

EL DELITO DE ROBO AGRAVADO PRODUCIDO POR ORGANIZACIÓN CRIMINAL O BANDA Y MUERTE O LESIONES GRAVES. COMENTARIOS A PARTIR DEL ARTÍCULO 189°, ÚLTIMO PÁRRAFO DEL CÓDIGO PENAL

James Reátegui Sánchez

Doctor en Derecho, Universidad de Buenos Aires. Docente de postgrado en la Universidad Peruana Los Andes. Juez Penal de Huancayo.

1. MARCO LEGAL

El último párrafo del artículo 189° del Código penal es el que quizá tiene mucha controversia en nuestro sistema penal, por el tema de la aplicación de la ley penal en el tiempo, precisamente por las sucesivas modificaciones legales que ha tenido desde el nacimiento del Código penal en el año 1991, teniendo siempre como circunstancias agravantes dos situaciones concretas: "organizaciones y bandas delictivas" y el "concurso con el delito de lesiones corporales".

Como veremos la redacción legal actual es mediante la última modificatoria producida través de la Ley Nro. 27472 (05-06-01) que ha quedado regulada de la siguiente manera:

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

2. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

La versión original del último párrafo del artículo 189° del Código penal –Decreto Legislativo Nro. 635– tuvo la siguiente redacción:

"En los casos de concurso de delitos contra la vida y la salud, la pena se aplica sin perjuicio de otra más grave que pudiera corresponder en cada caso"

El último párrafo, del artículo 189° del Código penal, la primera modificación se realizó a través de la Ley Nro. 26319 (01-06-94) en el sentido que incrementa la pena cuando el agente actúa en calidad de jefe, cabecilla o dirigente de una organización destinada a cometer el delito de robo. En este supuesto típico la pena sería no menor de quince ni mayor de veinticinco años.

Posteriormente, mediante el artículo 1° de la Ley Nro. 26630 (21-06-96) se modifica nuevamente el artículo 189° del Código penal con el siguiente texto:

"La pena será cadena perpetua cuando el agente actúa en calidad de integrante de una organización destinada a perpetrar estos delitos o con empleo de armamentos materiales o artefactos explosivos o con crueldad".

Luego viene la modificación a través del Decreto Legislativo Nro. 896 –Ley contra los Delitos Agravados–

donde el artículo 189° del Código penal, quedó redactado de la siguiente manera:

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

Nuevamente se produce otra modificación en este articulado, mediante la Ley Nro. 27472 (05-06-01), donde queda redactado de la siguiente manera:

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

3. COMENTARIOS A PARTIR DEL ÚLTIMO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 189° CÓDIGO PENAL

El presente tipo penal agravatorio tiene dos momentos bien definidos a tener en consideración, los mismos que a continuación pasamos a exponerlos:

3.1. En cuanto a la calidad de integrante de una organización delictiva o banda.

En este punto de los delitos patrimoniales a su vez el legislador patrio ha equiparado "punitivamente" lo que conceptualmente es totalmente distinto. Así, ha equiparado el régimen de intervención delictiva de "organización criminal" con el concepto de "banda criminal"; así, como sabemos, el concepto de organización tiene sus propios requisitos dogmáticos tan igual como el delito de asociación ilícita (artículo 317° del Código penal), tal como se ha desprendido de la jurisprudencia penal nacional: pertenencia a una organización, irrelevancia de los delitos que se comentan, organización en función a distribución de roles¹; en otro fallo judicial los presupuestos de la "organización criminal" son: agrupación, finalidad delictiva, pertenencia a la organización y dolo del agente². Al legislador nacional, al momento de producirse la modificatoria en el año 1999 poco o nada le ha interesado la correcta delimitación jurídico-conceptual de "organización" y "banda".

En ese sentido, lo único que le interesó era sancionar de manera drástica –cadena perpetua– el conjunto de personas físicas, más o menos organizadas y duraderas en el tiempo dedicadas al delito de robo, teniendo como objetivo el legislador un claro norte de la eficiencia político-criminal en función a la dureza de las penas conminadas, porque la pena para este delito agravado es de "cadena perpetua",

¹ R.N N.º 2843 – 2006, AREQUIPA, 03/07/08. "Quinto: Que, respecto al delito de asociación ilícita para delinquir, previsto en el artículo trescientos diecisiete del Código Penal, sanciona la conducta del agente por la sola pertenencia a una agrupación delictiva independientemente de los delitos que se realicen, lo que constituye la materialización de su finalidad colectiva, es de recalcar que dicha agrupación ésta conformada por un conjunto de personas organizadas en función a una estructura basada en la distribución de roles, ligados por la finalidad colectiva de cometer delitos, en tal sentido el Colegiado Superior al absolver a los procesados por este ilícito no ha tenido en cuenta que aquéllos formarían parte de la banda denominada "Los Cachimbos", dedicada a perpetrar robos a mano armada en diferentes lugares de la ciudad de Arequipa".

² R. N. N.º 1296-2007, LIMA NORTE, 12/0/12/07 "...cabe indicar que para la configuración de este ilícito se requiere los siguientes elementos: a) agrupación: este delito es necesariamente plurisubjetivo o pluripersonal – delito de convergencia- cuya conducta típica consiste en formar parte de un agrupación criminal – delito de comisión permanente o de tracto sucesivo-, esta agrupación debe conformarse por el acuerdo de dos o más personas para dedicarse a determinada actividad ilícita, y debe destacarse también como elemento típico la permanencia, esto es, la existencia de un vínculo estable y duradero de varios sujetos, orientados a la ejecución de un programa criminal de carácter indeterminado; b) la agrupación debe tener por finalidad la comisión de delitos: se trata de asociaciones que tenga por objeto cometer delitos o, que después de constituidas promuevan la comisión de delitos – inclusive no es necesario que los actos delictivos se hayan perpetrados-; c) Pertenencia: en la organización jerárquica de la asociación primero se encuentran los fundadores y directores, que son quienes tienen funciones directivas, y luego están quienes pertenecen a la asociación (integrantes). Todos ellos forman parte de la asociación criminal – los intranets; y, d) el tipo subjetivo: se requiere necesariamente el dolo, es decir, que el sujeto debe saber que forma parte de una asociación que tiene por finalidad la comisión de delitos. Además en el Acuerdo Plenario número cuatro – dos mil seis/ CJ- ciento dieciséis, del tres de octubre de dos mil seis, se dejó establecido que "...el indicado tipo legal (de asociación ilícita) sanciona el solo hecho de formar parte de la agrupación – a través de sus notas esenciales, que le otorgan una sustantividad propia, de (a) relativa organización (b) permanencia o estabilidad y (c) número mínimo de personas sin que se materialice sus planes delictivos".

vulnerándose con ello el principio de racionalidad y humanidad de las penas; olvidando, o mejor dicho vulnerando otro principio fundamental como es el de jerarquía de bienes jurídicos protegidos (¿El patrimonio vale más, o se protege más que la vida humana misma?).

La irracionalidad de la incorporación del artículo 189°, último párrafo del Código penal, debe tener alguna diferencia con el delito de asociación ilícita del artículo 317° del Código penal. Por un lado, en el caso del artículo 189°, último párrafo, del Código penal los sujetos activos efectivamente tienen que intervenir en la comisión de un delito patrimonial de sustracción mediante violencia (robo); por el contrario, este requisito de la "intervención" no es indispensable para la configuración típica del delito de asociación ilícita desde que tiene autonomía dogmática, y además de la inconcreción de la finalidad delictiva de la asociación ³.

El Acuerdo Plenario Nro. 08-2007 de la Corte Suprema de la República ha señalado que "La diferenciación sistemática que realiza el artículo 189° del Código Penal, respecto a la intervención de una pluralidad de agentes en la comisión de un robo, permite sostener que se trata de dos circunstancias agravantes distintas. Por un lado, la pluralidad de agentes prevista en el inciso 4) del primer párrafo alude a un concierto criminal en el que el proceder delictivo conjunto es circunstancial y no permanente. Se trata, pues, de un supuesto básico de coautoría o coparticipación, en el que los agentes no están vinculados con una estructura organizacional y con un proyecto delictivo de ejecución continua. Por otro lado, la agravante que contempla el párrafo in fine del citado artículo alude a un

proceder singular o plural de integrantes de una organización criminal sea esta de estructura jerárquica – vertical o flexible – horizontal".

En consecuencia, no son circunstancias compatibles. En la organización criminal la pluralidad de agentes es un componente básico de su existencia, mas no de su actuación. Es decir, esta clase de agravante exige mínimamente que el agente individual o colectivo del robo sea siempre parte de una estructura criminal y actúa en ejecución de los designios de ésta. Siendo ello así, la circunstancia agravante del inciso 4) del primer párrafo del artículo 189° del Código Sustantivo se aplicará, únicamente, cuando no exista esa conexión con los agentes –en número mínimo de dos- con una organización criminal ⁴.

De otro lado, la imputación paralela de cargos por integración en una organización criminal en estos casos no es procedente y, de plantearse, se le debe desestimar porque el artículo 317° del Código Penal opera como un tipo subsidiario a la comisión de uno o más robos por integrantes de dicha estructura delictiva. No se presenta en estos casos un concurso ideal o real de delitos. Obrar en sentido contrario implicaría una doble valoración del mismo factor agravante. En el contexto analizado es pertinente considerar también la participación de un mismo sujeto en varias organizaciones criminales. ⁵Esta hipótesis es posible en el caso de estructuras flexibles, como las denominadas "grupo central" o la "red criminal". En tales casos, se producirá un concurso real homogéneo en relación al artículo 317° del Código Penal, debiéndose aplicar los efectos penales correspondientes a dicha clase de concurso de delitos ⁶.

³ R. N. N° 1296-2007, LIMA NORTE, 12/0/12/07 "En tal virtud, el delito de asociación ilícita para delinquir se consuma desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva, no cuando en el desenvolvimiento societario se cometan determinadas infracciones; ni siquiera se requiere que se haya iniciado la fase ejecutiva del mismo. Por ello mismo, tampoco cabe sostener la existencia de tantas asociaciones como delitos se atribuya al imputado. La asociación es autónoma e independiente del delito o delitos que a través de ella se cometan – no se requiere llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar; pudiendo apreciarse un concurso entre ella y estos delitos, pues se trata de sustratos de hechos diferentes y, por cierto, de un bien jurídico distinto del que se protege en la posterior acción delictiva que se comete al realizar la actividad ilícita para la que la asociación se constituye (...) En síntesis, es un contrasentido pretender abordar el tipo legal de asociación ilícita para delinquir en función de los actos delictivos perpetrados, y no de la propia pertenencia a la misma. No se ésta ante un supuesto de codelinuencia en la comisión de los delitos posteriores, sino de una organización instituida con fines delictivos que presenta una cierta inconcreción sobre los hechos punibles a ejecutar".

⁴ Véase, el Acuerdo Plenario Nro. 08-2007 de la Corte Suprema de la República.

⁵ Véase, el Acuerdo Plenario Nro. 08-2007 de la Corte Suprema de la República.

⁶ Véase, el Acuerdo Plenario Nro. 08-2007 de la Corte Suprema de la República.

3.2. Producción de muerte o lesiones graves a la integridad física o mental de la víctima. Precisiones en torno al delito de asesinato (artículo 108, inciso 2 CP). A propósito del Acuerdo Plenario Nro. 03 – 2008 de la Corte Suprema

El ordenamiento penal vigente contiene dos tipos legales que aluden a la muerte de una persona en conexión con la comisión de otro delito. Se trata de los artículos 108° CP sobre el delito de asesinato y 189° CP sobre delito de robo con agravantes. En efecto en estas disposiciones se regula lo siguiente:

> Artículo 108° CP: "Será reprimido [...] el que mate a otro concurriendo cualquiera de las siguientes circunstancias:

2. Para facilitar u ocultar otro delito".

> Artículo 189° (último párrafo) CP: "La pena será [...], cuando [...] como consecuencia del hecho, se produce la muerte de la víctima..."

Estas normas han originado divergentes interpretaciones judiciales que se han concretado en resoluciones que califican indistintamente los hechos como homicidio calificado o robo con muerte subsecuente, pero que no llegan a fijar de forma clara cuando se incurre en uno u otro caso.

El último párrafo del artículo 189° del Código penal expresamente, en la siguiente parte pertinente, lo siguiente: "...o si, como consecuencia del hecho, se produce la muerte de la víctima o se le causa lesiones graves a su integridad física o mental". Por "consecuencia del hecho" debemos lo siguiente: por "hecho" debe interpretarse específicamente el robo de la cosa mueble ajena, de la sustracción de la cosa ajena; y por "consecuencia (del hecho)" de entender por el estado de causación "directa" de muerte o lesiones graves acontecido en contra de la víctima producto precisamente del "apoderamiento" y/o "sustracción" de la cosa mueble ajena.

Es decir, que producto del forcejeo que se ha producido entre el autor y la víctima, es que éste último muere o, en su defecto le produce algunas de las agravantes del artículo 121° del Código penal, del delito de lesiones corporales, aunque la agra-

vante en comento, señala una agresión que no está incorporada de manera expresa en el artículo 121° del Código penal, cual es la integridad "mental" de la víctima, aunque sí dicho artículo señala de "salud mental" que estimo es el concepto más correcto (véase el artículo 121°, inciso 3: "Las que infieren cualquier otro daño a la integridad corporal, o a la salud física o mental de una persona...").

Reiteremos, la muerte o las lesiones graves hacia la víctima deben tener un nexo de causalidad directa en la forma de cómo se ha producido el apoderamiento realizado por el sujeto activo, y esto normalmente es producido por violencia física realizado por el sujeto activo. En ese sentido, la muerte de la víctima por ejemplo debe producirse posteriormente del apoderamiento y/o sustracción de la cosa mueble ajena, ya que si es "anterior" a la acción de apoderamiento será considerado la muerte como un homicidio –doloso o culposo de acuerdo al caso–, y por lo tanto, serán considerados como dos infracciones penales autónomos –el homicidio y el robo–.

El artículo 189° in fine CP prevé una circunstancia agravante de tercer grado para la figura delictiva del robo. Ésta se configura cuando el agente como consecuencia de los actos propios del uso de la violencia para facilitar el apoderamiento o para vencer la resistencia de quien se opone al apoderamiento, le ocasiona o le produce la muerte. Es obvio, en este caso, que el agente buscaba el desapoderamiento patrimonial de la víctima, pero como consecuencia del ejercicio de violencia contra ella –de los actos propios de violencia o vis in corpore– le causa la muerte, resultado que no quiso causar dolosamente pero que pudo prever y evitar. Se trata, pues, de un típico supuesto de homicidio preterintencional donde el resultado sólo se le puede atribuir al agente a título de culpa –la responsabilidad objetiva por el simple resultado es inadmisible, está prohibida por el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal⁷.

El citado dispositivo regula, entonces, un caso de tipificación simultánea, dolosa y culposa, pero de una misma conducta expresamente descrita. Como se advierte en la doctrina especializada la preterin-

⁷ Acuerdo Plenario N° 3-2008/cj-116

tención es una figura compuesta en la que el resultado sobrepasa el dolo del sujeto. Así, el agente roba valiéndose del ejercicio de violencia física contra la víctima, esto es, infiere lesiones a una persona, quien fallece a consecuencia de la agresión, siempre que el agente hubiere podido prever este resultado (la muerte, en este caso, no fue fortuita) –es una situación de preterintencionalidad heterogénea⁸. Como se puede inferir del ejemplo planteado, la conducta típica se articula sobre la base de dos elementos: el apoderamiento del bien mueble y la utilización de violencia en la persona, la cual en el presente caso produce la muerte de esta última.⁹

Nótese que el Legislador patrio en el artículo 189°, último párrafo, ha prescindido de la expresión; “si el agente pudo prever el resultado” que sí se encuentra regulado en otros delitos como es contra la vida, el cuerpo y la salud” (véase, el último párrafo del artículo 121° del Código penal, o los últimos párrafos de los delitos de aborto en el Código penal, y en esta misma línea también podemos nombrar al abrogado Código penal peruano de 1924 que contemplaba la figura del robo en el artículo 239°, último párrafo, bajo el siguiente tenor: “Si el agraviado falleciere a consecuencia de la agresión y si el delincuente hubiere podido prever este resultado, la pena será de penitenciaría no menor de doce años.”) cuando se produce un resultado lesivo más allá del dolo inicial del agente, tildándose en la doctrina éste último resultado como un delito culposo (con representación); dando paso a lo que se conoce como un delito preterintencional. En el artículo en comento, por el contrario, la exigencia es mayor desde el punto de vista procesal-probatório, desde que el agente debe alcanzar dolosamente tanto el delito de robo, en un primer momento, como el delito de homicidio o de lesiones corporales, en un segundo momento, por imperio del principio de imputación subjetiva que reina en nuestro sistema penal, y proscripción de la responsabilidad objetiva (artículo VII del Título Preliminar del Código penal peruano).

Distinto es el caso del asesinato para facilitar u

ocultar otro delito. Aquí el autor mata con el fin de conseguir un propósito ulterior. En el primer supuesto –para facilitar otro delito–, el asesinato implica una relación de medio-fin, en que el homicidio es el delito-medio cometido por el agente con el propósito de hacer posible la ejecución del delito-fin, siempre doloso; situación muy frecuente, por lo demás, en los delitos contra el patrimonio. Ahora bien, en el segundo supuesto –para ocultar otro delito–, el delito previamente cometido o el que está ejecutándose –el delito a ocultar puede ser doloso o culposo– es la causa del comportamiento homicida del agente. Ello ocurre, por ejemplo, cuando el agente es sorprendido en el acto del robo y para evitar su captura, dispara contra su perseguidor o contra quien trata de impedir su fuga, que conduciría al descubrimiento o esclarecimiento de su delito¹⁰.

En ambos supuestos, pues, el elemento subjetivo del tipo legal es determinante. En tal sentido, la referencia legal al mundo interno del agente, a la finalidad que persigue, es de tal relevancia que será suficiente para la consumación de la conducta típica que se compruebe la presencia de este factor. Por consiguiente, el agente, en la circunstancia o en el contexto situacional en que interviene ha de valorar la perpetración del homicidio como vía para garantizar su objetivo ligado siempre a otro delito [JOSÉ LUIS CASTILLO ALVA: Derecho Penal Parte Especial I, Editorial Grijley, Lima, 2008, páginas 410/411]¹¹.

Al respecto es de precisar que son lesiones graves las enumeradas en el artículo 121° CP. Según esta norma se califican como tales a las lesiones que ponen en peligro inminente la vida de la víctima, les mutilan un miembro u órgano principal del cuerpo o lo hacen impropio para su función, causan incapacidad para el trabajo, invalidez o anomalía psíquica permanente o la desfiguran de manera grave y permanente, o infieren cualquier otro daño a la integridad corporal, o a la salud física o mental de una persona, que requiera treinta o más días de asistencia o descanso, según prescripción faculta-

⁸ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho Penal Parte General, Editorial Grijley. Lima. 2006. pág. 409/410.

⁹ Acuerdo Plenario N° 3-2008/CJ-116

¹⁰ JOSÉ HURTADO POZO: Manual de Derecho Penal Parte Especial I Homicidio, 2da. Edición. Ediciones Juris. Lima. 1995. pág. 59/69.

¹¹ Acuerdo Plenario N° 3-2008/CJ-116 de la Corte Suprema

tiva. Por consiguiente, la producción en la realización del robo de esta clase de lesiones determinará la aplicación del agravante del párrafo in fine del artículo 189° CP.

En relación a las lesiones aludidas en el inciso 1° del segundo párrafo del artículo 189° cabe definir si ellas se corresponden con las referidas en los artículos 441° (lesiones falta) o 122° (lesiones dolosas leves) CP. Es de mencionar que en estas dos disposiciones, la diferencia en la intensidad del daño a la salud de sujeto pasivo se establece en base a indicadores cuantitativos relacionados con la incapacidad generada por la lesión o con el tiempo de asistencia facultativa que demanda ¹².

Así, (i) si éstas requieren hasta 10 días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa, siempre que no concurren medios que den gravedad al hecho, se estará ante una falta de lesiones; (ii) si las lesiones requieren más de diez y menos de treinta días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa, se estará ante un delito de lesiones leves. Esta distinción sistemática debe servir para establecer cuando, con motivo de la comisión del acto de desapoderamiento, el ejercicio de violencia física con la producción subsecuente de lesiones configure el agravante que se examina. En tal sentido, es pertinente destacar que como el delito de robo, según se tiene expuesto, requiere para su tipificación el ejercicio de violencia física sobre la persona, los daños personales que ésta pueda ocasionar forman parte necesariamente de esa figura delictiva. Entender, por tanto, que el supuesto agravado del inciso 1) de la segunda parte del artículo 189° CP comprende toda clase de lesiones, con excepción de las graves por estar referida taxativamente al último párrafo del citado artículo 189° CP, no resulta coherente con el tipo básico, ya que lo vaciaría de contenido ¹³.

En consecuencia, si las lesiones causadas no son superiores a 10 días de asistencia o descanso el he-

cho ha de ser calificado como robo simple o básico, siempre que no concurren medios que den gravedad a las lesiones ocasionadas. Si, en cambio, las lesiones causadas son superiores a 10 días y menores de 30 días, su producción en el robo configura el agravante del inciso 1) de la segunda parte del artículo 189° CP ¹⁴.

Llama la atención que tanto la muerte y las lesiones graves tengan las mismas penas conminadas, esto es, de cadena perpetua; sin embargo, la única forma de poder diferenciarlo será en el ámbito jurisdiccional, específicamente en la determinación judicial de la pena a imponer.

En el contexto legal comparado podemos citar el Código penal argentino, que en el delito de robo (artículo 164°) se regula de una manera casuística los momentos temporales donde aparece la violencia para conceptuar el delito de robo; así, dicho texto legal reza de la siguiente manera: *"Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, con fuerza en las cosas o con violencia física en las personas, sea que la violencia tenga lugar antes del robo para facilitarlo, en el acto de cometerlo o después de cometido para procurar su impunidad"* (las negritas son mías). Como puede observarse, a diferencia del Código penal peruano, los momentos en que se produce la violencia en la víctima, resulta totalmente irrelevante a afectos de cerrar la tipicidad del robo en el Código penal argentino, no dando pie a la aplicación de las relaciones concursales con otros ilícitos penales; en efecto, en el Código argentino si la violencia tiene lugar antes de la producción del robo para precisamente facilitarlo, igual habrá delito de robo simple; o si la violencia se produce en el mismo momento de la sustracción o si la violencia es produce después precisamente para buscar la impunidad del robo, igualmente habrá delito de robo simple.

¹² Acuerdo Plenario Nro. 03 – 2008 de la Corte Suprema.

¹³ Acuerdo Plenario Nro. 03 – 2008 de la Corte Suprema.

¹⁴ Acuerdo Plenario Nro. 03 – 2008 de la Corte Suprema.