



# Hacia una aplicación equitativa de la tentativa en delitos básicos y delitos con circunstancias agravantes específicas: análisis crítico del Acuerdo Plenario N° 01-2023/CIJ-112 y propuesta jurídica

**Towards an equitable application of attempt in basic crimes and crimes with specific aggravating circumstances: critical analysis of Plenary Agreement No. 01-2023/CIJ-112 and legal proposal**

**Daniel Jurado Palma<sup>1</sup>**

**Héctor Rusbell Choque Córdova<sup>2</sup>**

**Resumen:** El Acuerdo Plenario N° 01-2023/CIJ-112, define los efectos punitivos de la tentativa como causal de disminución de punibilidad, estableciendo una reducción simultánea equivalente a la mitad (1/2) del límite mínimo y máximo de la pena solo para los delitos con circunstancias agravantes específicas. Sin embargo, este criterio vinculante presenta un importante problema: la ausencia de este descuento en los delitos básicos genera un beneficio desproporcionado a los delitos más reprochables en comparación con los delitos básicos. El presente artículo académico

<sup>1</sup> Abogado por la Universidad Andina del Cusco. Máster en Derecho Penal y Ciencias Penales por la Universidad de Barcelona y Universidad Pompeu Fabra (España). Máster en Derecho Penal Económico por la Universidad Internacional de La Rioja (España). Profesor contratado a tiempo parcial en la Facultad de Derecho de la Universidad Andina del Cusco y Universidad Continental – filial Cusco. Socio Fundador de Jurado Abogados.

<sup>2</sup> Estudiante de Derecho en la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco. Estudiante de Intercambio en la Pontificia Universidad Católica del Perú (Especialidad Penal y Procesal Penal). Delegado en MUN-UCM (España). Miembro Titular del Tribunal Disciplinario de actos de hostigamiento sexual de la UNSAAC. Asistente Legal en Jurado Abogados. ORCID: 0009-0005-4327-4890

tiene como objetivo demostrar la necesidad de una aplicación equitativa de los efectos penológicos de la tentativa, tanto en delitos básicos como en aquellos con agravantes específicas, así como presentar una solución que permita esta aplicación. Se emplea una metodología cualitativa-dogmática que incluyó la revisión de literatura especializada y pronunciamientos jurisprudenciales. El estudio concluye con una propuesta metodológica orientada a aplicar equitativamente la tentativa, respetando los pronunciamientos de la Corte Suprema.

**Palabras Clave:** Corte Suprema, tentativa, Acuerdo Plenario N° 01-2023/CIJ-112, pena, equidad.

**Abstract:** Plenary Agreement No. 01-2023/CIJ-112 defines the punitive effects of the attempt as a cause for reduced punishment, establishing a simultaneous reduction equivalent to half (1/2) of the minimum and maximum limit of the sentence only for crimes with specific aggravating circumstances. However, this binding criterion presents an important problem: the absence of this discount on basic crimes generates a disproportionate benefit to the most reprehensible crimes compared to basic crimes. The objective of this academic article is to demonstrate the need for an equitable application of the penological effects of the attempt, both in basic crimes and in those with specific aggravating circumstances, as well as to present a solution that allows this application. A qualitative-dogmatic methodology is used that included the review of specialized literature and jurisprudential pronouncements. The study concludes with a methodological proposal aimed at equitably applying the attempt, respecting the pronouncements of the Supreme Court.

**Keywords:** Supreme Court, attempt, Plenary Agreement No. 01-2023/CIJ-112, penalty, equity.

“La pena es una amarga realidad, de la que no puede prescindir la Sociedad humana. Igual que no se concibe ninguna Sociedad sin criminalidad, no se concibe ninguna Sociedad sin pena”

(Polaino Navarrete, 2004, p. 113)

## I. INTRODUCCIÓN

El 28 de noviembre de 2023, las Salas Penales Especializadas de la Corte Suprema de Justicia han emitido el Acuerdo Plenario N.º 01-2023/CIJ-112, cuyo asunto es el de la “Determinación judicial de la pena:

problemas actuales y definición de las alternativas jurisprudenciales” e invoca como base legal el Artículo 112º de la LOPJ modificada por la Ley 31591<sup>3</sup>; el referido pronunciamiento surge a raíz de los numerosos problemas generados en torno a

<sup>3</sup> La referida ley a través de su Disposición Complementaria Modificatoria otorga carácter obligatorio a las reglas interpretativas emanadas de los Acuerdos Plenarios, aprobados por mayoría absoluta de los jueces de las Salas Especializadas de la Corte Suprema.

las reglas de determinación de la pena. Uno de los principales desafíos que trató de solucionar la Corte Suprema fue la "Aplicación de la pena en casos de tentativa de delitos con circunstancias agravantes específicas", tema desarrollado entre los fundamentos jurídicos 33° y 39°. En este punto, la Corte fijó de manera vinculante la eficacia de la tentativa en estos delitos, estableciendo una reducción simultánea del 50% tanto en el límite mínimo como en el máximo de la pena conminada, aplicable exclusivamente a esta clase de delitos - delitos con circunstancias agravantes específicas-.

La pregunta central de la presente investigación es la siguiente: ¿Cómo debería diseñarse un esquema uniforme para aplicar la tentativa en los delitos de tipo base, de manera que se garantice coherencia y equidad en relación con los delitos con circunstancias agravantes específicas? El objetivo planteado en este trabajo es determinar un esquema de reducción por tentativa aplicable a los delitos de tipo base y que este sea equitativo con la regla aplicable para los delitos con circunstancias agravantes, además de ser coherente con los pronunciamientos de la Corte Suprema. La estructura del trabajo se compone, en primer lugar, de las bases dogmáticas necesarias para una comprensión sólida del tema planteado; en segundo lugar, de un análisis crítico sobre el tratamiento de la tentativa en el Acuerdo Plenario N.º 01-2023/CIJ-112; y, finalmente, de una

propuesta de esquema uniforme para la aplicación de la tentativa en los delitos de tipo base.

## II. TEORÍAS DEL FIN DE LA PENA

Es menester antes de abordar el análisis sobre los efectos de la tentativa y su aplicación en distintos tipos de delitos, comprender el fin último que persigue la pena en el sistema penal por lo menos de manera sucinta. La fijación de la pena no es un acto aislado o meramente técnico, sino que responde a una concepción más amplia de justicia y orden social. Por ello, discutir los efectos punitivos sin considerar previamente el propósito que se persigue con la imposición de una sanción sería un ejercicio incompleto, carente de fundamento teórico.

Para abordar el fin de la pena, es fundamental comprender qué es la pena como institución en el derecho penal. Según Polaino (2004), "la pena es la respuesta del ordenamiento jurídico ante la comisión de un delito y consiste en la privación de determinados bienes jurídicos (v. gr. la libertad en la pena de prisión)" (p. 96)<sup>4</sup>. En cuanto a los fines de la pena, este es un tema ampliamente debatido en la doctrina. Mir (2003) señala acertadamente que "las opiniones se dividen respecto a la función que corresponde a la pena: retribución, prevención general o especial, o una combinación de ambos enfoques" (p. 48).

---

<sup>4</sup> Es importante precisar que existen excepciones a esta relación, como en el caso de la excusa absoluta regulada en el artículo 208° de nuestro

Código Penal. Por lo tanto, no toda comisión de un delito conlleva necesariamente la imposición de una pena.

## 2.1. Teoría Retribucionista

La concepción retribucionista, también conocida como teoría absoluta, teoría de la expiación o teoría de la justicia, ha tenido gran predominio en Alemania. Inmanuel Kant la defendió al afirmar que el castigo del delito es un imperativo categórico, mientras que Friedrich Hegel sostuvo que la imposición de una pena es necesaria para restablecer el Derecho ante la transgresión que representa el delito. Según esta teoría, “la pena debe retribuir al hecho mediante la imposición de un mal, independientemente de cualquier efecto social, y con ello servir a la Justicia” (Roxin, 2008, p. 94). De este modo, la pena es vista como un fin en sí misma, destinada a garantizar la justicia.

Sin embargo, como señala García (2019) “desde los años setenta del siglo pasado, la doctrina penal optó de manera uniforme por rechazar concepciones absolutas de la pena” (p. 81). Las críticas más significativas a esta teoría provienen de su desinterés por cualquier forma de utilidad en la reparación de los daños sociales, así como de su ineficacia como herramienta en la lucha contra el delito y la delincuencia<sup>5</sup>. No obstante, su principal aportación radica en la afirmación de que la pena debe ser proporcional a la gravedad del delito y a la culpabilidad del autor. (Villavicencio, 2006)

## 2.2. Teoría Utilitarista

Por otro lado, debido a las críticas a la teoría retribucionista, en el siglo XX prevaleció la teoría relativa o utilitarista de la pena, basada en la lógica de la prevención. Según esta perspectiva, la pena debe cumplir funciones de prevención y resocialización del reo señalándole un objetivo político y utilitario (Jiménez de Asúa, 2003, p. 53). Las teorías de la prevención sostienen que la función de la pena es disuadir tanto al autor del delito como a los ciudadanos en general de lesionar o poner en peligro bienes jurídicos penalmente protegidos. De este modo, la función del Derecho penal —esto es, la protección de los bienes jurídicos— se lograría a través de una influencia directa de la pena en el proceso interno de decisión de los individuos. En este marco interpretativo, la doctrina penal ha distinguido dos formas distintas de prevención, dependiendo de si el efecto disuasorio de la pena se dirige a la totalidad de la población o exclusivamente al autor del delito. La primera de estas formas se denomina prevención general, mientras que la segunda se clasifica como prevención especial (García, 2019).

La teoría de la prevención general, sostiene que la función de la pena es disuadir tanto al autor del delito como a la sociedad en su conjunto de cometer futuros delitos. Se busca prevenir la criminalidad mediante la creación de un efecto ejemplarizante que desincentive conductas delictivas. Asimismo, la sanción penal, en línea con los postulados de la prevención general, tiene como

<sup>5</sup> Asimismo, el Tribunal Constitucional peruano, mediante la STC Exp. N° 0019-2005-PI/TC, ha rechazado los postulados de la teoría absoluta de la

pena, al considerar que carece de fundamento científico y contraviene la dignidad de la persona.

objetivo principal impedir la comisión de futuros delitos. En otras palabras, su enfoque se centra más en prevenir ilícitos potenciales que en proporcionar una respuesta justa a la conducta delictiva ya cometida. Si bien las corrientes de prevención general se oponen a las teorías retributivas, esta oposición también se manifiesta dentro del propio marco de la prevención (Caro & Reyna, 2023).

La teoría de la prevención especial tiene como objetivo beneficiar al reo o delincuente. Hurtado (1987) lo explica de manera clara al señalar que “quien, mediante un tratamiento adecuado durante la ejecución de la pena, debe ser reconducido al buen camino y reintegrado al entorno social del que se apartó al cometer la infracción, con el propósito de evitar la comisión de nuevos delitos” (p. 52).

No obstante, tales teorías también fueron pasibles de cuestionamientos doctrinarios, las críticas a la teoría de la prevención general argumentan que puede resultar en sanciones desproporcionadas, ya que se enfoca más en el temor social que en la justicia individual. En cuanto a la prevención especial, se cuestiona su efectividad, ya que no siempre logra la resocialización del delincuente y puede considerarse una forma de control social que ignora la dignidad humana. Ambas teorías enfrentan la dificultad de equilibrar la prevención con el respeto a los derechos individuales.

### 2.3. Teorías de la Unión

Las teorías de la unión conocidas también como las teorías mixtas acumulan las características o fundamentos tanto de las teorías absolutas como de las relativas sosteniendo de tal manera que la pena es plurifinalista o cumple diversas funciones. Siendo en la actualidad, esta teoría ecléctica la que cuenta con mayor respaldo en la literatura especializada<sup>6</sup>. La versión de esta teoría que más destaca es la teoría unificadora dialéctica de Roxin. “Se puede hablar aquí de una teoría “dialéctica” de la unión, en la medida en que por medio de tal procedimiento se elaboran las teorías presentadas con su fijación de objetivos antitéticos en una síntesis” (Roxin, 1993, p. 32). Asimismo, en palabras del maestro Felipe Villavicencio (2006) esta teoría concede mayor prevalencia a los fines preventivos -generales y especiales- sobre la retributiva, asimismo prevalece el fin preventivo especial sobre el general. Esta teoría tendrá bastante referencia en la aplicación concreta de la pena como se expondrá *ut infra*.

### III. TEORÍAS DE LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

El estudio de estas teorías resulta crucial para entender el sistema de determinación judicial de la pena que rige en nuestro Código Penal, tanto en su versión original, representada en los artículos 45° y 46°, como tras la reforma introducida por la Ley N° 30076, que implementó el Esquema

<sup>6</sup> A pesar de ello, existen algunos cuestionamientos a esta teoría, principalmente dirigida a su eficacia, pues consideran que solo consiste en una acumulación de

fines, y que en la práctica es imposible ponerla en ejecución.

Operativo de Tercios, y más recientemente, el Esquema Operativo Escalonado, oficializado en el Acuerdo Plenario N.º 01-2023/CIJ-112<sup>7</sup>. Estas teorías son la base sobre la cual se construyen dichos esquemas, ya sea aplicadas de forma aislada o mediante la combinación de dos o más enfoques. Además, resultan imprescindibles para interpretar la última tendencia jurisprudencial de la Corte Suprema en cuanto a la determinación de la pena.

Las teorías de la individualización de la pena son esenciales en el derecho penal democrático y contemporáneo, ya que permiten ajustar las sanciones penales a las particularidades del delito y del delincuente. Este enfoque asegura que la pena no sea un simple mecanismo de retribución o prevención, sino que considere elementos como la culpabilidad, el contexto social y las características personales del reo. Esta determinación se basa en criterios bien definidos; como señala acertadamente Feijoo Sánchez, “la determinación de la pena no es más que una teoría sobre los factores relacionados con el injusto y la culpabilidad que configuran el significado comunicativo del hecho concreto” (Feijoo, 2007, p. 9)

Asimismo, en la doctrina nacional, es preciso destacar que esta rama del derecho penal —las teorías de la individualización judicial de la pena, parte esencial de la teoría de las consecuencias jurídicas del delito— ha

sido escasamente exploradas y desarrolladas<sup>8</sup>. Uno de los pocos doctrinarios que aborda las teorías sobre la determinación de la pena es Pedro Guevara. Respecto a estas teorías fundamentales, el autor señala que “dentro de la problemática de la determinación judicial de la pena han hecho su aparición modelos legitimadores de la pena que hacen énfasis precisamente en teorías estrictas de determinación judicial de la pena” (Guevara, 2024, p. 32). Las teorías que se abordarán en el presente trabajo serán la teoría de la pena exacta o puntual, teoría del margen de la libertad, teoría de la pena proporcional al hecho y teoría del valor posicional.

### **3.1. Teoría de la pena puntual o exacta**

La teoría de la pena puntual se fundamenta en una concepción absoluta de la pena, es decir retribucionista, como señala Caro (2005) “esta teoría afirma que el juez debe determinar la pena conforme a aquella que resulta exactamente ajustada a la culpabilidad del sujeto, soslayando los fines que debe cumplir la pena o las necesidades de prevención” (p. 328). Así también, Guevara (2024) menciona acertadamente sobre esta teoría “lo que se busca es una pena concreta, específica y determinada de acuerdo con un método y un procedimiento legítimo” (p. 33).

<sup>7</sup> Se alude a la oficialización del esquema, dado que su aplicación ya había sido reconocida previamente, como se observa en la Casación N° 640-2017/Ica, fundamento jurídico octavo. En este sentido, es incorrecto afirmar, como sostiene parte de la doctrina, que el Esquema Escalonado fue creado a partir del presente Acuerdo Plenario

<sup>8</sup> Contexto lamentable que no permite un debate prolijo sobre las reformas legislativas y principalmente cambios jurisprudenciales que se efectúan en nuestro ordenamiento jurídico nacional.

Sin embargo, esta teoría ha sufrido serias críticas por parte de la literatura especializada, principalmente porque esta búsqueda de la pena perfecta o exacta no es más que una ficción teórica-jurídica considerando que la capacidad humana representada por el juez es insuficiente, el acto de colocar una pena es un acto puramente terrenal, por lo tanto, no se puede determinar exactamente una pena (Caro, 2005).

Ahora bien, si aterrizamos dichos postulados teóricos al actual ordenamiento jurídico penal peruano, se colegirá rápidamente que a partir de la incorporación del artículo 45-A° en el Código Penal<sup>9</sup> y el reconocido Esquema Operativo de Tercios, que no hace más que fijar criterios que en muchas ocasiones son externos al delito para delimitar un espacio más reducido para la imposición de la pena -tercio inferior, intermedio y superior-, de esta manera, si bien es cierto no se adopta íntegramente la teoría de la pena puntual, si se aproxima bastante a esta. Lo que produce en muchas ocasiones es que se deje de observar el grado de lesividad de la conducta contra el bien jurídico y se enfoque más en criterios externos a la comisión del delito, hecho que trae como consecuencia que la pena no sea proporcional al disvalor de la conducta ni al disvalor del resultado.

### **3.2. Teoría del margen de la libertad**

La teoría del margen de la libertad también llamada la teoría del espacio del

juego es aquella generada por la jurisprudencia alemana cuya ideal principal es que la pena debe ajustarse a la culpabilidad fijada al interior de un determinado mínimo y máximo, existiendo un margen de libertad para el juzgador (Caro, 2005). Esta idea genera lo que en la dogmática especializada se denomina "el triángulo mágico" en donde la ley fija un mínimo y un máximo y el juez determina la pena concreta (Magariños, 1993). Así también, sobre este espacio de juego (Jescheck & Weigend, 2014) indican "la pena puede ser aprovechada por el tribunal para la prevención especial fijando la pena entre el límite inferior y superior del "espacio libre" de la culpabilidad" (p. 1312).

Sin embargo, esta teoría trae un problema en la discrecionalidad del juez, pues al poseer un gran espacio de decisión, la discrecionalidad acompañada de una falta de motivación de las resoluciones que fijan una pena concreta la convierten en una total arbitrariedad, generándose así la vulneración de diversos principios penales, como la proporcionalidad y la igualdad ante la ley,

### **3.3. Teoría de la pena proporcional al hecho**

La teoría proporcional al hecho tiene como finalidad esencial buscar cuál es la pena justa que el autor debe soportar por su hecho más que centrarse en buscar con la pena influencias en el propio autor o en terceros (Feijoo, 2007, p. 7). En la misma línea, Peña (2018) indica que "la

<sup>9</sup> Ello a través de la Ley N° 30076

proporcionalidad de la pena se constituye en un motivo de equilibrio para la reacción represiva del Estado, que insufla racionalidad y evita que se produzca un castigo excesivo allí donde este no es estrictamente necesario" (p. 60).

Esta teoría también ha recibido cuestionamientos, como por ejemplo que "al concederle un peso excesivo a la afectación de intereses individuales, no puede explicar muchos factores de determinación de la pena existentes en nuestro ordenamiento ni factores que resultan decisivos en la praxis judicial" (Feijoo, 2007, p. 8).

#### **IV. TENTATIVA DE LA TENTATIVA EN EL DERECHO PENAL PERUANO**

La tentativa es una causal de disminución de punibilidad y no una circunstancia atenuante privilegiada, pues como lo señala Prado (2015) "estas no son externas a la estructura del delito como si lo son las circunstancias" (p.59). Asimismo, (Caro & Reyna, 2023) tomando en referencia el artículo 16° del Código Penal señalan que "la tentativa abarca desde el inicio de la ejecución del delito hasta antes de la consumación del mismo" (p. 410). En esta línea, considerando que la tentativa es la ejecución incompleta del delito, definitivamente no alcanza el mismo desvalor de resultado que un delito consumado. Por lo tanto, el sentido comunicativo de defraudación de la norma es de menor intensidad y por ello amerita menor penalidad (García, 2019, p. 601). Asimismo, su efecto de disminución de punibilidad guarda relación directa con la

observancia y eficacia formal y material del principio de lesividad (Prado, 2015).

En cuanto a la menor penalidad de la tentativa, el artículo 16° de nuestro Código Penal resulta genérico y abstracto. Bajo la fórmula de "El juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena" (1991), se consagra la idea de reducir la sanción, pero sin especificar el grado de dicha disminución. Esta deficiencia legislativa ha obligado a la Corte Suprema a clarificar esta institución. A través de la Casación N.° 1083-2017/Arequipa, fundamento 4.3, se precisa que la reducción debe situarse por debajo del mínimo legal, es decir, por debajo del tercio inferior de la pena conminada (Corte Suprema de Justicia, Casación N.° 1083-2017/Arequipa, fd. 4). Lo que trajo esto en la práctica que las reducciones de pena por tentativa vacilaban demasiado en casos sumamente similares. Observándose un arbitrio por parte del juez en el momento para determinar la pena por tentativa a causa de una carencia de parámetros legales o hermenéuticos, generándose de esta manera un trato desigual y desproporcionado.

#### **V. DIFERENCIAS ENTRE DELITOS DE TIPO BASE Y DELITOS CON CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES ESPECÍFICAS**

Es menester para el presente trabajo de investigación diferenciar por lo menos brevemente, los delitos de tipo base o delitos básicos frente a los delitos con circunstancias agravantes específicas, pues de acuerdo a la naturaleza o tipo del delito en que nos encontremos la eficacia de



descuento de la tentativa será distinta como se explicará *ut infra*.

Esta diferencia radica en la forma de relación sistemática de los tipos penales; como señala García (2019) "El tipo penal básico establece los elementos esenciales de una figura delictiva. Por ejemplo, el delito de hurto simple del artículo 185° del CP (p. 405). Justamente en base a este tipo penal, se puede generar más tipos penales, que normalmente agravan la pena; allí tienen origen los delitos derivados, como por ejemplo el delito de hurto agravado (art. 186° CP) este tipo penal debe de reunir necesariamente los elementos del tipo penal básico. Es a partir, de los delitos derivados, que se originan los delitos con circunstancias agravantes específicas, como por ejemplo el robo agravado (art. 189° CP) o extorsión (art. 200° CP).

## **VI. ANÁLISIS DE LOS VACÍOS Y PROBLEMAS DE LA REDUCCIÓN POR TENTATIVA EN EL ACUERDO PLENARIO N.º 01-2023/CIJ-112**

El Acuerdo Plenario N.º 01-2023/CIJ-112, en su intento de establecer criterios claros para la aplicación de la tentativa en los delitos con circunstancias agravantes específicas, determinó que la pena debe ser reducida en un 50% tanto en su límite mínimo como máximo, cuando se trate de estos tipos de delitos. Sin embargo, esta disposición genera problemas que merecen una atención detallada, especialmente porque tal beneficio no se extiende a los delitos de tipo base (aquellos sin circunstancias agravantes), lo cual puede

resultar en la vulneración de principios fundamentales del derecho penal.

El primero de los problemas surge al analizar el principio de igualdad ante la ley, que está consagrado en nuestra Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos. Este principio exige que personas en situaciones comparables reciban el mismo trato por parte de la ley, salvo que existan razones justificadas para hacer distinciones.

En el caso del Acuerdo Plenario, la distinción entre delitos con agravantes específicas y delitos básicos en cuanto a la aplicación de la tentativa resulta problemática. La reducción de la pena en la mitad de los límites mínimos y máximos, cuando se trata de delitos con circunstancias agravantes, parece otorgar un trato más favorable a delitos más reprochables, mientras que los delitos básicos, que son objetivamente menos graves, no se benefician de la misma regla. Esta situación pone en cuestión la coherencia del sistema punitivo y parece contravenir el principio de igualdad, al no ofrecer una justificación clara y razonable para esta diferenciación.

Otro problema central radica en el principio de proporcionalidad. Este principio exige que la respuesta penal sea adecuada y proporcional a la gravedad del delito cometido y a la culpabilidad del autor. Al aplicar una reducción de 1/2 exclusivamente para los delitos con agravantes específicas, se produce una disonancia en el tratamiento punitivo. Los delitos básicos, que son menos graves, terminan con un régimen de tentativa más severo que aquellos delitos

con circunstancias agravantes, los cuales, a pesar de ser más graves, reciben un beneficio más amplio.

Esto genera una situación de desproporción: los delitos que, por su propia naturaleza, deberían recibir una mayor sanción, en realidad terminan con una pena reducida en comparación con los delitos de tipo base, que se castigan con mayor rigor en el contexto de la tentativa. Esta disonancia genera inseguridad jurídica y afecta negativamente la credibilidad del sistema de justicia penal.

El principio de humanidad de las penas exige que las sanciones penales sean acordes a la dignidad humana y que se eviten penas excesivas o innecesariamente rigurosas. Al aplicar la tentativa de manera más estricta en los delitos básicos que en los agravados, se está imponiendo, indirectamente, un castigo más severo para aquellos delitos menos graves, lo que puede ser considerado inhumano o excesivo.

En un sistema de justicia penal que se fundamenta en la justicia y la equidad, este tipo de contradicción no solo vulnera derechos, sino que también atenta contra la legitimidad del sistema penal, pues parece castigar de manera más dura a quienes cometen infracciones menos reprochables.

Teniendo en cuenta los problemas antes descritos, surge la necesidad de que la tentativa sea aplicada de manera equitativa también en los delitos de tipo base. La exclusión de estos delitos de la regla de reducción por tentativa no encuentra una justificación sólida en términos de equidad y

justicia. Si la tentativa en los delitos agravados específicos recibe un descuento significativo, los delitos básicos deberían gozar de una disposición similar, aunque ajustada a su menor gravedad.

## **VII. PROPUESTA DE ESQUEMA UNIFORME DE APLICACIÓN PARA LA TENTATIVA EN LOS DELITOS DE TIPO BASE**

Es importante destacar que esta propuesta no busca igualar las sanciones entre los delitos agravados y los delitos básicos, sino establecer un criterio más coherente que permita ajustar la pena a la gravedad de cada delito. En un contexto donde se intenta garantizar la justicia penal, la tentativa debe tener efectos proporcionales y justos tanto en delitos básicos como en aquellos con circunstancias agravantes específicas.

De no corregirse esta discrepancia generada por el Acuerdo Plenario N.º 01-2023/CIJ-112, el sistema se enfrenta al riesgo de generar incentivos contrarios a la justicia, donde los delitos más graves reciben beneficios que no se extienden a los delitos menores, lo cual contravendría los principios rectores del derecho penal. Pues es inconcebible que ante un delito con agravantes específicas cuya penalidad es mayor justamente porque dicha conducta defrauda en mayor intensidad la norma

penal, reciba mayores beneficios que una conducta con menor lesividad social<sup>10</sup>.

La primera respuesta para abordar esta desigualdad en la aplicación de la tentativa entre ambas categorías de delitos sería establecer una reducción del 50% en ambos extremos de la pena para los delitos básicos. De esta forma, los efectos de la tentativa en estos delitos serían equivalentes a los que se aplican a aquellos con circunstancias agravantes específicas. Sin embargo, esta medida podría resultar menos favorable para el condenado debido a la naturaleza de la tipificación de los delitos en nuestro Código Penal y además podría colocar una pena que se no se encuentra por debajo del mínimo legal.

Es fundamental considerar que, al ser la tentativa una causal de disminución de punibilidad, la pena resultante debe ser inferior al mínimo legal. Esto ha sido reconocido por destacados tratadistas en la materia y respaldado por la jurisprudencia, como se evidencia en la Casación N.º 1083-2017/Arequipa, donde se establece en el fundamento 4.3 que la reducción debe situarse por debajo del mínimo legal, es decir, por debajo del tercio inferior de la pena conminada (Corte Suprema de Justicia, Casación N.º 1083-2017/Arequipa, fd. 4). Asimismo, el Recurso de Nulidad N.º 604-2019/Junín, en su fundamento jurídico noveno, señala que "la tentativa, prevista en el artículo 16º del Código Penal, autoriza la rebaja de la pena por debajo del mínimo

legal" (Corte Suprema de Justicia, Recurso de Nulidad N.º 604-2019/Junín, fd. 9).

Con esto en mente, analicemos un ejemplo que ilustra por qué la reducción del 50% en ambos extremos de la pena para un delito básico resulta desfavorable para el reo y contradice una línea jurisprudencial uniforme. Supongamos que X intenta matar a Y, pero debido a factores externos a su voluntad, no logra consumar el delito, lo que nos lleva a considerar una tentativa de homicidio simple. Según el artículo 106º del Código Penal, el homicidio simple está sancionado con una pena privativa de libertad que va de 6 a 20 años. Si aplicamos la reducción del 50% en ambos extremos, como se hace en los delitos con circunstancias agravantes específicas, los nuevos límites penales quedarían establecidos entre 3 y 10 años.

En este escenario, la pena concreta que podría imponerse a X si bien podría situarse entre 3, 4 o 5 años, también podría variar entre 6, 7, 8, 9 o 10 años, dependiendo de las características del hecho y del autor. Sin embargo, aplicar de esta manera la eficacia de descuento de la tentativa, que es idéntico a como se aplica con los delitos con circunstancias específicas, resulta desfavorable para X. Pues según la jurisprudencia uniforme, la pena debería situarse por debajo del mínimo legal, es decir, en el caso concreto, entre 5, 4, 3 años o incluso menos, de acuerdo a las particularidades del caso. Esta misma situación desventajosa ocurre en gran parte

<sup>10</sup> En la práctica judicial, la tentativa en los delitos básicos implica una reducción de pena significativamente menor en comparación con la

nueva regla aplicada a los delitos con circunstancias agravantes específicas (reducción a la mitad de ambos extremos).

de tipos penales básicos regulados en nuestro Código penal, como por ejemplo el delito de robo simple (art. 188° CP), hurto simple (art. 185° CP), estafa simple (art. 196° CP), Usurpación (rt. 202 CP) y demás delitos. Por lo tanto, llegamos a una conclusión preliminar: aplicar la misma eficacia de reducción del 50% en ambos extremos para la tentativa de un delito básico en muchas ocasiones es desventajoso para el condenado.

Por ello, proponemos una nueva eficacia para la tentativa en los delitos básicos o de tipo base: cuando se presente la tentativa en la comisión de un delito básico, los límites penales deben ajustarse de la siguiente manera: el nuevo límite superior será el límite inferior original, mientras que el nuevo límite inferior será la mitad del límite inferior original.

Por ejemplo, si P intenta matar a J con un arma de fuego, pero tras disparar, no logra su objetivo debido a la intervención policial, estaríamos ante una tentativa de homicidio simple, cuya pena original oscila entre 6 y 20 años. Aplicando la eficacia de la tentativa ante delitos básicos propuesta *ut supra*, los nuevos límites de la pena serán: el nuevo límite inferior de 3 años (la mitad del límite inferior original) y el nuevo límite superior de 6 años (el límite inferior original).

Otro ejemplo, si nos encontramos ante la tentativa de un robo simple (art. 188° CP) cuya penalidad original del delito es no menor de tres ni mayor de ocho años;

aplicando la eficacia de la tentativa propuesta los nuevos límites penales serán: límite inferior 1 año con 6 meses (la mitad del límite inferior original) y el límite máximo 3 años (el límite inferior original). Es así que, ante la presencia de tentativa en el delito de robo simple, la pena será no menor de 1 año con 6 meses y no mayor de 03 años.

De este modo, se asegura que la pena, al aplicar esta eficacia de la tentativa, siempre se sitúe por debajo del límite mínimo original. Además, a diferencia de la propuesta anterior, esta solución no contradice la línea jurisprudencial ya establecida por la Corte Suprema

Debe de advertirse, que la presente propuesta no es contradictoria ni vulnera lo establecido por la Acuerdo Plenario N° 01-2023/CIJ-112; pues, al analizar el pie de página número 22 de dicho pronunciamiento, se advierte que la reducción de la mitad (1/2) se justifica, independientemente si el delito sea básico o con circunstancias agravantes específicas, pues el único punto de referencia para disminuir la mitad es la no consumación del delito<sup>11</sup>.

## VIII. CONCLUSIONES

**Vulneración del principio de igualdad ante la ley:** La aplicación diferenciada de la reducción de pena por tentativa entre los delitos con circunstancias agravantes específicas y los delitos de tipo base genera una clara vulneración del

consumado, pero existe una causal de disminución; y 1/2 para los casos de tentativa porque el delito no alcanzó su consumación (...).

<sup>11</sup> Literalmente el pie de página en mención dice lo siguiente: "(...) se aplicará 1/3 para los supuestos de disminución donde el hecho punible se hubiera

principio de igualdad ante la ley. La actual estructura favorece a los condenados por delitos con agravantes, mientras que penaliza de manera más severa a quienes cometen delitos de tipo base, pese a encontrarse en situaciones similares de tentativa.

**Inconsistencia en la aplicación**

**de la tentativa:** La regla de reducción aplicada exclusivamente a los delitos con circunstancias agravantes específicas no solo crea un trato desigual, sino que también genera una incoherencia en la determinación de la pena. Esta falta de uniformidad contradice la necesidad de un sistema penal que proporcione respuestas justas y equitativas, respetando los principios de proporcionalidad y culpabilidad.

**Propuesta de eficacia para la**

**tentativa en delitos de tipo base:** Se propone una nueva fórmula para aplicar la tentativa en los delitos básicos, que consiste en establecer como nuevo límite superior de la pena el límite inferior original, y como nuevo límite inferior, la mitad del límite inferior original. Esta propuesta garantiza que la pena se sitúe por debajo del mínimo legal del delito, respetando así la jurisprudencia uniforme y asegurando un trato más equitativo para los condenados por delitos de tipo base.

**BIBLIOGRAFÍA**

Caro Coria, C. (2005). *Notas sobre la individualización judicial de la pena en el código penal peruano. En los*

*desafíos del derecho penal en el siglo XXI.* Lima: ARA editores.

Caro, C., & Reyna, L. (2023). *Derecho penal: Parte general.* Lima: LP.

Feijoo Sanchez, B. (2007). Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. *Revista para el análisis del derecho*, N°13, 1-20. <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/78725/102801>

García Caveró, P. (2019). *Derecho Penal Parte General* (3° ed.). Lima: Ideas.

Guevara Vásquez, I. P. (2024). *El quantum de la pena concreta. Más allá del Acuerdo Plenario N° 01-2023/CIJ-112.* Lima: Gamarra Editores.

Hurtado Poz, J. (1987). *Manual de Derecho Penal* (2° ed.). Lima: Editorial EDDILI.

Jescheck, H., & Weigend, T. (2014). *Tratado de Derecho Penal Parte General TOMO II.* Lima: Pacífico.

Jiménez de Asúa, L. (2003). *Introducción al Derecho Penal.* México: Editorial Jurídica Universitaria.

Magariños, M. (1993). *Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena.* Buenos Aires: Editores del Puerto.

Mir Puig, S. (2003). *Introducción a las bases del derecho penal* (2° ed.). Buenos Aires: IBdeF.

Peña Cabrera Freyre, A. (2018). *La determinación de la pena en delitos sexuales. Análisis Crítico a la*

- Sentencia Plenaria Casatoria N° 01-2018*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Polaino Navarrete, M. (2004). *Derecho Penal. Modernas bases dogmáticas*. Lima: Editorial Grijley.
- Prado Saldarriaga, V. (2015). *Determinación Judicial de la Pena*. Lima: Instituto Pacífico.
- Roxin, C. (1993). *Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Roxin, C. (2008). *Fundamentos político-criminales del Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Villavicencio Terreros, F. (2006). *Derecho Penal. Parte General*. Lima, Perú: Editorial Grijley.
- Acuerdo Plenario N° 01-2023/CIJ-112 (2023). <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2024/02/Acuerdo-Plenario-01-2023-CIJ-112-LPDerecho.pdf>
- Casación N.º 1083-2017/Arequipa (2018). [https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/08/Casaci%C3%B3n-1083-2017-Arequipa-Legis.pe\\_.pdf](https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/08/Casaci%C3%B3n-1083-2017-Arequipa-Legis.pe_.pdf)
- Casación N.º 640-2017/Ica (2018). <https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/11/Casacion-640-2017-Ica-LP.pdf>
- Código Penal del Perú (1991). <https://lpderecho.pe/codigo-penal-peruano-actualizado/>
- Recurso de Nulidad N.º 604-2019/Junín (2020). <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2022/02/Recurso-nulidad-604-2019-Junin-LPDerecho.pdf>