



**PROHIBICIÓN DE REGRESO O CONDUCTA NEUTRA  
SIN RESPALDO PROBATORIO**

La prohibición de regreso es un criterio que excluye la imputación penal. Si una conducta se realiza de forma estereotipada, neutra o inocua, el derecho penal está imposibilitado de sancionarla. En ese sentido, de existir elementos probatorios que demuestran la connivencia (división de acciones) de quien la alega, con los demás intervinientes (codominio funcional del hecho) para la ejecución del ilícito, no cabe su aplicación.

Lima, veintidós de febrero de dos mil veintidós

**VISTOS:** los recursos de nulidad interpuestos por el fiscal de la Segunda Fiscalía Superior Penal Transitoria de Lima Sur<sup>1</sup>, y por la defensa del sentenciado Junior Alexander Pasapera Solano<sup>2</sup>, contra la sentencia del uno de octubre de dos mil diecinueve<sup>3</sup>, expedida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur. Dicha sentencia condenó a Junior Alexander Pasapera Solano como autor del delito de robo con agravantes en grado de tentativa, en perjuicio de Abigail Uchupe Ambor y Lin Yan Luan. En consecuencia, le impuso nueve años de pena privativa de la libertad y fijó en dos mil soles el monto que por concepto de reparación civil pagará en forma solidaria a favor de los agraviados, a razón de mil soles para cada uno, con lo demás que contiene.

Intervino como ponente el juez supremo **GUERRERO LÓPEZ**.

**CONSIDERANDO**

**Primero. Fundamentos de los recursos**

**1.1.** La Fiscalía Superior solicita se aumente la pena privativa de la libertad, de nueve a catorce años y ocho meses, sobre la base de los siguientes fundamentos:

---

<sup>1</sup> Cfr. folios 671 a 673.

<sup>2</sup> Cfr. folios 675 a 685.

<sup>3</sup> Cfr. folios 650 a 664.



**1.1.1.** La Sala Superior consideró que el encausado al no contar con antecedentes penales, la pena debía ubicarse en el tercio inferior, y dadas sus condiciones personales (la edad), correspondía el extremo mínimo, esto es, doce años de privación de libertad. Habiendo quedado el delito en grado de tentativa, correspondía una atenuación obligatoria y una disminución prudencial, conforme al artículo 16 del Código Penal (en adelante, CP), la que estimó en tres años, los que restó a los doce años y concluyó en la imposición de nueve años. Este razonamiento encierra una disminución de cinco años y ocho meses de la pena de catorce años y ocho meses propuesta por el Ministerio Público.

**1.1.2.** Cabe señalar que no es obligación del juzgador disminuir la pena por debajo del mínimo legal, dado que la sanción es el resultado ponderado de varios factores, como las circunstancias del evento, el modo y participación del agente.

**1.1.3.** La "disminución prudencial" que prevé el artículo 16 del CP no debe ser utilizado como herramienta que modifique el espacio punitivo abstracto (de 12 a 20 años), sino más bien debe referirse a la disminución en atención a cada caso concreto, partiendo de un límite concreto, por lo que la pena debe fijarse dentro del tercio inferior y no ser reducida como si la tentativa constituyera una atenuante privilegiada, pues la ausencia del resultado no tiene que ver con las circunstancias que rodean el hecho, ya que solo se presenta un *iter criminis* inconcluso y no un entorno privilegiante que modifique la acción peligrosa. Por esa razón, la pena solicitada en la acusación es proporcional y se condice con el grado de culpabilidad.

**1.2.** La defensa del encausado solicita se revoque la sentencia y se le absuelva de los cargos, sobre la base de los siguientes fundamentos:

**1.2.1.** No se efectuó una debida apreciación de los hechos ni se ha compulsado adecuadamente la prueba, ni se han resuelto todos aquellos planteamientos propuestos, con lo que se afecta el debido



proceso y la debida motivación, por lo que se incurre en causa de nulidad prevista en el numeral 1, del artículo 298, del Código de Procedimientos Penales.

**1.2.2.** No se valoró que en todo el proceso se colaboró en todo sentido y que nunca tuvo conocimiento de lo que cometía su coprocesado, dado que el recurrente solo estaba haciendo su labor diaria de taxista, lo cual ha demostrado con toda la documentación correspondiente.

**1.2.3.** Se le relacionó al hecho por haber encontrado a las personas que cometieron el hecho dentro de su vehículo, sin tener en consideración que desconocía de este hecho y solo les estaba prestando servicio de taxi, además, el lugar donde se estacionó no fue a dos cuadras sino a 35 metros, lo que no se pudo contrastar con la inspección ocular, dado que dicha diligencia no se llevó a cabo, con lo que se buscaba acreditar que no trató de darse a la fuga.

**1.2.4.** Tampoco se ha tomado en cuenta lo dicho por el reo contumaz Jimmy Gustavo Mena Lázaro, quien ha referido que el recurrente era taxista y que se le contrató para una carrera ida y vuelta, razón por la que los estaba esperando, pero que no sabía del asalto que cometerían, declaraciones que fueron uniformes.

**1.2.5.** De otro lado, lo dicho por la agraviada Abigail Uchupe pierde valor probatorio, ya que ella afirmó que los asaltantes ingresaron cubiertos los rostros, lo cual no se condice con lo registrado en la visualización del video, donde se ve que no estaban cubiertos los rostros, más aún si no acudió ni a escala de instrucción ni a juicio para que aclare lo dicho, por lo que esa sola versión no quiebra la presunción de inocencia. En el mismo sentido lo dicho por la testigo Dany Curitima Apagueño.

De otro lado no se debió valorar la declaración de Lin Yan Luan que solo fue testigo de oídas.



**1.2.6.** En cuanto al testigo Segundo Adolfo Requejo Bautista, su testimonio fue valorado de forma sesgada, pues incurre en contradicciones respecto a cómo salieron del local los asaltantes (dijo corriendo), y no ha concurrido ante el juez o al juicio para aclararlas, tanto más si no se condice con la visualización ni con lo dicho por el efectivo policial Kevin Mogollón, quien sostuvo que vio que se percató de dos personas con arma de fuego apuntando a las personas dentro de un chifa, por lo que al darse la vuelta vio que se subieron a un auto negro, que por el tráfico no pudo escapar, y que solo Jimmy Mena opuso resistencia. El efectivo policial Campos dijo, que el recurrente no opuso resistencia.

**1.2.7.** Por las razones expuestas no existe una imputación suficiente y necesaria que vincule al recurrente con el hecho, tanto más si de las declaraciones de su coprocesado se desprende que no tuvo conocimiento del hecho, y tampoco se le encontró nada en su poder, por lo que debió tenerse en cuenta la prohibición de regreso.

**1.2.8.** En atención a lo señalado, lo declarado por las víctimas no cumple con las garantías de certeza que prevé el Acuerdo Plenario N.º 2-2005/CJ-116, y la conducta del recurrente fue neutral, no existiendo medios de prueba que acrediten lo contrario, por lo que debe prevalecer la presunción de inocencia.

## **Segundo. Hechos**

Según los términos de la acusación fiscal<sup>4</sup>, se incrimina que el veintinueve de diciembre de dos mil dieciséis, siendo las diecinueve horas y cincuenta minutos aproximadamente, los acusados Junior Alexander Pasapera Solano y Jimmy Gustavo Mena Lázaro, robaron el chifa "Cinco panes dos peces", ubicado en la avenida Túpac Amaru mz E-4, lote 01, distrito de Chorrillos. Conforme a lo señalado por la agraviada Abigail Uchupe Ambor, en su manifestación policial, uno de los procesados se encontraba con casaca verde, siendo identificado como Jimmy Mena, quien se dirigió contra ella exigiéndole que le

---

<sup>4</sup> Cfr. folios 330 a 351 y 428 a 429.



entregue todo el dinero de la caja, mientras que el otro sujeto (no identificado) se quedó a un metro de distancia y la amenazó con un arma de fuego con la cual le apuntaba a la altura de la cabeza. Mena logró sustraer la caja fuerte donde se encontraba la venta del día, la cantidad de mil quinientos soles conforme es de verse con el acta de visualización de video, quien se reconoce como la persona que llevaba la casaca verde y jean, y el otro sujeto identificado como Junior Alexander Pasapera Solano, quien fue la persona que se encontraba en el vehículo de placa de rodaje ACN-674, siendo intervenidos a las veinte horas con treinta minutos por personal policial de la comisaría de Mateo Pumacahua, en circunstancias que estos se daban a la fuga en el citado vehículo de color negro después de haber cometido el robo, quienes al ingresar a dicho lugar se llevaron la caja fuerte con el dinero de la venta del día, mil quinientos soles, los que fueron encontrados al realizar el registro vehicular, encontrándose además en el asiento del copiloto un arma de fuego, pistola marca Glock color negro con número de serie XMG668, con su respectiva cacerina, abastecida con tres municiones; acto criminoso que tiene la calidad de grado de tentativa, debido a la oportuna e inmediata reacción de los efectivos policiales que lograron intervenir a los denunciados y no por el accionar de desistir del acto delictivo.

### **Tercero. Análisis Jurídico Fáctico**

#### **Control Formal**

**3.1.** La decisión cuestionada fue leída en audiencia pública del uno de octubre de dos mil diecinueve<sup>5</sup>, en cuyo acto la defensa del encausado interpuso recurso de nulidad que fundamentó el once del mismo mes y año; mientras que el Ministerio Público lo interpuso al día siguiente, dos de octubre de dos mil diecinueve<sup>6</sup>, y lo fundamentó el diez del mismo mes y año. En

---

<sup>5</sup> Cfr. 665 y 666v.

<sup>6</sup> Cfr. folio 669.



consecuencia, ambos recursos se interpusieron dentro del plazo que establece la ley<sup>7</sup>.

### **Análisis de fondo**

**3.2.** Es pertinente establecer que este Supremo Tribunal se limitará a resolver lo expresado en los agravios invocados en los Recursos de Nulidad, de acuerdo a lo prescrito en el numeral 1, del artículo 300, del Código de Procedimientos Penales<sup>8</sup> (principio conocido como *tantum apellatum quantum devolutum*), teniendo en cuenta que el derecho a la impugnación constituye el ejercicio de un derecho fundamental y la competencia del órgano de revisión, está delimitada objetiva y subjetivamente, precisamente por los cuestionamientos expresados en los medios impugnatorios (agravios), salvo los supuestos excepcionales de nulidades absolutas.

### **Respecto del recurso de nulidad del condenado**

**3.3.** El delito de robo previsto y sancionado en el artículo 188 del CP tiene como nota esencial, que lo diferencia del delito de hurto, el empleo por el agente de violencia o amenaza contra la persona —no necesariamente sobre el titular del bien mueble—. La conducta típica, por tanto, integra el apoderamiento de un bien mueble total o parcialmente ajeno con la utilización de violencia física o intimidación sobre un tercero. Esto es, la violencia o amenaza —como medio para la realización típica del robo— han de estar encaminadas a facilitar el apoderamiento o a vencer la resistencia de quien se opone al apoderamiento. En consecuencia, la violencia es causa determinante del desapoderamiento y está siempre orientada a neutralizar o impedir toda

---

<sup>7</sup> Cabe señalar que, ante la ausencia del encausado a la lectura de sentencia, correspondía notificarse la decisión a su domicilio real, a fin de garantizar el derecho de defensa, lo cual se materializó recién el veintitrés de octubre de dos mil diecinueve, razón por la que, al haber formalizado recurso, incluso antes de la notificación, este se encuentra dentro del plazo de ley.

<sup>8</sup> **Artículo 300. Ámbito del recurso de nulidad**

1. Si el recurso de nulidad es interpuesto por uno o varios sentenciados, la Corte Suprema solo puede confirmar o reducir la pena impuesta y pronunciarse sobre el asunto materia de impugnación. [...]



capacidad de actuación anterior o de reacción concomitante de la víctima que pueda obstaculizar la consumación del robo<sup>9</sup>.

**3.4.** Ahora bien, el presente caso se trató de una intervención policial en un contexto de flagrancia delictiva, por lo que la materialidad del ilícito no es objeto de controversia, pese a que la defensa del recurrente pretende restarle mérito probatorio a lo declarado por los agraviados y testigos. Al respecto, el mismo coprocesado Jimmy Gustavo Mena Lázaro ha relatado lo suscitado al interior del local, debiendo tenerse en cuenta que inmediatamente fueron aprehendidos cuando pretendían irse en el vehículo que manejaba el recurrente y que, tanto el dinero sustraído como un arma utilizada en el asalto se encontró en el señalado carro.

Tampoco está en debate la presencia del recurrente Junior Alexander Pasapera Solano en el lugar de los hechos como el conductor del auto en el cual pretendieron fugar los que despojaron de sus bienes a los agraviados. Así lo reconoció este y fue corroborado con la declaración de Mena Lázaro, la manifestación policial de los agraviados y la declaración a escala de instrucción del efectivo policial Kevin Brayan Mogollón Guerrero, así como, a escala de instrucción y de juzgamiento del efectivo policial Simón Carlos Campos Cancho.

**3.5.** En ese sentido la impugnación versa sobre la naturaleza jurídica de la conducta desarrollada por el procesado recurrente al momento de la comisión del ilícito *sub judice*. Él sostiene que esta no tuvo carácter delictivo, pues se limitó a cumplir su oficio como taxista, sin participación en el delito por lo que su conducta al encontrarse dentro de un rol habría sido neutra, indicando así que debería aplicarse la institución de la prohibición de regreso, categoría dogmática que se utiliza dentro de la teoría de la imputación objetiva para evaluar las conductas delictivas y diferenciarlas de las acciones cotidianas realizadas por los ciudadanos en sus actividades lícitas y dentro de sus respectivos roles en un contexto de legalidad.

---

<sup>9</sup> Acuerdo Plenario N.º 3-2009/CJ-116, fundamento 10.



Así la prohibición de regreso es un criterio que excluye la imputación penal. Si una conducta se realiza de forma estereotipada, neutra o inocua, el derecho penal está imposibilitado de sancionarla. Las conductas neutras son acciones que crean riesgos permitidos o jurídicamente tolerados y, aunque favorezcan en forma causal un delito, no alcanzan a constituir participación delictual. Asimismo, se mantienen alejadas del delito por ser acciones inocuas de contenido social dentro del rol que le corresponde a cada persona en la sociedad; por tanto, no representan ningún aporte al hecho punible.

**3.6.** En efecto, en la doctrina se postula como instituciones delimitadoras de responsabilidad penal, “los fundamentos [sociales] del edificio de la imputación objetiva”<sup>10</sup>, que se ocupan de ser el filtro para dotar a un determinado comportamiento como típico. Entre estas encontramos a la prohibición de regreso, la cual implica que no se puede responsabilizar a una persona por un ilícito que causó o favoreció en su comisión mediante un comportamiento gestado como parte de su rol social (vínculo estereotipado-inocuo, esto es: conductas neutras o carentes de relevancia penal), a pesar que el otro sujeto emplee esa conducta en su beneficio concediéndole un sentido delictivo. En otras palabras, la prohibición de regreso es “una teoría excluyente de la intervención delictiva de quien obra conforme con un rol estereotipado dentro de un contexto de intervención plural de personas en un hecho susceptible de imputación”<sup>11</sup>. Con esto se desprende que la prohibición de regreso se basa en un elemento fundamental: la neutralidad de una conducta realizada en el seno del ejercicio de un rol social.

**3.7.** Cabe acotar que los límites de tales conductas se encuentran relacionadas también a otras categorías como el riesgo permitido, el principio de confianza y la autopuesta en peligro. Si el individuo rebasa el riesgo

---

<sup>10</sup> JAKOBS. *La imputación objetiva en derecho penal*. (Trad. Cancio Meliá). 1.ª edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1994, p. 34.

<sup>11</sup> CARO JHON, José Antonio. *Manual teórico-práctico de teoría del delito*. Materiales de aplicación a la investigación y judicialización de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública. Lima: Ara Editores, 2014, p. 71. En ese mismo sentido, Jakobs sostiene que existe una prohibición de regreso cuando se da un comportamiento estereotipadamente inocuo que no constituye participación en una organización no permitida. Ver: Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal fundamental. (Trad. Cancio Meliá/Feijóo Sánchez). Madrid: Civitas, 1996, p. 54.





socialmente permitido, el resultado debe ser imputado al tipo objetivo. Asimismo, por el principio de confianza —que actúa como un filtro de la imputación objetiva—, solo se le exige una conducta adecuada a derecho sin que tenga que prever que aquella pueda producir un resultado típico debido al comportamiento jurídico de otros. No está, pues, obligado a revisar minuciosamente la actuación de los terceros, ya que este principio permite que en la sociedad se confíe en que aquellos actuarán correctamente. Empero, si el aporte se prestó en un contexto claramente delictivo, no se puede amparar en este principio.

**3.8.** Dentro de ese contexto, un primer elemento de juicio que ayuda a determinar si la conducta del procesado recurrente fue conforme al rol predeterminado que como taxista esperaba de él la sociedad es la licitud de dicha actividad. En este punto, en el juicio oral su señor padre Reynaldo Merari Pasapera Gabriel (ver sesión de juicio oral de seis de agosto de dos mil diecinueve, a folios 572 a 576), sostuvo que el vehículo era de su propiedad y que se lo alquilaba al recurrente para el uso de taxi “particular” desde el dos mil dieciséis, porque dicho vehículo contaba con toda la documentación —así está acreditado—. No obstante, también sostuvo que el recurrente ya estuvo dos veces recluido en establecimiento penitenciario por tener dos sentencias por delitos contra el patrimonio.

Este indicio de capacidad delictiva resulta importante evaluarlo con el conjunto probatorio.

**3.9.** En esa línea de evaluación se puede advertir que el efectivo policial Simón Carlos Campos Cancho Danny (ver sesión de juicio oral de seis de agosto de dos mil diecinueve, a folios 572 a 576), refirió que participó de la intervención de los encausados conjuntamente con el efectivo policial Kevin Brayan Mogollón Guerrero, suceso del que se enteraron cuando transitaban por el lugar, y que cuando ubicó el vehículo al que subieron los asaltantes del chifa utilizó el altavoz para que este se detenga, llegando a hacerlo recién por congestión del tráfico y porque las motos del lugar le cierran el paso. Este dato en sí acredita que el vehículo pese al llamado policial no pretendía detenerse y que



por el contrario su marcha se detuvo por la congestión y ayuda de los vehículos motorizados del lugar, según dijo el efectivo policial con aglomeración de la gente dado que en dicha zona se cometen muchos robos.

De otro lado se cuenta con el testimonio del efectivo policial Kevin Brayan Mogollón Guerrero (folio 26 a 27 y 202 a 203), quien a escala preliminar y de instrucción refirió que cuando patrullaba, en el vehículo policial junto con el efectivo policial Campos Cancho, se percataron que el local chifa estaba siendo asaltado, y ven salir a los asaltantes hacia el vehículo negro y se dan a la fuga, pero que fueron interceptados porque la zona tenía tráfico, logrando darse a la fuga el copiloto (eran tres los asaltantes), además que tuvo conocimiento que un vehículo que coincide con la descripción del vehículo donde fueron intervenidos los procesados, efectuaba robos al paso.

**3.10.** De igual manera, se cuenta con el acta de visualización de video (folios 39 a 41), en el que se registra todo el asalto, y además se puede advertir que cuando los encausados salen del local con el botín, el que se encontraba con la capucha (no identificado) portaba al parecer un arma; especies que claramente el recurrente no pudo pasar por alto al momento que dichos encausados subieron al taxi, siendo capturado por los efectivos policiales, quienes pese al llamado no detuvo la marcha, conforme se expresa líneas arriba.

**3.11.** En el contexto en el que desarrolló la conducta, tal como fue explicado por los efectivos policiales y como consta en el acta de visualización de videos<sup>12</sup> de folios 39 a 41, se evidencia que el recurrente no se limitó a

---

<sup>12</sup> Se han visualizado un total de 6 archivos en los que se puede apreciar la forma y circunstancias en la que se ha producido el asalto y robo con el uso de arma. En el quinto archivo que tiene el nombre CH05\_2016DEC28005200\_0 se registra: "Es un video de 03 minutos y 43 segundos de duración (...) en el minuto 01:13 se ve que una señorita que se encuentra en el ambiente mira hacia un lugar se coge la cara y corre colocándose detrás de los comensales y se agacha, por la parte baja de la imagen se advierte que se abre una puerta y salen alrededor de cuatro personas que miran hacia un lugar al lado derecho, seguidamente dos hombres de dicho grupo uno de los cuales porta un mandil salen corriendo con dirección a la ventana de la calle, uno aborda un vehículo y se van al parecer persiguiendo a alguien, detrás aparece una persona al parecer también corriendo al parecer también persiguiendo a alguien". Esta



desempeñar el rol de taxista, sino que rebasó el riesgo permitido al actuar deliberadamente en un contexto criminal con plena conciencia del accionar delictuoso de los demás intervinientes, por lo que es responsable penalmente del ilícito que se le imputa. En consecuencia, no es de recibo lo expresado en los apartados 1.2.2 a 1.2.4.

**3.12.** Si bien el encausado Mena Lázaro negó la intervención del recurrente en el referido ilícito, su versión carece de credibilidad ante lo expuesto en los considerandos precedentes, tanto más si no ha brindado datos para la plena identificación de quien escapó, pues solo dijo “Arnold Farfán”. Por tanto, no se puede descartar que dicho encausado trate de favorecer a sus cointervinientes, ocultando la identidad y, en el caso del recurrente, negando su actuar en el evento.

**3.13.** Por ende, para este Tribunal la condena impuesta al recurrente se encuentra arreglada a ley.

### **Respecto al recurso de nulidad del Ministerio Público**

**3.14.** Se le condenó por las agravantes previstas en los incisos 2, 3, 4 y 5, del primer párrafo, del artículo 189, del CP, que en la fecha de comisión de los hechos sancionaba el ilícito con una pena privativa de libertad no menor de doce ni mayor de veinte años.

**3.15.** Al recurrente se le impusieron nueve años de pena privativa de libertad, es decir, por debajo del mínimo legal, en atención a su carencia de antecedentes penales y al grado de ejecución del delito —tentativa—.

---

constatación refleja la división de acciones entre los intervinientes donde el recurrente tenía la consigna de esperar listo para la retirada, lo que es coherente con lo anotado en el Registro de ocurrencias signada con el N° 8569401-17 que se observa inserta en el atestado (folio 2) referida a la intervención policial donde se reporta que en circunstancias en que realizaban patrullaje motorizado “se percataron en el lugar de los hechos que dos personas se encontraban asaltando provistos de armas de fuego a la cajera del chifa cinco panes dos peces y quienes al notar la presencia policial emprendieron la fuga subiéndose a un auto color negro de placa ACN-674 marca Nissan Sentra el cual estaba esperando, procediéndose a la persecución de dicho vehículo solicitando el apoyo a las unidades de la CIA MATEO PUMACAHUA poniéndose en ejecución el operativo plan cerco, logrando interceptarlos a inmediaciones del mercado San Pedro ubicado en la calle San Martín/calle el Triunfo-AAHH Túpac Amaru de Villa Chorrillos...”. No cabe duda que se trata de una fuga puesto que no obstante ser alcanzados logró escapar el que se encontraba en el asiento del copiloto.



**3.16.** Es importante señalar que la imposición de la pena se rige bajo los principios contenidos en los artículos VIII y IX del Título Preliminar y los criterios establecidos en los artículos 45, 45-A y 46, todos del CP.

**3.17.** De otro lado, en casos tentados, ya la Corte Suprema ha desarrollado criterios sobre la determinación de la pena en los delitos tentados. Así, en la Casación N.º 1083-2017/Arequipa, del catorce de agosto de dos mil dieciocho, en el fundamento 4.3 se dijo:

#### **4.3. DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA EN DELITOS TENTADOS**

- **La tentativa es una causa de disminución de punibilidad. No es una atenuante privilegiada.**

- La legislación penal peruana, aun cuando la parte general referida a las consecuencias jurídicas del delito establece el tratamiento normativo de las atenuantes privilegiadas en las que la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior –literal a, del inciso tres, del artículo cuarenta y cinco-A, del Código Penal–, no registra expresamente la concurrencia de estas para su aplicación.

- La tentativa como causa de disminución de punibilidad se halla regulada en el segundo párrafo del artículo dieciséis del Código Penal, que establece: “El juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena” Este precepto concede al juez penal la **facultad** para establecer la reducción de la sanción, **atendiendo a diversos factores, entre ellos, los efectos generados por el hecho tentado.**

- **A partir de lo mencionado, surge una primera cuestión respecto al momento operacional a partir del cual se efectúa la reducción de la sanción. Si bien la imposición de la sanción debería ser por debajo del mínimo legal, su utilidad jurídica, así como su operatividad, distan de una auténtica circunstancia privilegiada.**

- La imposición de la sanción por debajo del mínimo legal obedece a los siguientes criterios:

- o La parte especial del Código Penal regula la sanción de conductas consumadas.
- o **No se puede equiparar una conducta consumada –hubo violación– con un intento de violación –no hubo violación–. La naturaleza del delito determinará cuando en uno u otro caso se está ante un tipo penal de resultado. (...).**



- o La proporcionalidad demanda diferencias en la sanción a imponer a partir de la tradición legislativa con la que se regula la parte especial del Código Penal. La pena prevista en la parte especial no comprende a los delitos tentados, sino únicamente a aquellos casos en los que efectivamente hubo lesión al bien jurídico.
  - En el presente caso, habiendo superado el momento operacional a partir del cual se deben fijar los parámetros de pena, **corresponde evaluar la naturaleza de la reducción** a fijar en casos de tentativa; por ello, se debe precisar lo siguiente:
- o Para la determinación judicial de la pena, en casos de tentativa, **no son aplicables las reglas de los tercios** previstas en el artículo cuarenta y cinco-A del Código Penal, dado que la redacción y el sentido ontológico del mencionado artículo denotan una aplicación para casos en los que se determine la sanción en los marcos de la pena legal prevista en la parte especial. Por tanto, no se puede exigir al Tribunal la aplicación de esta regla en casos de tentativa.
- o Tampoco se puede exigir al Tribunal aplicar la analogía con la bonificación punitiva concedida tanto con la terminación o conclusión anticipada, confesión sincera, en las que la naturaleza de dichas causas de disminución de punibilidad es procesal. Los fines perseguidos en ellas están vinculados con la asunción de responsabilidad del procesado sin que el Estado demande mayor valor en la acreditación de responsabilidad; en la tentativa se sanciona estrictamente el hecho, no la conducta procesal. Por tanto, la aplicación de la analogía en escenarios distintos no resulta razonable.
- o **La regla estipulada en el artículo dieciséis concede al juez la facultad de disminuir prudencialmente la pena. El término prudencial no implica la fijación de una sanción simbólica, pues en la perpetración del hecho se realizaron todos los actos tendientes a la consumación; la voluntad criminal del agente se ejecutó, sin lograr el resultado por causas ajenas a su voluntad (...).**

**3.18.** En atención a esta posición ya establecida, los agravios del fiscal recurrente no son de recibo, pues no puede pretender que la sanción sea elevada a una escala que va más allá del mínimo legal, dado, pues, como se explicó en la casación antes señalada, no es posible equiparar una conducta consumada con un intento; no se trata de una atenuante privilegiada, pero si una causa de disminución que no implica una sanción disminuida, por lo que a criterio de este Tribunal los fundamentos expuestos por el Colegiado Superior son correctos y la pena debe quedar firme.



#### **Cuarto. Aclaración del tipo de intervención**

El supuesto fáctico de la acusación fiscal en el que se describe la realización conjunta de un delito por varias personas que intervienen en él conscientemente configura un supuesto de coautoría y no de autoría, lo que se explica apropiadamente en los fundamentos 6, 7 y 25 a 28 del considerando del considerando quinto, sin embargo, en la parte resolutive erróneamente se consignó como autor por la Sala Superior, por lo que debe efectuarse la corrección pertinente en aplicación de lo dispuesto en el segundo párrafo, del artículo 298, del Código de Procedimientos Penales.

#### **DECISIÓN**

Por estos fundamentos, **ACORDARON:**

**I. DECLARAR NO HABER NULIDAD** en la sentencia del uno de octubre de dos mil diecinueve, expedida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur, por la que se condenó a Junior Alexander Pasapera Solano como autor del delito de robo con agravantes en grado de tentativa, en perjuicio de Abigail Uchupe Ambor y Lin Yan Luan; se le impuso nueve años de pena privativa de libertad; asimismo, fijó en dos mil soles el monto que por concepto de reparación civil pagarán en forma solidaria a favor de los agraviados, a razón de mil soles para cada uno; con lo demás que contiene.

**II. TÉNGASE POR ACLARADO** el grado de intervención delictiva atribuido al acusado como *coautor* y no como *autor*, de acuerdo a lo fundamentado en el cuarto considerando de la presente.

**III. DISPONER** que se notifique la presente ejecutoria a las partes apersonadas a esta instancia, se devuelvan los actuados a la Sala Superior de origen y se archive el cuadernillo.

**S. S.**

PRADO SALDARRIAGA



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL TRANSITORIA  
RECURSO DE NULIDAD N.º 56-2020  
LIMA SUR

BROUSSET SALAS

CASTAÑEDA OTSU

PACHECO HUANCAS

**GUERRERO LÓPEZ**

GL/gc