



**Delito de tentativa de robo con
agravante**

Sumilla. Las pruebas que sustentan la sentencia condenatoria son válidas y generaron convicción de que el sentenciado intentó robar a la agraviada, conjuntamente con un sujeto no identificado, mediante violencia, por lo que su conducta se subsume en el delito de tentativa de robo con agravante. En consecuencia, se declara no haber nulidad en la sentencia condenatoria.

Lima, cuatro de octubre de dos mil veintiuno

VISTO: el recurso de nulidad interpuesto por la defensa del sentenciado **JHONATAN CRISTIAN VERGEL OSCCO** contra la sentencia del veinticuatro de septiembre de dos mil diecinueve (foja 435), emitida por la Tercera Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, que lo **condenó** como autor del delito contra el patrimonio, en la modalidad de tentativa de robo con agravante, en perjuicio de Andrea Livier Ramírez Rivera; y, como tal, le impuso doce años de pena privativa de libertad y fijó en tres mil soles la reparación civil a favor de la agraviada. De conformidad con la opinión del fiscal supremo en lo penal.

Intervino como ponente la jueza suprema **SUSANA CASTAÑEDA OTSU.**

CONSIDERANDO

HECHOS OBJETO DE CONDENA

PRIMERO. Conforme con la acusación escrita, ratificada en juicio oral (fojas 281 y 348, respectivamente), el 12 de octubre de 2018 Jhonatan Cristian Vergel Oscco, a las 13:25 horas, aproximadamente, interceptó a la agraviada Andrea Livier Ramírez Rivera cuando esta caminaba por el cruce de las avenidas Javier Prado y Juan Aliaga del distrito de San Isidro con su celular en la mano derecha. El acusado forcejeó con la agraviada hasta que logró despojarla del celular y huyó hacia una moto lineal que lo esperaba a pocos metros del lugar, conducida por un sujeto no identificado, a fin de darse a la



fuga. La agraviada lo sujetó del brazo y de la camisa cuando ya estaba en la moto, lo que ocasionó que la arrastraran unos treinta metros, aproximadamente, y se desestabilice la moto, por lo que ambos cayeron. En ese momento, personas que transitaban por la zona auxiliaron a la agraviada y retuvieron a Vergel Oscoco, mientras que el otro sujeto desconocido se dio a la fuga. Luego, llegó el personal policial que lo detuvo.

FUNDAMENTOS DE LA SALA PENAL SUPERIOR

SEGUNDO. Realizado el juicio oral contra Jhonatan Cristian Vergel Oscoco, la Sala Penal Superior consideró que el debate probatorio se centró en determinar si en los hechos materia de acusación existió violencia o no, puesto que la defensa solicitó que se **reconduzca al tipo penal de hurto agravado**, porque, en su criterio, el desapoderamiento del bien no fue con violencia. Para tal fin, valoró las pruebas actuadas en juicio oral consistentes en:

2.1. Testimonial del efectivo policial Ponciano Belisario Huamán Llauca. En juicio oral refirió que el 12 de octubre de 2018 patrullaba por el lugar de los hechos y unos transeúntes le indicaron que habían detenido a un sujeto que le había robado el celular a una chica, por lo que se acercó y encontró a Vergel Oscoco herido, rodeado por entre ocho o diez personas que lo tenían maniatado con pasadores. Estos reiteraron que forcejeó con la agraviada a fin de quitarle su celular y darse a la fuga en una moto. La agraviada temblaba y estaba en shock. Luego, como Vergel Oscoco tenía heridas lo llevaron al hospital, en cuyo lugar le confirmó que le quiso quitar el celular a la agraviada y por eso la gente intervino y lo agredieron. Después la agraviada se acercó a la comisaría y señaló que le intentaron quitar su celular, lo que no prosperó porque se aferró de la manga de Vergel Oscoco, y recuperó su celular con ayuda de los transeúntes.

2.2. La manifestación policial de la agraviada. El mismo día de los hechos declaró a nivel preliminar y con presencia de fiscal (foja 22). Refirió que cuando caminaba con su celular en la mano por las avenidas Javier Prado y Juan Aliaga del distrito de San Isidro, Vergel Oscoco se le acercó y le quiso quitar su celular, por lo que hubo un forcejeo entre ambos. No obstante, se lo



logró quitar y luego se fue corriendo para subir a una moto que lo esperaba a unos tres metros aproximadamente con otro sujeto que la conducía, pero lo sujetó del brazo y su camisa, por lo que la moto perdió estabilidad y la arrastró una cuadra. Ambos cayeron y las personas que transitaban por la calle la auxiliaron. Su celular lo recuperó una cobradora de bus.

2.3. Certificado médico legal que se le practicó a la agraviada, del 12 de octubre de 2018 (foja 37). Acreditó que presentó dos excoriaciones costrosas perilesional de tipo fricción de 2 x 3 cm y la otra de 1 x 3 cm en región palmar izquierda ocasionado por agente contundente duro y fricción.

TERCERO. Las pruebas anotadas permitieron formar convicción a la Sala Penal Superior de la materialidad del delito y la responsabilidad penal de Vergel Oscoco, quien aceptó su participación en el suceso de la sustracción del celular de la agraviada, pero negó que haya sido con violencia o la haya arrastrado. Al respecto, la Sala Penal consideró que su versión no es verosímil ni guarda coherencia con lo que manifestó a nivel policial, donde aceptó haber avanzado con la moto y arrastrado a la agraviada. Por tanto, le otorgó mayor valor probatorio a su declaración primigenia porque fue rendida con más proximidad al evento delictivo y guardó similitud con la versión de la agraviada. En consecuencia, desestimó la tesis de la defensa y concluyó que se configura el delito de robo con agravante.

AGRAVIOS QUE SUSTENTAN EL RECURSO DE NULIDAD

CUARTO. La defensa del sentenciado Jhonatan Cristian Vergel Oscoco, en el recurso de nulidad (foja 446), solicitó que se absuelva a su patrocinado del delito de tentativa de robo con agravante. Sostuvo los siguientes agravios:

4.1. La Sala Penal Superior vulneró el principio de presunción de inocencia, puesto que valoró la manifestación policial de la agraviada sin prueba material objetiva alguna y sin considerar que no concurrió a juicio oral a ratificarse en su sindicación, por lo que no existe persistencia en la incriminación.

4.2. Tampoco valoró que la autopuesta en peligro de la agraviada, cuando corrió hacia la moto, no se le puede atribuir a su patrocinado.



4.3. Existe duda razonable respecto a la responsabilidad penal de su patrocinado, en tanto que se no acreditó que ejerció violencia; por tanto, lo que corresponde es la reconducción al delito de hurto agravado.

DICTAMEN DEL FISCAL SUPREMO EN LO PENAL

QUINTO. El fiscal supremo en lo penal opinó porque se declare no haber nulidad en la sentencia recurrida. Sostuvo que la sindicación de la agraviada cumple con los presupuestos que exige el Acuerdo Plenario N.º 2-2005/CJ-116, la que se corroboró con la propia declaración de Vergel Oscco, la testimonial del efectivo policial que llegó al lugar de los hechos y lo intervino, y con el certificado médico legal que se le practicó a la agraviada, que acreditó las lesiones que sufrió en el intento de robo.

Respecto al argumento de la defensa de que no hubo violencia en el desapoderamiento del bien objeto del delito, estimó que la Sentencia Plenaria N.º 1-2005/DJ-301-A establece que el elemento típico del delito de violencia debe ser desplegado antes, en el desarrollo o inmediatamente posterior a la sustracción del bien, lo que sucedió en el presente caso.

FUNDAMENTOS DE ESTE SUPREMO TRIBUNAL

SEXTO. El principio de presunción de inocencia consagrado en el literal e, inciso 24, artículo 2, de la Constitución Política, prescribe que toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad¹. Conforme con la doctrina y la jurisprudencia, la presunción de inocencia tiene una doble dimensión en el proceso penal: como principio y como regla, de tratamiento, probatoria y de juicio. Como regla probatoria requiere la actuación de suficiente prueba de cargo directa o indiciaria sobre la materialidad del hecho y la intervención del acusado.

¹ Una disposición de desarrollo del mandato constitucional se encuentra en el artículo II, del Título Preliminar, del Código Procesal Penal, el cual precisa de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales, para desvirtuar este principio-derecho fundamental. Y que, en caso de duda sobre la responsabilidad penal, debe resolverse a favor del imputado.



Como regla de juicio exige que si luego de la valoración de la prueba el juzgador no llega a la certeza sobre la culpabilidad del acusado debe declarar su inocencia.

SÉPTIMO. Por su parte, una sentencia condenatoria requiere de una actividad probatoria realizada con las garantías necesarias y en la que se haya tutelado el contenido constitucionalmente protegido de los derechos a la prueba, defensa y debido proceso, que permita evidenciar la concurrencia plena de los elementos del delito y el grado de intervención y/o participación de un acusado. Además, que el órgano jurisdiccional explicita las razones por las cuales arriba a determinada conclusión, pues con ello se evita la existencia de arbitrarias restricciones del derecho a la libertad individual de los justiciables y se tutela su derecho a la presunción de inocencia².

OCTAVO. En el caso que nos ocupa, se condenó al recurrente como autor del delito de robo, tipo básico previsto en el artículo 188 del Código Penal (CP), el cual sanciona a aquel 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”.

Asimismo, se le imputó la circunstancia agravante del inciso 4, primer párrafo, del artículo 189, del acotado Código, respecto a la comisión del hecho con pluralidad de agentes. Tal circunstancia representa un indicador o condición que circunda o concurre a la realización del delito. Su eficacia común se manifiesta como un mayor desvalor de la conducta ilícita realizada o como una mayor intensidad de reproche hacia el delincuente,

² Conforme con lo señalado de manera reiterada en la jurisprudencia de este Supremo Tribunal; por ejemplo, en los recursos de nulidad números 2978-2016/Huánuco, 47-2017/Lima Norte, 614-2017/Junín, 962-2017/Ayacucho, 2269-2017/Puno, 2565-2017/Cusco, 310-2018/Lambayeque y 1037-2018/Lima Norte, entre otros.



con la cual se justifica el incremento de la punibilidad y la penalidad que corresponde aplicar al autor o partícipe del hecho punible³.

ANÁLISIS DEL CASO

NOVENO. En atención al marco de imputación, los argumentos que sustentan la sentencia impugnada y los agravios del recurrente, corresponde a este Supremo Tribunal determinar si la sentencia condenatoria se encuentra debidamente motivada o no, respecto a la responsabilidad penal de Vergel Oscoco por el delito de tentativa de robo con agravante, en tanto que los agravios de la defensa están referidos a que no se acreditó que su patrocinado ejerció violencia para el desapoderamiento del celular de la agraviada. Lo anterior se analizará sobre la base de los actos de investigación, en la medida que cumpla con las exigencias de los artículos 62 y 72 del Código de Procedimientos Penales (C de PP), y hayan sido sometidos a contradictorio en juicio oral, y con las pruebas actuadas en esta etapa.

DÉCIMO. Ahora bien, como se anotó, la Sala Superior consideró acreditada la materialidad del delito de tentativa de robo con agravante y la responsabilidad penal del recurrente con base en lo consignado en los fundamentos segundo y tercero de la presente ejecutoria. Al respecto, además que el relato incriminatorio de la agraviada es sólido y coherente y encuentra sustento en la secuencia de los hechos debidamente probados, se tiene que el sentenciado fue detenido en flagrancia delictiva por parte de la autoridad policial⁴, lo que fue posible gracias a que personas que

³ PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Delitos y penas. Una aproximación a la parte especial*. Lima: Ideas Solución Editorial, 2017, p. 117.

⁴ Al respecto, la libertad personal como derecho fundamental conforme con el literal f, inciso 24, artículo 2, de la Constitución Política, solo puede ser afectada si concurren los presupuestos habilitantes de: i) Mandato judicial escrito y motivado del juez; o, ii) Flagrante delito. El Tribunal Constitucional, en reiterada jurisprudencia ha establecido que la flagrancia en la comisión de un delito requiere del cumplimiento de los requisitos de inmediatez temporal, esto es, que el delito se esté cometiendo o que se haya cometido instantes antes; y, de inmediatez personal, que el presunto delincuente se encuentre ahí, en ese momento en situación y con relación al objeto o a los instrumentos del delito, que ello ofrezca una prueba evidente de su participación en el hecho delictivo. Sentencias de los expedientes números 2096-2004-HC/TC, 9724-2005-



transitaban por el lugar de los hechos auxiliaron a la agraviada, retuvieron al Vergel Oscoco y dieron aviso al efectivo policial Ponciano Belisario Huamán Llauca, quien concurrió a juicio oral y se ratificó en que detuvo al recurrente por comunicación de transeúntes de la zona donde se encontraba patrullando, y a quien encontró retenido por 8 a 10 personas por el intento de robo del celular de la agraviada.

DECIMOPRIMERO. Como primer agravio, la defensa cuestiona la valoración de la manifestación policial de la agraviada y alega que su sindicación no fue persistente en el tiempo porque no concurrió a juicio oral a declarar. Al respecto, la Sala Penal Superior valoró su declaración rendida a nivel policial con presencia del fiscal, en atención a que fue oralizada por el fiscal superior en juicio oral como prueba documental. Incluso se sometió al debate contradictorio correspondiente y la defensa realizó las observaciones que consideró pertinentes, conforme lo prevé el artículo 262 del C de PP⁵.

Por otro lado, es de precisar que la agraviada es ciudadana mexicana y a pesar que se insistió en su concurrencia a juicio oral, ello no se pudo realizar porque, según información oficial remitida por Migraciones, a la fecha del desarrollo del juicio oral ya no se encontraba en el país.

DECIMOSEGUNDO. Con relación al cuestionamiento de la defensa de que no se acreditó que su patrocinado ejerció violencia y, por tanto, se configura el delito de hurto agravado, su tesis quedó desvirtuada no solo con la prueba actuada en juicio oral ya mencionada, que acreditó que al momento de los hechos hubo un forcejeo entre el sentenciado y la agraviada cuando le intentó quitar el celular y que, luego, al intentar recuperarlo fue arrastrada con la moto en la que se subió el sentenciado

HC/TC, y 6142-2006-PHC/TC, de 27 de diciembre de 2004, 6 de enero de 2006 y de 14 de marzo de 2007, respectivamente.

⁵ El artículo 262 del Código de Procedimientos Penales establece lo siguiente: "1. Terminados los interrogatorios de los testigos y el examen de los peritos, se procederá a oralizar la prueba instrumental. La oralización comprende la lectura o, en su caso, que se escuche o vea la parte pertinente del documento o acta".



para darse a la fuga, sino también con la declaración primigenia del sentenciado, en la que aceptó que arrastró a la agraviada.

DECIMOTERCERO. En este caso, uno de los aspectos que caracteriza al delito de robo es el empleo de la violencia, la cual es, como ya lo estableció la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N.º 3-2009/CJ-116⁶, la causa determinante del desapoderamiento y está siempre orientada a neutralizar o impedir toda capacidad de actuación **anterior o de reacción** concomitante de la víctima que pueda obstaculizar la consumación del robo. Además, ella puede ejercerse antes o en el desarrollo de la sustracción del bien mueble. Así, en el caso de la violencia que es utilizada para conseguir la fuga y evitar la detención –que no modifica la naturaleza del delito de apoderamiento consumado con anterioridad–, no hay conexión instrumental de medio afín entre la violencia y la sustracción, pues esta ya se había producido. No obstante, el medio violento se aplica antes de que cese la acción contra el patrimonio y el aseguramiento del bien en la esfera de dominio del agente vía el apoderamiento.

DECIMOCUARTO. Por las razones expuestas, compartimos con la Sala Penal Superior que quedó probado con la prueba actuada en juicio oral que el sentenciado intentó robar a la agraviada, conjuntamente con un sujeto no identificado, mediante violencia, por lo que su conducta se tipificó como el delito de tentativa de robo con la agravante del inciso 4, del artículo 189, del CP. Motivo por los cuales se desestiman los agravios de la defensa y se ratifica su condena, ya que se desvirtuó el derecho fundamental a la presunción de inocencia que asistía al sentenciado.

RESPECTO DE LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA Y LA REPARACIÓN CIVIL

DECIMOQUINTO. En lo que respecta a la **pena impuesta**, se verifica que el delito de robo, previsto en el artículo 188 del CP, con la agravante de pluralidad de agentes contenida en el inciso 4, artículo 189, del Código acotado, se sanciona con una pena de privación de la libertad no menor

⁶ Del 13 de noviembre de 2009. Asunto: Robo con muerte subsecuente y delito de asesinato. Las lesiones como agravante en el delito de robo. F. j. 10.



de doce ni mayor de veinte años. Al respecto, el fiscal superior solicitó el extremo máximo por la concurrencia de la agravante cualificada de la reincidencia.

En efecto, según se desprende del certificado de antecedentes penales (foja 137), el 27 de febrero de 2012 se condenó a Vergel Oscoco por el delito de robo con agravantes a cinco años de pena privativa de la libertad efectiva, hasta el 26 de febrero de 2017 que salió en libertad. En ese sentido, a 1 año y 7 meses después de haber cumplido su condena cometió el presente hecho delictivo (12 de octubre de 2018). Por tanto, su condición es la de reincidente, conforme con lo previsto en el artículo 46-B del CP⁷.

DECIMOSEXTO. En atención a lo anotado, la pena que le correspondía era no menor de dos tercios por encima del máximo legal fijado para el tipo penal de robo con agravante. No obstante, la Sala Superior le impuso doce años de pena privativa de libertad, pues consideró, además de la concurrencia de la agravante cualificada de la reincidencia, la configuración de la atenuante privilegiada de la tentativa y sus condiciones personales.

En este extremo, compartimos con el criterio de la Sala Penal Superior de que los hechos quedaron en grado de tentativa, en razón a la inmediatez de la intervención del sentenciado y a que no tuvo la posibilidad de disponer del bien objeto del robo. Si bien rebajó la pena privativa de la libertad de veinte a doce años, el único que impugnó fue el sentenciado y, en ese sentido, debe ratificarse la pena impuesta.

DECIMOSÉPTIMO. En cuanto a la **reparación civil**, el artículo 93 del CP prescribe que la reparación civil comprende: a) la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y, b) la indemnización de los daños y

⁷ El artículo 46-B del Código Penal establece que: "El que, después de haber cumplido en todo o en parte una pena, incurre en nuevo delito doloso en un lapso que no excede de cinco años tiene la condición de reincidente. El plazo fijado para la reincidencia no es aplicable a los delitos previstos en los artículos [...] 189 del Código Penal, el cual se computa sin límite de tiempo. En estos casos, el juez aumenta la pena en no menos de dos tercios por encima del máximo legal fijado para el tipo penal".



perjuicios. Este concepto se fija en consideración de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, a fin de que guarde correspondencia con el daño ocasionado al agraviado.

Al respecto, el fiscal superior solicitó el pago de cien mil soles a favor de la agraviada, sin fundamentación alguna. La Sala Penal Superior la fijó en tres mil soles, pues consideró que esta suma es proporcional y acorde al hecho que el teléfono fue recuperado. Este extremo también debe ser ratificado, ya que la defensa de Vergel Oscco no ofreció argumentos ni prueba para una disminución del importe fijado.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los jueces y las juezas integrantes de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, **ACORDARON:**

I. Declarar NO HABER NULIDAD en la sentencia del veinticuatro de septiembre de dos mil diecinueve, emitida por la Tercera Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, que **condenó** a **JHONATAN CRISTIAN VERGEL OSCCO** como autor del delito contra el patrimonio, en la modalidad de tentativa de robo con agravante, en perjuicio de Andrea Livier Ramírez Rivera; y, como tal, le impuso doce años de pena privativa de libertad y fijó en tres mil soles la reparación civil a favor de la agraviada.

II. ORDENAR que se devuelvan los autos a la sala superior y se haga saber a las partes apersonadas en esta sede suprema.

S. S.

PRADO SALDARRIAGA

BROUSSET SALAS

CASTAÑEDA OTSU

PACHECO HUANCAS

GUERRERO LÓPEZ

SYCO/xgp