos colegir, que, en los supuestos de robo agravado, el “arma” toma la forma de un concepto abstracto comprendido de tal manera que sirve al tipo penal para poder comprender de forma típica la ventaja que es proveída por la violencia sobre la víctima del delito, al ser definida como un amplificador de las capacidades ofensivas o defensivas de quien la porta.

El “arma” es siempre usada con alevosía, y es este concepto lo que verdaderamente libera al concepto de “arma” del significado que se le da en el lenguaje casual y mundano. Siendo que mediante la alevosía podemos identificar que el “arma “ no lo es en un sentido estricto, sino que existe como tal para el tipo como cualquier forma de ventaja por vis absoluta o vis compulsiva; en tanto, la forma de ejercer violencia es importante, el enfoque para nuestro problema se verá indefectiblemente dirigido hacia la vis compulsiva, en vista de que el medio de un arma falsa es inidóneo para producir los resultados de la amenaza, pero entonces la amenaza tiene que cumplir con ciertos requisitos para que se pueda advertir violencia de una forma verosímil, la réplica o el arma de juguete tienen que ser convincentes desde un punto de vista convencional, debido a que si para un tercero, no se puede apreciar la verosimilitud de una amenaza sobre la vida o la integridad física de forma inminente, no cabría establecer la razonabilidad de una actuación condicionada por una coacción por parte de la víctima del delito.

El termino alevosía desliga al término de “arma” de tener un potencial bélico o agresor que sea concreto, puesto que lo único relevante será la percepción de la víctima y la percepción perturbadora por parte de la sociedad, puesto que la experiencia y percepción de la vis compulsiva de un solo individuo no será nunca suficiente para establecer la verosimilitud de la situación. Se trata entonces de un acto ejecutivo que en términos concretos no tiene un contenido punible (si es que lo analizamos desde un punto de vista puramente objetivo) dentro de las capacidades gravosas del medio utilizado para consumir el delito.

Si la descripción normativa “mano armada” se entendiera desde la perspectiva objetiva, ceñida al arma propia (arma autentica 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. (Corte suprema de justicia de la república, 2015, Acuerdo plenario N.º 5-2015/CIJ-116, P. 6)

Como se ha establecido previamente, para determinar la aptitud de generar vis compulsiva de un arma aparente, no podemos simplemente apoyarnos en una interpretación objetiva del tipo, puesto que al restringir nuestra interpretación estaríamos reduciendo el núcleo de imputación y abriendo espacio para la impunidad. Cuando en vista de la compleja naturaleza de la interpretación que puede ser adjudicado al término de “arma”, esta visión objetiva debe ser complementada con el efecto psicológico que el arma aparente tiene en la víctima y en la sociedad puesto que, si tomamos en cuenta los efectos psicológicos en la percepción de los involucrados, claramente se configura la posición de ventaja por medio de intimidación que es un agravante para el delito de robo.

Una interpretación sobre la autonomía típica del robo señala a una naturaleza pluriofensiva de sus actos ejecutivos y resultado, siendo que si la violencia ejercida durante el robo es únicamente vis compulsiva mediante arma aparente. Entonces, cabría la posibilidad de considerar esta naturaleza pluriofensiva del robo disminuida, incluso hasta el punto de reconocerlo como variante y/o forma agravada del hurto, debido a que en términos puramente objetivos no amenaza la vida, ni la integridad física. Habiéndonos planteado tal postura, debemos remitirnos al supuesto de un robo agravado en el cual la violencia es ejercida a mano

armada, pero solo en dimensión de vis compulsiva, tomando en cuenta que en este caso el arma sería funcional y capaz de forma concreta de establecer una amenaza inminente sobre la vida e integridad física de la víctima, pero el medio que representa el arma nunca es utilizado de forma concreta, entonces la vis compulsiva no se sirve de las verdaderas y concretas capacidades del arma, sino del efecto psicológico de indefensión que genera sobre las víctimas, la alevosía una vez más es el elemento que permite establecer que el arma no es necesaria con el objetivo de ejercer vis absoluta únicamente, sino que para lograr su objetivo de generar una situación ventajosa para el ejecutor, por tanto se sirve de la mera apariencia. Entonces, si lo observamos desde ese lado, no habría ninguna diferencia práctica entre vis compulsiva de un arma propia o de un arma aparente, la única diferencia es la potencialidad de ejercer violencia avasallante, siendo que en realidad la pluriofensividad se verá modificada, el bien jurídica vida ya no sería afectado ni amenazado, y se pasaría a vulnerar la salud psicológica de la víctima.

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. (Corte suprema de justicia de la república, 2015, Acuerdo plenario N.º 5-2015/CIJ-116, P. 8-9)

Entonces, la idoneidad del arma para cometer robo se verá supeditada a la exigibilidad de conducta propia de la víctima, prestas las circunstancias y por máximas de experiencia se podrá determinar si la víctima era capaz de reaccionar de alguna forma que impidiera la comisión del robo.

Volviendo a la punibilidad de la tentativa del robo a mano armada, hemos podido observar que según el análisis del acuerdo plenario se declara como doctrina legal la procedencia del

agravante de mano armada cuando se utiliza un arma inidónea para ejercer vis compulsiva sobre la víctima, aun así esto solo compete al tipo penal consumado, siendo que a falta de mayor aclaración, la procedencia de dicho agravante es completamente dependiente del núcleo de imputación que representa el apoderamiento y disponibilidad del bien. Entonces, se mantiene la duda con respecto a si el agravante de mano armada tendría potencialidad de punición asumiendo que el arma utilizada en la tentativa de robo se trataba de un arma aparente.

Hemos establecido de forma inequívoca que para la doctrina peruana el agravante de mano armada se configura en delito consumado, la dificultad de determinar la punibilidad de este supuesto en tentativa debe ser comprendida a partir de la justificación estrictamente jurídica que brinda la corte suprema para la punibilidad del tipo consumado, volviendo al concepto de alevosía es sobre esto que se justifica el hecho de la configuración de la agravante, al dar nuestra atención al problema de la tentativa inacabada por intervención externa de robo agravado a mano armada con arma aparente, deberemos argumentar la existencia del agravante desligado de la consumación del robo y añadiendo a esto la impropiedad del arma, entendiendo que el uso de un arma es el asidero de la agravante.

La determinación de la punibilidad del supuesto descrito responderá a aspectos que debemos de contemplar al momento de distinguir entre actos preparatorios y ejecutivos, como habíamos establecido previamente existe un doble baremo para determinar cuándo se entra al territorio de los actos ejecutivos. En primer lugar, tenemos la puesta en peligro o la vulneración de bienes jurídicos como resultado accesorio a los actos ejecutivos, puesto que para la configuración de la tentativa se evita la obtención del resultado final del dolo del sujeto, y, por otro lado, tenemos el quebrantamiento del rol jurídico del agente el cual es advertido mediante la alarma social que genera la acción de tentativa.

Es la sincretización de estos dos baremos la cual nos permitirá señalar la configuración de la tentativa de manera satisfactoria, el efecto socialmente perturbador de los actos ejecutivos deben ser contemplados para determinar la tentativa de manera obligatoria, puesto que la alarma sirve para identificar situaciones de vulneración de bienes jurídicos y no simplemente como un criterio de política criminal que sea ajeno a alguna argumentación jurídica sobre la punibilidad de una acción, siendo que la alarma social nos señala de forma potencial la vulneración o puesta en peligro inminente de un bien jurídico, se debe partir de esta alarma para proceder con un análisis jurídico con respecto a los bienes jurídicos vulnerados y la magnitud de dicha vulneración. De esta manera, se evita que la tentativa sea determinada por criterios ajenos al

derecho penal de acto y permite la prevalencia de la punibilidad por los efectos que tenga la acción sobre los bienes jurídicos, mientras que genera un mecanismo de identificación de los actos ejecutivos que sea más práctico que designarlo mediante la extrema abstracción que implica tener como único baremo la vulneración de los bienes jurídicos que son en sí mismos una abstracción de por sí.

LA PUNIBILIDAD AUTÓNOMA DEL AGRAVANTE DE MANO ARMADA EN EL TIPO PENAL DE ROBO

La última interrogante por responder es si la agravante de mano armada tendrá autonomía en su punibilidad frente a la consumación del tipo penal de robo. Al utilizar el método de determinación de inicio de actos ejecutivos, podremos advertir que la alternativa que contempla la autonomía punitiva de la agravante deberá descansar sobre la alarma social que genera la conducta de usar vis compulsiva sobre una persona sirviéndose de un arma aparente, situación que de otra manera sería observada como de importancia para la política criminal y no necesariamente para la aplicación de la norma penal. Es en este caso relevante para determinar la punibilidad debido a que nos señala la vulneración de un bien jurídico, a partir de esto tenemos que entender que a prima facie, tanto para la víctima como para cualquier tercero que observe el acto, el arma aparente va a tener los mismo efectos de un arma real, con potencial de violencia, generando el mismo nivel de alarma social, a posteriori el conocimiento de la inidoneidad del arma para ejercer la violencia percibida no cambiará mucho la impresión social sobre el daño causado, puesto que la situación de ventaja creada por el uso de un arma, sin importar su idoneidad, no tiene como finalidad el causar daño a la víctima, sino asegurar y facilitar el apoderamiento de los bienes.

Habiendo advertido que para la sociedad a priori y a posteriori, el uso de arma aparente para robar resulta efectivamente un acto gravoso, debemos advertir los bienes jurídicos que son vulnerados por el acto que constituye la agravante, como fruto de exegesis previas podemos señalar que el acto de ejercer vis compulsiva con arma aparente es una acción pluriofensiva que trae afectación a la salud mental y a la libertad de la víctima. Esto en vista a la situación de ventaja que impide que le sea exigible una conducta de resistencia a la víctima, siendo que al estar bajo amenaza se limita de forma verosímil y efectiva la libertad de la víctima, además una situación de coacción con amenaza de muerte es una experiencia que definitivamente deja secuelas psicológicas, puesto que todo el fundamento de la viabilidad de la vis compulsiva descansa en que genera un efecto psicológico que paraliza a la víctima.

Entonces la pluriofensividad en caso de robo agravado a mano armada en grado de tentativa con arma aparente, descansa en la verosímil puesta en peligro de los bienes jurídicos, es comprensible no considerar una puesta en peligro aparente como una vulneración del bien jurídico, pero hay que considerar el hecho de que la violencia no marca la consumación del delito de robo, sino que es elemento típico que corresponde a los actos ejecutivos, y siendo que la amenaza está contemplada dentro del tipo penal, la puesta en peligro en este tipo penal específico solo debe responder al objetivo de la consumación del delito, el cual es la apropiación del bien ajeno, la violencia no es en sí misma un objetivo por lo tanto al no ser el fondo del delito la concreta posibilidad de la comisión de la violencia no necesita existir para cumplir con los elementos de la tipicidad objetiva, aunque no se amenacen los bienes jurídicos de primer orden, los elementos típicos se han cumplido, y al existir otros supuestos de hecho comprendidos dentro del robo donde en efecto la amenaza es concreta y efectiva, en el sentido global del tipo penal de robo si es pluriofensivo, aunque en el supuesto de vis compulsiva con arma aparente solo amenaza los bienes jurídicos de vida e integridad física de forma aparente, aun así se mantiene dentro del núcleo de imputación del robo debido a que cumple perfectamente los elementos típicos objetivos, siendo que aparte de la propiedad, este supuesto de robo también vulnera de forma directa la libertad y la integridad psicológica de las víctimas, manteniendo una naturaleza pluriofensiva pero un tanto distinta a la lista de bienes jurídicos afectados que es adjudicada de forma común al delito de robo.

Habiendo cimentado mediante análisis que el uso de arma aparente, aun en grado de tentativa, efectivamente vulnera los bienes jurídicos de integridad psicológica y libertad, esto no hace que el supuesto de hecho sea ajeno al núcleo de imputación del robo agravado, debido a que se ejerce violencia y el dolo estaba dirigido a la apropiación de un bien ajeno.

Como hemos observado previamente, según el acuerdo plenario 2015-5, el arma no necesita tener capacidad bélica convencional para ser considerada como tal, por la aplicación del concepto de alevosía, el arma como concepto adquiere otra dimensión, siendo que arma será el objeto que por medio de su utilización genere una situación de ventaja que permita la consumación del delito. Si bien el análisis del acuerdo plenario se reserva a los delitos consumados, este concepto de arma es completamente aplicable a los supuestos de tentativa, siendo que el acuerdo plenario citado, logra establecer elementos típicos y subjetivos que están completamente subsumidos dentro de lo es el supuesto de hecho de la agravante, pudiendo apreciar que no dependen de la potencial afectación al patrimonio cosa que solo afecta a la consumación del robo agravado.

Es a través de la alarma social que podemos advertir de forma indiciaria que el uso de arma aparente para la tentativa de robo es un acto que genera efectos adversos en la percepción social, por medio de esta información encontramos la vulneración de bienes jurídicos, los cuales vendría a ser la libertad y la integridad psicológica, manteniendo así la naturaleza pluriofensiva del delito de robo agravado, pero únicamente a través del concepto de “arma” descrito en el acuerdo plenario 2015-5 que es creado a partir del concepto de alevosía es que podemos describir de forma típica los supuestos de la agravante de “mano armada” y son estos conceptos los que a fin de cuentas permiten reconocer que la configuración de la agravante no depende de la consumación del delito, siendo que solo se verá ligado al delito en cuanto el agente ejecutor haya tenido la tendencia interna trascendente de ejercer la vis compulsiva con miras a apoderarse del bien.

Es por esto que se puede dar por respondida la interrogante planteada, en el caso de una tentativa inacabada por intervención externa de robo agravado a mano armada utilizando un arma aparente, la punibilidad de la misma sería procedente en el sentido de que afecta bienes jurídicos en la búsqueda de la obtención del resultado del robo, asimismo los efectos transgresores de la comisión del supuesto de hecho que comprende a la agravante no están ligados a la consumación del delito, dándole autonomía frente a la afectación del patrimonio ajeno (siendo que esta afectación no es requisito para la agravante de “mano armada”), a efecto de esto, se procedería a señalar la gravosidad del acto de aplicar vis compulsiva con arma aparente, sirviéndonos del concepto de “arma” del acuerdo plenario 2015-5, que permite comprender a las armas aparentes dentro del mismo por su capacidad verosímil de coaccionar a la víctima, y el mismo concepto de alevosía que nos permite advertir los elementos típicos de la agravante de a “mano armada”.

Es en mérito a estos argumentos que el supuesto de la agravante sí se cumple con la misma capacidad de punibilidad que tendría el utilizar un arma idónea, se trata de una tentativa completamente punible en conformidad con la doctrina y el análisis realizado.

CONCLUSIONES

En los delitos contra el patrimonio, siendo un requisito común tanto para el robo como para el hurto, será insoslayable que el sujeto activo del delito tenga la capacidad de generar una esfera de resguardo ilegal para el bien que ha sustraído del control de la víctima del delito, siendo que los requisitos para el establecimiento de este dominio ilegal deberán ser determinados por un análisis propio del caso, que implicará un estudio de identificación de las esferas de resguardo

y también la determinación de la posibilidad de una disponibilidad ilegal del bien, cualquier acto que falle en generar esta esfera de resguardo y capacidad de disposición ilegales indefectiblemente se categorizará bajo tentativa.

De acuerdo con la teoría de la impresión, el baremo para la determinación de los actos ejecutivos del delito en contraste con los actos preparatorios será el grado de perturbación social frente a la vigencia del ordenamiento jurídico que generan los actos, se identifica este momento como el ingreso del autor a la esfera de protección del bien jurídico de la víctima, situación que se puede materializar de maneras diferentes en la práctica, se utilizaría como base para la punibilidad la impresión que la acción deja sobre la sociedad y, a partir de esto, los bienes jurídicos que vulnera y afecta. El método más práctico y cercano para lograr un semblante de tipicidad de lo que constituye el inicio de los actos ejecutivos es la elaboración de un catálogo de topois, los cuales no van a ofrecer una fórmula para identificar a la tentativa, pero si otorga un listado de situaciones que, por máximas de experiencia y por la generalidad, se advierte constituyen una vulneración a las esferas de protección de los bienes jurídicos.

En el delito de robo, la violencia es un elemento típico imprescindible para la constitución del delito, teniendo una función habilitadora de la sustracción del bien de la esfera de resguardo del sujeto pasivo. La violencia se ejerce generalmente por medio de un arma que habilita la aplicación de vis compulsiva o vis absoluta sobre la víctima, según el Acuerdo Plenario 5-2015, el concepto de “arma” en lo que refiere al agravante de robo denominado a “mano armada”, debe ser entendido como fundado en la obtención de una ventaja derivada del temor y que cuando el agente ejecuta la sustracción del bien valiéndose de un objeto que en apariencia es un arma, efectivamente se coloca en una situación de superioridad. El concepto de “alevosía”, que se maneja en el acuerdo plenario, que refiere a la intención de obtener ventaja a través del uso del arma, hará que no solo debamos observar el potencial bélico que tiene, sino también el efecto psicológico que el arma aparente tendrá sobre la víctima, pues es precisamente sobre este efecto que se genera la ventaja que neutraliza la resistencia de la víctima y habilita la sustracción. Se llega a la conclusión de que la idoneidad del arma para cometer un robo agravado se verá supeditada a la exigibilidad hacia la víctima de que esta pueda identificar si tiene capacidad bélica dentro del contexto en el cual se desarrolla el delito.

Analizando la tentativa en el delito de robo llegamos a entender que la violencia, sin dejar de ser un elemento típico imprescindible, no está directamente ligada con la consumación del delito, puesto que la consumación se da únicamente mediante la creación de una esfera de

resguardo y una disponibilidad del bien ilegales. La tentativa inacabada por interrupción externa es el objeto de análisis primordial de este artículo en función a que se busca determinar la punibilidad del ejercicio de la violencia en la tentativa de delito de robo con la agravante de mano armada, sirviéndose de un arma aparente, se identifica como inacabada únicamente porque se pretende analizar solo la violencia ejercida con el arma aparente sin que se tenga que considerar la afectación directa al bien jurídico de patrimonio. Según el acuerdo plenario 5-2015 la agravante de mano armada se configura cuando se utiliza un arma aparente, esto en lo que respecta al tipo penal consumado, para determinar la punibilidad de la tentativa cuando han concurrido los elementos típicos de la agravante de mano armada con un arma aparente habremos de considerar la vulneración de la esfera de protección del bien jurídico y el quebrantamiento del rol jurídico del agente que se advierte mediante la alarma social que genera la acción.

Al analizar la alarma social que generaría el acto de ejercer violencia mediante un arma aparente con la finalidad de sustraer los bienes del sujeto pasivo, encontraremos que la alevosía del uso del arma tendrá los mismos efectos psicológicos tanto para la víctima como para cualquier tercero que observe el acto, el arma tendrá en apariencia un potencial de generar daño, elevando la alarma social, existiendo una situación de ventaja efectiva para el sujeto activo, esta impresión que el acto deja en la sociedad nos señala a la vulneración de la esfera de protección de los siguientes bienes jurídicos: salud, libertad y patrimonio, existiendo una pluriofensividad efectiva de la comisión de la agravante. En razón a esta exégesis, hemos de concluir que el utilizar un arma aparente con alevosía para generar una situación de ventaja con el propósito de habilitar la sustracción de un bien, pero sin lograr el acto de la sustracción por una interrupción externa, configura una tentativa inacabada con interrupción externa del delito de robo con la agravante de mano armada, siendo que esta tentativa es plenamente punible en atención al bien jurídico que amenaza, el patrimonio, y los bienes jurídicos que vulnera, la libertad y la salud.

BIBLIOGRAFÍA

Peña Cabrera, A. (2019). Derecho Penal Parte Especial Tomo II. Editorial IDEMSA.

Salinas Siccha, R. (2018). Derecho Penal Parte Especial Tomo II. Editorial Iustitia.

Vilcapoma Bujaico, W. (2008). “¿Son suficientes la "violencia" y “el concurso de personas" para calificar un hecho como delito de robo agravado?”, en: Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia penales, Lima.

García Cavero, P. (2019). Derecho Penal Parte General. Editorial Ideas.

Reátegui Sánchez, J. (2015). Manual de Derecho Penal Parte Especial. Instituto Pacífico.

Villavicencio Terreros, F. (2019). Derecho Penal Parte General. Editorial Grijley.

Corte Suprema de Justicia de la República. (2015). Acuerdo plenario N.º 5-2015/CIJ-116.

Paredes Infanzón, J., Pinedo Sandoval, C., Peña Cabrera Freyre, A., Balcázar Quiroz, J., Tello Villanueva, J. & Bravo Llaque, C. (2013). Robo y Hurto. Editorial Gaceta Jurídica.

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. (2019). Recurso de Nulidad N.º 2145-2018.

Corte Suprema de Lima. (2012). Expediente N° 20374-2007 en Los Delitos contra el patrimonio en la jurisprudencia. Editorial Gaceta Jurídica.

Salinas Siccha, R. (2023). Delitos contra el patrimonio Sexta Edición. Editorial Instituto Pacífico.

Pinedo Sandoval, C. (2014). La tipicidad del hurto: ¿Es determinante “sustraer el bien del lugar”? ¿Es necesaria la “disponibilidad potencial”? en Gaceta Penal y Procesal Penal, N.º 61, 108-115.

Yañez, R. (2009). “Una revisión crítica de los habituales conceptos sobre el iter criminis en los delitos de robo y hurto”. En: Política Criminal. N° 7, 2009, pp. 87-124.

Caro John, J. (2018). Summa Penal. Editorial Nomos & Thesis.

Jakobs, G. (1997). Derecho Penal Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación. Editorial Marcial Pons.

Roxin, C. (2014). Derecho Penal Parte General Tomo II, Especiales formas de aparición del delito. Editorial Thomas Reuters-Civitas.

Wessels, J., Beulke, W., & Satzger, H. (2018). Derecho Penal Parte general, el delito y su estructura. Editorial Instituto Pacífico.

Código Penal del Perú (CP). Decreto Legislativo 635 de 1991. Artículo 188. 3 de abril de 1991.