

José Carlos Ugaz Sánchez-Moreno<sup>(\*)</sup>

## **Comentario a la Sentencia Plenaria 1-2005/DJ-301-A.I. del 30 de septiembre de 2005, relativa al momento de la consumación del delito de robo agravado**

«LA DISCREPANCIA SE PRODUCE EN CUANTO A LOS ALCANCES DE LA DISPONIBILIDAD POTENCIAL DEL BIEN, PUES MIENTRAS LA SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA SEÑALA QUE ÉSTA EXISTE INCLUSO CUANDO EL AGENTE ESTÁ HUYENDO CON LA COSA INMEDIATAMENTE DESPUÉS DE HABERLA SUSTRÁIDO, LA SALA PENAL PERMANENTE SEÑALA QUE LA DISPONIBILIDAD POTENCIAL NO INCLUYE EL ACTO DE LA FUGA».

Con fecha 30 de septiembre del año 2005, el Pleno Jurisdiccional de Vocales de la Corte Suprema de la República emitió sentencia plenaria fijando posición en lo relativo al momento de la consumación del delito de robo agravado.

Según lo establece el artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales (incorporado por Decreto Legislativo 959 del 17 de agosto del 2004), cuando una Sala de la Corte Suprema lo exprese así en sus sentencias, éstas constituyen precedente vinculante, debiendo publicarse en el Diario Oficial y en la página web del Poder Judicial. Si existe discrepancia en la materia con miembros de la misma Sala o con lo resuelto por otra Sala Penal, se convocará a una sesión plenaria de los Vocales de la Corte Suprema -a pedido de cualquiera de las Salas, la Fiscalía Suprema Penal o la Defensoría del Pueblo- para que se dicte una sentencia plenaria que zanje la discusión, la que se adoptará por mayoría.

En el caso de la sentencia plenaria comentada, surgió discrepancia entre lo resuelto por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema mediante sentencia de fecha 17 de febrero del 2005, y lo fallado por la Sala Penal Permanente con fecha 11 de abril del 2005 en lo que atañe al momento de consumación del delito de robo agravado, siendo esta última la que convocó al Pleno Jurisdiccional.

---

(\*) Abogado. Socio de Benites, Forno & Ugaz Abogados. Miembro del Comité Consultivo Nacional de la Asociación Civil **ius et veritas**.

Las posiciones contradictorias se resumen de la siguiente forma:

- a) Segunda Sala Penal Transitoria  
El delito de robo se consuma:
  - a.1) Con el apoderamiento del objeto mueble incluso si es por un breve lapso de tiempo.
  - a.2) Cuando el agente huye con el bien (reemplazo de un dominio por otro).
  - a.3) Cuando ejercita actos de disposición aunque sea por breve tiempo.
- b) Sala Penal Permanente  
El delito de robo se consuma:

Cuando el autor ha logrado la disponibilidad potencial de la cosa, aunque no sea efectiva (incluso momentánea, fugaz o de breve duración).

La disponibilidad potencial no comprende el acto de la fuga, persecución inmediata y sin interrupción, en cuyo caso sería una tentativa.

La sentencia plenaria, por su parte, estableció que, partiendo del hecho que los delitos de “hurto” y “robo” comparten la misma estructura típica esencial, salvo el medio comisivo de violencia o amenaza, si en el caso del “hurto” el acto de apoderamiento es el elemento central para diferenciar la consumación de la tentativa, también lo es para el delito de “robo”.

Según esta sentencia, el apoderamiento no solo importa el desplazamiento físico de la cosa de la esfera de custodia del sujeto pasivo a la del agente, sino también la realización material de actos posesorios (disposición del bien) por parte de este último. Esta situación permite diferenciar dos momentos distintos, los cuales consisten en: (i) el desapoderamiento del sujeto pasivo; y, (ii) la posesión por parte del sujeto activo. En tal sentido, sostiene la sentencia, la consumación requiere, además del despojo del bien de su titular, que el autor del robo tenga la “posibilidad” de realizar actos de disposición respecto del bien mueble. Esta “posibilidad” es definida por la sentencia como la “disponibilidad potencial”, no necesariamente efectiva sobre la cosa, la misma que puede ser momentánea, fugaz o de breve duración.

A partir de esta definición conceptual, la Sala Plena decide por mayoría de nueve votos contra uno, que en los delitos

«TANTO EL “HURTO” COMO EL “ROBO”  
IMPLICAN UN ACTO DE APODERAMIENTO  
DE UN BIEN MUEBLE TOTAL O  
PARCIALMENTE AJENO, LO QUE SE  
LOGRA A TRAVÉS DE LA SUSTRACCIÓN,  
CUYA NATURALEZA ES PRECISAMENTE  
EL ELEMENTO QUE DIFERENCIA A UN  
DELITO DEL OTRO».

de robo agravado, para que se lleve a cabo la consumación, se requiere la “disponibilidad potencial” (posibilidad material de disposición o realización de cualquier acto de dominio) por parte del agente, de la cosa sustraída.

En voto singular, el vocal Balcázar Zelada fundamentó su discrepancia en el hecho de que a su criterio, el delito de “robo” se consuma con la sola remoción y traslado físico de la cosa (*amotio*), no siendo necesaria la disposición efectiva o potencial de ésta por parte del autor. No comentaremos específicamente este extremo de la sentencia, pues a lo largo del desarrollo de nuestro comentario, queda claro que no coincidimos con la teoría que sustenta esta posición ya que nos adscribimos a la tesis de la mínima disponibilidad.

## Comentario

En el ámbito de los delitos contra el patrimonio, es cierto que el delito de “hurto” previsto en el artículo 185 del Código Penal vigente comparte la misma estructura típica que el delito de “robo” sancionado en el artículo 188 del mismo cuerpo de leyes.

En efecto, en ambos casos el sujeto activo puede ser cualquiera, y en el ámbito de la tipicidad subjetiva estamos frente a delitos dolosos que además exigen un elemento

## José Carlos Ugaz Sánchez - Moreno

adicional: el ánimo de lucro (para obtener provecho o para aprovecharse de...). En cuanto al tipo objetivo, tanto el “hurto” como el “robo” implican un acto de apoderamiento de un bien mueble total o parcialmente ajeno, lo que se logra a través de la sustracción, cuya naturaleza es precisamente el elemento que diferencia a un delito del otro, pues en el caso del hurto la sustracción es pacífica, mientras que tratándose del delito de robo, ésta debe lograrse a través de la violencia o amenaza.

Como quiera que el verbo “sustraer” implica a la vez acción y resultado (despojar y apoderarse, respectivamente), diversos autores sugieren acudir a una visión material del problema. En ese sentido, Quintero Olivares<sup>(1)</sup> sostiene que “para evitar que ‘apoderamiento’ y ‘desposesión’ se fundan haciendo imposible la distinción entre ‘tentativa’ y ‘consumación’, es decir, dando lugar a que el hurto se transforme en un delito de mera actividad, la desposesión, según entiende la doctrina mayoritaria, ha de situarse en el momento, diferenciado del apoderamiento, en que el dueño o custodiador de la cosa deja de tener a ésta en el ámbito de protección dominical”.

Como señala la doctrina mayoritaria, un primer momento en la sustracción consiste en la desposesión, es decir, la privación física de la tenencia del bien por parte del sujeto pasivo; mientras que, en un momento posterior, se produce el apoderamiento, en virtud del cual, el agente del delito incorpora la cosa a su esfera de dominio y adquiere la capacidad de disposición sobre la misma.

El tema del apoderamiento no es pacífico en la doctrina y ha dado lugar a diversas teorías construidas desde antiguo para tratar de determinar cuándo es que este se produce, lo que resulta de gran importancia para fijar el momento de la consumación del delito. Así, según las distintas teorías, el apoderamiento se produciría cuando<sup>(2)</sup>:

a) El autor del delito entra en contacto físico con el bien (*contrectatio*).

b) La cosa es trasladada físicamente de un lugar a otro donde el sustractor tiene posibilidad de disponerlo en su provecho (*ablatio*).

c) El bien mueble no solo es trasladado materialmente de un lugar a otro, sino que además es ocultado para evitar su recuperación por parte de la víctima (*illatio*).

Estas teorías resultan insuficientes para establecer el momento del apoderamiento -y en consecuencia del hurto- pues este se realiza no solo con la pérdida de la custodia del bien por parte del sujeto pasivo, sino, esencialmente, con la incorporación de la cosa al patrimonio del agente<sup>(3)</sup>. De esta manera, Vives Antón<sup>(4)</sup> manifiesta que, en la doctrina española, prácticamente existe unanimidad al apartarse de estas tesis y afirmar que la consumación en los delitos de hurto y robo está determinada por la “mínima disponibilidad” del agente respecto de la cosa sustraída, criterio semejante a la *aprehensio* del derecho histórico. Para apoyar su aserto, cita dicho autor la sentencia del 24 de septiembre de 1971 que afirma “debiendo estimarse por ser la más justa concepción científica y práctica, que la sustracción consumativa del referido delito se encuentra en la *aprehensio*, que es la toma de contacto con la *res furtiva*, con desposesión del dueño y adquisición correlativa de la posesión por el delincuente, pero con disponibilidad de disfrute, aunque sea meramente mínima, eventual o fugaz”.

Cuando el bien mueble es incorporado a la

(1) QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y otros. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal Español*. Editorial Aranzadi, 1996. p. 445.

(2) BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal*. Barcelona: Editorial Ariel, 1986. p. 196.

(3) GONZÁLES RUS, Juan José. *Curso de Derecho Penal Español*. Parte Especial I, dirigido por COBO DEL ROSAL, Manuel. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 563.

(4) *Derecho Penal Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1988. p. 766.

esfera de custodia del sujeto activo, este asume la capacidad de disposición sobre el mismo, capacidad que abarca múltiples posibilidades como la destrucción, consumo, deterioro, venta, donación, etcétera. Ahora bien, ¿la disposición del bien tiene que ser real o basta con que el autor de la sustracción tenga esa posibilidad? En otras palabras, ¿el agente tiene que disponer efectivamente de la cosa, ó basta que tenga la capacidad de hacerlo?

Existe una corriente mayoritaria en la doctrina contemporánea que sostiene que basta el “potencial” de disponibilidad sobre el bien sustraído, aunque la posibilidad de hacerlo realmente sea mínima, para que se produzca el apoderamiento que materializa los delitos de “hurto” y “robo”. Este potencial de disponibilidad se concreta cuando el agente puede comportarse como dueño de la cosa.

Hasta aquí ambas sentencias de la Corte Suprema llevadas a sesión plenaria parecen estar de acuerdo. La discrepancia se produce en cuanto a los alcances de la disponibilidad potencial del bien, pues mientras la Segunda Sala Penal Transitoria señala que esta existe incluso cuando el agente está huyendo con la cosa inmediatamente después de haberla sustraído, la Sala Penal Permanente señala que la disponibilidad potencial no incluye el acto de la fuga.

Esta segunda posición es adoptada por la Sala Plena, pues si bien en la decisión señala expresamente que los delitos de robo agravado requieren, para su consumación, la disponibilidad de la cosa sustraída por parte del agente, también deja expresa constancia, en su décimo considerando, de que “si el agente es sorprendido *in fraganti* o *in situ* y 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”.

En nuestra opinión, la Sala Plena de la Corte Suprema -al igual que muchos autores que desarrollan el momento consumativo de los delitos de hurto y robo- incurre en una contradicción. Si se considera que el apoderamiento es el elemento definitorio para la consumación del hurto o robo, y que éste se determina por la capacidad potencial del agente de disponer del bien en cualquiera de sus formas, señalándose incluso que ello

ocurre aunque sea por breve término, o cuando la posibilidad de disposición sea mínima, no resulta coherente que por el hecho que disponga del bien al momento de la fuga, se considere una mera tentativa y no un delito consumado.

Presumimos que este errado razonamiento parte del hecho de que quien está huyendo está sujeto a presión y por lo tanto toma decisiones que no son libres. En tal sentido, se pronuncia Salinas Siccha<sup>(5)</sup> cuando sostiene que “la posibilidad de disposición debe ser libre, espontánea y voluntaria sin más presión que el temor de ser descubierto, esto es, la voluntad de disposición del bien por parte del agente no debe estar viciada por presiones externas como ocurriría, por ejemplo, cuando al estar en plena huida del lugar donde se produjo la sustracción, el agente es inmediatamente perseguido. Sin duda al momento de la fuga, el sujeto activo puede tener la posibilidad de disponer del bien ya sea destruyéndolo o entregándole a un tercero, etcétera; pero ello de ningún modo puede servir para afirmar que se ha consumado el delito”.

Es de asumir que sobre la base de este mismo argumento es que se sostiene que

“EL POTENCIAL DE DISPOSICIÓN QUE DEFINE EL APODERAMIENTO DEBE ESTAR DETERMINADO POR LA POSIBILIDAD DE CONDUCIRSE COMO DUEÑO DE LA COSA, ACTITUD QUE ASUME QUIEN TOMA UNA DECISIÓN SOBRE EL FUTURO INMEDIATO DE ÉSTA AÚN EN EL ACTO MISMO DE LA HUIDA”.

(5) *Delitos contra el Patrimonio*. 2da edición. Lima: Jurista Editores, 2006. p. 128.

## José Carlos Ugaz Sánchez - Moreno

la persecución inmediata y sostenida del autor de la sustracción es incompatible con la posibilidad de disposición, y, por ende, no permite la consumación del delito.

Desde nuestro punto de vista, el hecho que el agente en posesión del bien esté siendo perseguido inmediatamente después de haberlo sustraído, no impide que efectúe actos de disposición válidos sobre el mismo durante el tiempo que dure la persecución<sup>(6)</sup>.

En tal sentido, el Supremo Español ha señalado que, para la consumación del delito de hurto, no importa el mucho o poco tiempo que medie entre la sustracción y la captura del culpable, pues basta con una disponibilidad momentánea o de breve duración, que podría ser de diez o quince minutos, o lo que se tarda en recorrer 10 kilómetros (SSTS de 8 de marzo de 1988 y 8 de febrero de 1994)<sup>(7)</sup>.

En cuanto a la libertad de disposición del sustractor, es posible que esta efectivamente se vea constreñida por una inmediata persecución, pero ello no impide que pueda decidir válidamente sobre la disposición del bien, a tal punto que si decide no disponer de este, puede optar conscientemente por preferir ser capturado. De otro lado, la persona que, luego de sustraer una medicina costosa, es perseguida inmediatamente después del hurto y decide consumirla mientras escapa, ¿no está acaso disponiendo de la cosa válidamente?, ¿no estaríamos en ese caso frente a un hurto consumado? El potencial de disposición

que define el apoderamiento debe estar determinado por la posibilidad de conducirse como dueño de la cosa, actitud que asume quien toma una decisión sobre el futuro inmediato de ésta aún en el acto mismo de la huida.

El individuo que sustrae un jarrón de porcelana muy valioso de una galería de arte con la intención de venderlo posteriormente, pero es sorprendido y perseguido de inmediato, y en el acto de la fuga decide destruirlo para evitar ser incriminado por falta de la prueba material del delito, actuó con ánimo de lucro y se apoderó del bien. Dicho jarrón fue sustraído de la esfera de custodia de la víctima e incorporado a la esfera de dominio del ladrón, a tal punto que decidió destruirlo, precisamente porque tenía la posibilidad de comportarse como dueño y evitar ser capturado en posesión del jarrón. Que no haya aprovechado el bien implicará que no se agotó el delito, pero no afecta la consumación del mismo.

Cuando se mencionan las presiones que vician la posibilidad de disposición como justificante para la no consumación del delito, se olvida que muchas veces quien ha hurtado o robado un bien, luego lo vende o negocia precisamente presionado por necesidades económicas, hambre, adicciones u otros apremios. Con este mismo argumento, podríamos llegar al absurdo de sostener que quien robó una cartera y luego compró pasta básica de cocaína con el dinero contenido en ella, no dispuso libremente del bien pues lo hizo presionado por su adicción a la droga, y en consecuencia, al no haber dispuesto libremente, no se consumó el delito de robo, el mismo que quedó en grado de tentativa.

En consecuencia, opinamos que, a diferencia de lo sostenido en la sentencia plenaria en comentario, sí es posible el apoderamiento por parte del sujeto activo del delito de "hurto" o "robo", entendido como mínima disponibilidad, durante la persecución inmediata y sostenida.

(6) En igual sentido opinan BRAMONT ARIAS y GARCÍA CANTIZANO. En: *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*. 2da edición. Lima: 1996. p. 269.

(7) GONZALES RUS, Juan José. *Op. cit.*; p. 579