

¿CÓMO EQUIPARAR “MANO ARMADA” A “MANO ARMADA CON ARMA DE JUGUETE”?

José Hurtado Pozo

De acuerdo con el art. 189 CP, “si el robo es cometido” a “mano armada”, la pena será agravada. Mucho se ha discutido sobre cómo debe comprenderse esta circunstancia. El punto de partida del problema, como en toda cuestión de interpretación, es la polisemia del lenguaje y el contexto literal en el que se inserta la expresión.

Para comenzar, conforme a las explicaciones sobre la tipicidad de un comportamiento incriminado, es de apreciar si “a mano armada” constituye un elemento objetivo o normativo del tipo legal. Si se admite lo primero, significa que para saber si se trata de un arma basta con utilizar nuestros sentidos: observando, palpando, oliendo, la cosa decidiremos si constituye un arma. Por el contrario, si estimamos que es un elemento normativo será necesario que recurramos a una apreciación de valor de orden cultural.

La apreciación o valoración está vinculada con el sentido restringido del término “arma”: instrumento fabricado que tiene como destinación el ataque o la defensa e implica un peligro para las personas. Esta finalidad no es “congénita” a infinidad de otros objetos igualmente peligrosos. Considerarlos como armas depende de la manera cómo son empleados. Un cuchillo de carnicero es un utensilio laboral, pero puede ser utilizado como un arma para atacar contra la vida o la integridad corporal de una persona. Lo mismo se puede decir respecto a las tijeras de un sastre, a un bastón en metal puntiagudo, pero también a un fusil inutilizable.

De manera amplia, desde hace tiempo, se definían las armas diciendo: “Todo instrumento destinado para ofender al contrario, y para defensa propia. En este sentido no sólo lleva el nombre de armas las pistolas, sables, etc., sino también los palos y las piedras; por esto es que en los juicios criminales por heridas, se considera grave la injuria, cuando se ha hecho el daño con palo ó piedra, ó con otra arma” (Diccionario de la Legislación Peruana, 1879, Francisco García Calderón).

Este razonamiento, supone recurrir al análisis analógico, en la medida en que estos “objetos” calificados de “armas impropias”, en oposición a las armas “propias o por destinación” (sentido restringido) deben representar el mismo peligro que estas últimas implican para las personas. Sin embargo, no es este peligro el factor independiente que explica la agravante, sino más bien la manera como el autor recurre al “arma impropia” para cometer el robo.

Así, aun cuando en el Código Penal de 1924 no se previó esta circunstancia agravante, el empleo de armas podía conducir a una agravación de la sanción, en la medida en que, en su art. 239, pf. 2, in fine, se decía: “o si, por cualquier otra circunstancia, el delito denotare que su autor es especialmente peligroso”. De esta manera, se evitaba mencionar circunstancias

particulares, aunque bien podía habersele mencionado como ejemplo (“a mano armada”). Dificultad que también ha sido evitada mediante la fórmula “si el autor se ha munido de un arma a fuego o de otra arma peligrosa” (CP suizo, art. 140, n. 2). O como, de manera peculiar, se establece en el art. 189 (abigeato) que el agente “hubiere portado [en el art. 188, se dice por el contrario “cometido”] cualquier clase de arma o de instrumento que pudiera servir como tal”.

No es suficiente, entonces, para que se configure la circunstancia agravante que el objeto o el instrumento (arma facticia, de juguete, simulada) sea “capaz de ejercer efecto intimidante”, que su semejanza con un arma real pueda o no ser “apreciada a simple vista” o que sea adecuada para aumentar la indefensión de la víctima o, finalmente, que acentúe la índole alevosa del comportamiento del agente. Las referencias a fusil de juguete en plástico o un revólver en chocolate, por más que el fabricante o artesano haya logrado darles la apariencia de un fusil o un revólver verdadero, no caen dentro de los límites fijados por la connotación significativa del lenguaje empleado por el legislador: emplear un arma, “a mano armada”. Afirmar lo contrario, dentro del análisis que realizamos, implica simplemente la analogía, en el sentido prohibido por el principio de la legalidad.

Los argumentos señalados al inicio del párrafo precedente, cuya finalidad es admitir la agravante, crean confusión debido a que no se tiene en cuenta que están más bien dirigidos a explicar la aplicación del tipo legal base del robo. Este delito debe ser cometido empleando “violencia contra la persona o amenazándola con un peligro para su vida o integridad física”. El autor puede ejercer violencia sobre la víctima empleando armas: hiere a la víctima en la pierna con un pistola o la golpea en la cabeza con un pesado cenicero de metal. Del mismo modo, puede ejercerla por todo otro medio, comprendido el uso de armas simuladas, inoperantes o de juguete, siempre y cuando sea efectivo para vencer la voluntad de la víctima. Pero la agravación de la pena sólo se da si “se realiza a mano armada”.

En caso de recurrir a la amenaza, anuncio de la inminente causación de un perjuicio importante para la vida o la salud, cuya realización depende de la voluntad del mismo delincuente, ésta bien puede ser manifestada y reforzada, por ejemplo, recurriendo a armas simuladas, de juguete, verdaderas pero descargadas o dañadas. El delito se consumará si esta amenaza es apropiada, eficaz, para doblegar la víctima y lograr la realización del delito de hurto (substracción y apropiación de la cosa mueble ajena).

Pero, otra cosa es que se dé la agravante de cometer el robo simple “a mano armada”, por cuanto esta agravante supone algo más: que se realice el hurto simple, utilizando el instrumento peligroso de una arma. Es en relación con el robo simple, llegado el caso, que es de considerar si las armas, propias o impropias, “las armas 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”.

Admitir lo contrario, crearía gran confusión en la distinción entre el tipo legal básico y el tipo legal agravado. Además, valga la pena señalarlo marginalmente, el agente debe actuar dolosamente “a mano armada”, por lo que resulta problemático asumir que obra con dolo cuando sabe que no utiliza un arma. Aceptar el criterio opuesto, significa reconocer la responsabilidad objetiva.

Por más importante que sea considerar la situación y los intereses de la víctima, la punición y la agravación deben estar basadas en el papel del autor en la ejecución del delito. El miedo, la indefensión de la víctima, la lesión que ha sufrido, por ejemplo, son determinantes para

precisar la gravedad de la responsabilidad del agente. Responsabilidad estrechamente ligada a la manera como concibió y realizó su comportamiento delictuoso. Por esto, invocar factores de política criminal, como la grave inseguridad pública y la frecuencia cada vez más grande con la que los delincuentes utilizan armas facticias, de apariencia real, no es oportuna para justificar una cierta manera de interpretar la ley.

Estas circunstancias pueden ser invocadas, sin embargo, para promover que se modifique la ley en el sentido que se considera conveniente. De lo cual no somos partidarios por estimar, fuera de los argumentos expuestos anteriormente, que los delincuentes, por el riesgo que corren de que se les imponga la pena extremadamente severa prevista en la ley decidan, para asegurar sus fines delictuosos, utilizar armas verdaderas. Con lo que se logra el efecto contrario y perverso de aumentar los peligros para la vida e integridad física de las personas, en lugar de protegerlas mejor.

Hasta aquí estas breves reflexiones sobre un problema complejo que merece un análisis más serio y profundo. Sobre todo, porque ha sido motivo de un acuerdo plenario de la Corte Suprema que nos ha servido de fuente de inspiración. Ojalá que sirvan aunque sea para fomentar un debate alturado.

Marly, julio 2016