



La tentativa en el delito de robo:

En el presente caso, no existió la disponibilidad potencial del bien, como se exige en la Sentencia Plenaria n.º 1-2005/DJ-301-A para que estemos frente a la consumación del ilícito. Es cierto que los sentenciados superaron el obstáculo que colocó en la trocha el acompañante del agraviado; sin embargo, una vez superado este fueron intervenidos por los efectivos policiales, que circunstancialmente se encontraba en la zona. En consecuencia, no se materializó la disponibilidad de la cosa sustraída. Por lo que el razonamiento de los tribunales de mérito es correcto. El delito quedó en grado de tentativa.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, diecisiete de marzo de dos mil veintitrés

VISTOS: el recurso de casación interpuesto por el representante del **Ministerio Público** contra la sentencia de vista del dieciocho de enero de dos mil veintiuno (foja 392), que confirmó la de primera instancia del dieciocho de diciembre de dos mil diecinueve (foja 274), que condenó a Víctor Hugo Torres López y Alfredo Huamaní Gaspar como coautores del delito contra el patrimonio-robo agravado, en grado de tentativa, en agravio de Summer Espinoza Cancho, y les impuso nueve años de pena privativa de libertad; con lo demás que contiene.

Intervino como ponente la señora jueza suprema CARBAJAL CHÁVEZ.

CONSIDERANDO

I. Itinerario del proceso

Primero. A efectos de mejor resolver, es pertinente realizar una síntesis de los hechos procesales materia del presente:

- 1.1.** Conforme a la acusación, se tiene que el uno de enero de dos mil diecinueve, antes de las 6:00 horas, el agraviado Summer Lifonso Espinoza Cancho se retiró de la oficina y vivienda de su empleador, con quien previamente había estado celebrando con motivo del año nuevo, y se dirigió a buscar a su compañero de trabajo Brayan Julio Castro Anahui, quien se encontraba trabajando en el cuidado de uno de los vehículos en otra casa de su empleador, ubicada en la calle Ignacio Morsesky, Nasca.
- 1.2.** Al encontrarse el agraviado y su compañero, el primero lo invitó a tomarse unas cervezas, invitación que aceptó el segundo y acordaron acudir a un local conocido como "La China" donde se expende licores, para ello solicita el servicio de un taxi y en aquella oportunidad se presenta el vehículo marca Daewoo de placa de rodaje C3T097, conducido por el acusado Alfredo Huamaní Gaspar, en el asiento del copiloto se ubicaba el acusado Víctor Hugo Torres López. El agraviado y su amigo ocupan el asiento posterior y se trasladan hasta el local mencionado. El agraviado llevaba consigo en la cintura un "canguro" del cual sacaba dinero para pagar las cervezas que había consumido, ello fue observado por los acusados; transcurrida media hora en dicho local, el compañero de trabajo del agraviado, Brayan Julio Castro Anahui, le pide retirarse y en la parte exterior del local le hace la propuesta para ir a un prostíbulo denominado "Las Visitadoras", en ese contexto, los acusados al haber advertido el manejo económico del agraviado acuerdan —en una distribución de roles— apoderarse del dinero del agraviado.
- 1.3.** Una vez que salieron del local, tanto el agraviado como su amigo solicitaron el servicio de taxi y nuevamente se presentan los acusados Huamaní Gaspar y Torres López, pero esta vez el

segundo procede a esconderse en la parte posterior de la maletera del vehículo Tico, por lo que el agraviado y su acompañante advirtieron solo la presencia del conductor Huamaní Gaspar, en el trayecto le solicitan ir al prostíbulo “Las Visitadoras” y el acusado Huamaní Gaspar les indica que conocía un mejor lugar donde solo habían prostitutas venezolanas.

- 1.4.** Es así que son trasladados a la carretera Panamericana Sur, casi fuera de la ciudad de Nasca e ingresan por una carretera de trocha deshabitada, donde habían bastantes árboles y arbustos que limitaban la visibilidad, los conducen hasta determinado lugar y de la parte posterior de la maletera sale el acusado Víctor Hugo Torres López, inmediatamente se dirigen con violencia hacia el acompañante Castro Anahui, le indican que “con él no era el asunto” y por esa razón una vez que se detuvo el vehículo lo echaron del mismo y continuaron su recorrido con el agraviado Espinoza Cancho, luego lo condujeron a un lugar bastante desolado, a unos cuarenta metros donde se produce el robo: Torres López lo golpeó en la cabeza con un arma y ante la negativa del agraviado por entregar “el canguro” (bolsa donde llevaba el dinero), finalmente, con este golpe lo reduce para quitarle el “canguro”, en el cual habían S/ 250 (doscientos cincuenta soles), un celular de marca Huawei, una billetera con S/ 110 (ciento diez soles) y sus pertenencias personales.
- 1.5.** En atención a estos hechos, el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial Zona Sur de la Corte Superior de Justicia de Ica, mediante la resolución del dieciocho de diciembre de dos mil diecinueve, condenó a Víctor Hugo Torres López y Alfredo Huamán Gaspar como autores del delito contra el patrimonio robo agravado, en grado de tentativa (foja 274).

- 1.6. Contra esta resolución, el representante del Ministerio Público presentó recurso de apelación (foja 311).
- 1.7. La Sala Mixta y Penal de Apelaciones de Nasca de la Corte Superior de Justicia de Ica, mediante la sentencia de vista del dieciocho de enero de dos mil veintiuno, declaró infundada la apelación interpuesta y confirmó la resolución recurrida (foja 392).
- 1.8. Posteriormente, el representante del Ministerio Público interpuso el presente recurso de casación contra la decisión del Tribunal Superior (foja 410).
- 1.9. Es así que mediante la resolución del diecinueve de marzo de dos mil veintiuno, emitida por la citada Sala Penal de Apelaciones, se concedió el recurso de casación interpuesto (foja 419).

II. Tenor del recurso de casación

Segundo. El representante del Ministerio Público invocó la causal contenida en el inciso 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal; en relación a ello, indicó lo siguiente:

- 2.1. Solicitó revocar la sentencia de vista, que el Tribunal Supremo actúe como instancia y reformándola imponga una pena privativa de libertad de catorce años y cuatro meses.
- 2.2. Alegó la existencia de una interpretación errónea del artículo 16 del Código Penal, pues se disminuyó indebidamente la pena al aplicar la figura jurídica de tentativa cuando el delito fue consumado.
- 2.3. Se sustrajo los bienes al agraviado mediante violencia; posteriormente, los procesados huyeron con los mismos en un vehículo, sortearon las rocas que el testigo acompañante puso en la trocha carrozable y huyeron. Por lo que el delito fue consumado, independientemente que después de forma circunstancial un patrullero que fue advertido por el testigo

intervino a los procesados, pues el auto donde huían fue perdido de vista por unos minutos.

- 2.4.** De modo que es ilógico el razonamiento del Tribunal Superior cuando afirma que no se ejecutaron actos de disposición, porque en un extremo de la trocha carrozable estaban el agraviado y en el otro el testigo acompañante.

III. Motivos de la concesión del recurso de casación

Tercero. Este Tribunal Supremo, mediante la resolución de calificación del diecinueve de agosto de dos mil veintidós (foja 115 del cuadernillo formado en esta suprema instancia), declaró bien concedido el recurso de casación, conforme a la causal contenida en el inciso 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal; precisó lo siguiente:

De la revisión del recurso interpuesto por el representante del Ministerio Público, se advierte que los Tribunales de mérito, al subsumir en el artículo 16 del Código Penal el grado de desarrollo del delito, podrían no haber considerado que hubo un momento de disposición potencial de los bienes del agraviado. Al respecto, la Sentencia Plenaria n.º 1-2005 establece en el fundamento décimo que para la consumación del delito de robo agravado hace falta que después de la sustracción exista una potencial disponibilidad del bien, referida a separar el bien del ámbito de posesión del agraviado.

En consecuencia, se declaró bien concedido el recurso a fin de esclarecer si los hechos quedaron en grado de tentativa o se consumaron, ello en atención a lo previsto en el inciso 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal.

De este modo, corresponde analizar el caso en los términos habilitados por el referido auto de calificación.

IV. Audiencia de casación

Cuarto. Instruido el expediente, se señaló como fecha para la realización de la audiencia de casación el veintidós de febrero de dos mil veintitrés. Así, cerrado el debate y deliberada la causa, se produjo la votación correspondiente, en la que se acordó pronunciar por unanimidad la presente sentencia y darle lectura en la audiencia programada para la fecha.

V. Fundamentos de derecho

Quinto. Conforme se expuso, en el caso, el tema jurídicamente relevante estriba en determinar si los hechos declarados probados dan cuenta que el delito atribuido a los procesados quedó en grado de tentativa o si, de lo contrario, nos encontramos frente a un delito consumado. Ello en relación con la causal 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal, es decir, la denominada casación sustantiva o infracción de la ley material, en el supuesto de indebida aplicación de la norma sustantiva —que nos compete—, la que se da cuando el juez incurre en un error de conceptualización “que se materializa en una selección o adecuación de la norma equivocada”¹.

Sexto. En el marco de un Estado constitucional de derecho, es preciso que se tutelen los distintos derechos e intereses de los ciudadanos, por lo que se requieren instituciones y herramientas que permitan administrar justicia adecuadamente.

6.1. En ese contexto, el objeto del derecho penal se circunscribe a la prevención del delito —y las faltas— como medio protector de la

¹ PABÓN GÓMEZ, Germán (2003). *De la casación y la revisión penal: en el derecho constitucional, social y democrático de Derecho*. 2ª edición. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, pp. 215-216.

persona humana y la sociedad (artículo I del Título Preliminar del Código Penal).

6.2. El sistema penal actúa como un control social “institucionalizado o formalizado”, y para su ejecución eficiente se requieren instituciones y herramientas que permitan administrar justicia adecuadamente. Así, el derecho penal atribuye conductas prohibidas a los individuos y establece como consecuencias a estos comportamientos distintas sanciones.

6.3. No obstante, la facultad del Estado de atribuir conductas prohibidas y sancionar a los sujetos que incurrieron en estas no responde a un poder absoluto, pues se establecen límites al ejercicio de la potestad punitiva denominados principios y derechos; estos deben orientar la interpretación y la aplicación normativa de los operadores de justicia.

Por lo que es relevante precisar que “la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley” (artículo IV del Título Preliminar).

6.4. En consecuencia, se tiene que el derecho penal tiene una función preventiva, pero que está vinculada a la protección de bienes jurídicos. Es así que este puede intervenir ante una potencial lesión al bien jurídico, como lo es la tentativa, considerada como una forma imperfecta de ejecución del delito.

El Código Penal, en el artículo 16, la define del siguiente modo: “[...] el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo. El juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena”.

Séptimo. En específico, respecto a la tentativa en el delito de robo agravado y la problemática sobre su consumación, esta fue superada con la Sentencia Plenaria n.º 1-2005/DJ-301-A; al respecto, es relevante lo siguiente:

- 7.1.** La acción de apoderarse mediante sustracción materialmente define al delito de hurto, y por extensión al de robo, como uno de resultado y no de mera actividad. Este entendimiento de ambos delitos, a su vez, fuerza a entender no solo que el agente desapodera a la víctima de la cosa —adquiere poder sobre ella—, sino que también ocurre, como correlato, la pérdida actual de la misma por parte de quien la tuviera, situación que permite diferenciar o situar en un momento diferenciado la desposesión del apoderamiento. En tal virtud, el criterio rector para identificar la consumación se sitúa en el momento en el que el titular o poseedor de la cosa deja de tener a esta en el ámbito de protección dominial y, por consiguiente, cuando el agente pone la cosa bajo su poder de hecho. Este poder de hecho —resultado típico— se manifiesta en la posibilidad de realizar sobre la cosa actos de disposición, aun cuando solo sea por un breve tiempo, es decir, cuando tiene el potencial ejercicio de facultades de dominio; solo en ese momento es posible sostener que el autor consumó el delito (fundamento octavo).
- 7.2.** Este criterio de la disponibilidad potencial, que no efectiva, sobre la cosa —de realizar materialmente sobre ella actos dispositivos— permite desestimar de plano teorías clásicas como la *aprehensio* o *contrectatio* —que hacen coincidir el momento consumativo con el de tomar la cosa—, la *amotio* —que considera consumado el hurto cuando la cosa ha sido trasladada o movida del lugar— y la *illatio* —que exige que la cosa haya quedado plenamente fuera del patrimonio del dueño y a la entera disposición del autor—; y ubicarse en un criterio intermedio que podría ser compatible con la teoría de la *ablatio* —que importa sacar las cosas de la esfera de custodia, de la vigilancia o de la actividad del tenedor, efectivo dominio sobre la cosa—. El desplazamiento de la cosa en el espacio

no es el criterio definitorio del hurto, sino el desplazamiento del sujeto que puede realizar actos de disposición.

7.3. Por consiguiente, la consumación en estos casos viene condicionada por la disponibilidad de la cosa sustraída —de inicio solo será tentativa cuando no llegue a alcanzarse el apoderamiento de la cosa, realizados desde luego los actos de ejecución correspondientes—. Disponibilidad que más que real y efectiva —que supondría la entrada en la fase de agotamiento del delito— debe ser potencial, esto es, entendida como posibilidad material de disposición o realización de cualquier acto de dominio de la cosa sustraída. Esta disponibilidad potencial, desde luego, puede ser momentánea, fugaz o de breve duración. La disponibilidad potencial debe ser sobre la cosa sustraída, por lo que: **(a)** si hubo posibilidad de disposición, y pese a ello se detuvo al autor y recuperó en su integridad el botín, la consumación ya se produjo; **(b)** si el agente es sorprendido *in fraganti* o *in situ*, perseguido inmediatamente y sin interrupción es capturado con el íntegro del botín, así como si en el curso de la persecución abandona el botín y este es recuperado, el delito quedó en grado de tentativa, y **(c)** si perseguidos los participantes en el hecho es detenido uno o más de ellos, pero otro u otros logran escapar con el producto del robo, el delito se consumó para todos.

VI. Análisis del caso en concreto

Octavo. En principio debemos reiterar que no es objeto de cuestionamiento la materialidad del delito, ni se encuentra en discusión la responsabilidad penal de los sentenciados, sino únicamente el extremo referido al grado de desarrollo del delito.

Noveno. En relación a tal asunto, el Juzgado fundamentó lo siguiente:

- 9.1.** Está debidamente acreditada la existencia del desapoderamiento violento de los bienes del agraviado, así como que estos posteriormente fueron recuperados, casi de forma inmediata.
- 9.2.** No obstante, se debe tener en cuenta que no existieron actos de dominio y disposición, pues al final de la vía carrozable se encontraba el agraviado y del lado opuesto el bloqueo establecido por el compañero del agraviado, si bien se superó este, inmediatamente fueron intervenidos por los efectivos policiales, hecho que imposibilitó que se disponga libremente de los bienes.

Por lo que se consideró que se debería disminuir prudencialmente la pena, debido a que estamos ante una ejecución imperfecta del delito.

Décimo. En relación a este asunto, el Tribunal Superior señaló lo siguiente:

No se dispuso libremente de los bienes sustraídos, porque si bien se superó el obstáculo que el amigo del agraviado interpuso en la trocha con la finalidad de que los tripulantes del vehículo no pudiesen huir, los sentenciados ingresaron a la carretera Panamericana Sur y enrumbaron con dirección a Nasca, que se encontraba en la intersección de la trocha y la mencionada carretera, en paralelo se solicitó ayuda a la policía, que circunstancialmente transitaba por dicha carretera, por lo que fueron intervenidos a cincuenta metros de la intersección, lo que imposibilitó la disponibilidad de los bienes sustraídos. En efecto, la Sala concluyó en el mismo sentido que el Juzgado.

Undécimo. En esa línea, en atención a la finalidad extraordinaria del recurso de casación, vinculado a la reafirmación de los preceptos constitucionales y procesales, que tienen por fin, entre otros, la

aplicación e interpretación correcta del derecho positivo en las resoluciones judiciales, debemos señalar lo siguiente:

- 11.1.** Es importante tener en consideración, conforme con los hechos declarados probados, que el lugar donde ocurrió la sustracción es una vía carrozable de un sentido, que se conecta con la carretera Panamericana Sur.
- 11.2.** Después de la sustracción de los bienes al agraviado Summer Espinoza Cancho, los sentenciados lo bajaron del vehículo y lo dejaron en la trocha desolada para iniciar su huida; no obstante, en paralelo el compañero del agraviado, Brayan Julio Castro Anahui —que previamente había sido bajado del vehículo—, puso piedras en el camino con la finalidad de dificultar la salida del vehículo por la vía, en el cual iban a bordo los sentenciados.
- 11.3.** Es cierto, que estos superaron el obstáculo que Castro Anahui les interpuso; sin embargo, este retardó la fuga de ellos, lo que permitió que el agraviado dé pronto aviso a un patrullero policial, que circunstancialmente se encontraba abasteciéndose de gasolina en un grifo muy cercano a la trocha carrozable por la que transitaban los sentenciados.
- 11.4.** En ese sentido, los efectivos policiales Enríquez Rodríguez y Sotelo Espinoza dieron cuenta que el señor Castro Anahui señaló que el agraviado Espinoza Cancho había sufrido el delito de robo agravado y mientras que se le solicitaba mayor información este les indicó que el vehículo que se aproximaba —a cincuenta metros de la trocha carrozable— era el que había sido utilizado en los hechos; el agraviado aparece, sube al vehículo policial y acto seguido se intervino a los sentenciados a unos treinta metros, de

esta manera, se recuperó los bienes del agraviado conforme al acta de registro vehicular y personal.

- 11.5.** De lo relatado se advierte, que no existió una disponibilidad potencial de los bienes sustraídos por parte de los sentenciados; es verdad que superaron el obstáculo —piedras en el camino— que puso el compañero del agraviado; no obstante, esto dificultó su huida impidiendo que ejerzan una disponibilidad potencial del bien. Además, apenas salieron de la trocha carrozable fueron intervenidos por un patrullero policial que circunstancialmente se encontraba próximo al lugar. Por lo que nos encontramos ante un delito en grado de tentativa.
- 11.6.** En este orden de ideas, por los fundamentos expuestos se concluye que la sentencia de vista aplicó debidamente la norma material, en consecuencia, corresponde declarar infundada la presente casación.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los señores jueces supremos integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República:

- I. DECLARARON INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el representante del **Ministerio Público** contra la sentencia de vista del dieciocho de enero de dos mil veintiuno (foja 392), que confirmó la sentencia de primera instancia del dieciocho de diciembre de dos mil diecinueve (foja 274), que condenó a Víctor Hugo Torres López y Alfredo Huamaní Gaspar como coautores del delito contra el patrimonio-robo agravado, en grado de tentativa, en agravio de Summer Espinoza Cancho, y les impuso

nueve años de pena privativa de libertad; con lo demás que contiene. **NO CASARON** la citada sentencia de vista.

- II. **EXONERARON** de las costas procesales al recurrente por tratarse del representante del Ministerio Público.
- III. **DISPUSIERON** que la presente sentencia casatoria sea leída en audiencia por intermedio de la Secretaría de esta Sala Penal Suprema y que, acto seguido, se notifique a las partes apersonadas en la instancia, incluso a las no recurrentes.
- IV. **MANDARON** que, cumplidos los trámites, se devuelvan los autos al órgano jurisdiccional de origen y que se archive el cuaderno de casación en la Corte Suprema.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

LUJÁN TÚPEZ

ALTABÁS KAJATT

SEQUEIROS VARGAS

CARBAJAL CHÁVEZ

CCH/FL