

**Predictibilidad en base a nuevos criterios en la determinación judicial de la pena
en casos de tentativa**

Arias Jiménez, Juan Víctor*
juan_arias3@usmp.pe
Egresado - Derecho USMP

Montellanos Murillo, Diego Alonso*
diego_montellanos@usmp.pe
Egresado - Derecho USMP
ORCID: 0009-0009-6652-0854

Aquino Villegas, Crhisty Amanda*
crhisty_aquino@usmp.pe
Estudiante del 10° ciclo de Derecho USMP

Cosme Garro, Anel Korayma*
anel_cosme@usmp.pe
Estudiante del 10° ciclo de Derecho USMP



Centro de Estudios en Derecho Penal
Derecho USMP

Sumario:

- I. La inestabilidad de la tentativa en la aplicación penológica
- II. Criterios jurisprudenciales para la cuantificación de la pena en supuesto de delitos tentados
- III. Discrecionalidad, ambigüedad y arbitrariedad judicial
- IV. Nuevos criterios jurisprudenciales y de predictibilidad
- V. Conclusiones
- VI. Referencias

Resumen

La tentativa es una de las instituciones más problemáticas y sofisticadas de la teoría del delito, oscila entre principios esenciales como lesividad¹, proporcionalidad² y seguridad jurídica. Al tratarse de una forma incompleta de realización del delito, su tratamiento ha sido objeto de extensos desarrollos doctrinarios³ y jurisprudenciales⁴; sin embargo, persisten cuestionamientos relevantes en torno a cómo debe ser abordada jurídicopenalmente, en especial en lo que respecta a la determinación concreta de la pena.

Uno de los principales problemas – luego de su determinación específica – es la ausencia de criterios normativos objetivos que orienten al juzgador al momento de establecer la pena aplicable en casos de tentativa. Esta carencia amplía el margen de discrecionalidad judicial, generando escenarios de desigualdad en la imposición de penas frente a hechos de características similares.

La consecuencia directa es una merma en la previsibilidad del sistema penal, pues los operadores jurídicos y los ciudadanos no pueden anticipar con claridad la respuesta punitiva del Estado, en desmedro de la seguridad jurídica focalizada.

Así, el presente trabajo se propone examinar cómo esta indeterminación normativa, particularmente en lo que respecta a la rebaja facultativa, compromete la predictibilidad judicial propia de la emisión sistemática de resoluciones judiciales, sobrepasando algunos principios fundamentales del derecho penal como de legalidad, igualdad ante la ley y coherencia en la respuesta del sistema punitivo. Se sostendrá que la falta de parámetros precisos no solo afecta la uniformidad en la administración de justicia, sino que también debilita la confianza en la racionalidad del derecho penal contemporáneo, por ser una consecuencia natural de las imprecisiones normativas y la falta de parámetros que operan específicamente en el proceso racional de respuesta punitiva.

Palabras clave: predictibilidad, tentativa, *iter criminis*, criterios

¹ Este principio está contenido en el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal y tiene una vigencia tanto nivel pre-legislativo, cuanto a análisis de tipicidad.

² Principio taxado en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, tiene íntima relación con el principio de culpabilidad y humanidad de las penas, opera también en distintos espectros. Para mayor abundamiento, véase Mir, S. (2010). El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal. *Constitución y Principios del Derecho Penal: Algunas bases constitucionales*. Tirant lo Blanch, 67-104.

³ Véase, por todos, Jakobs, G. (2020). El intento de tentativa. *InDret*. 4, 484-499.

⁴ Véase, para mayor información, por ejemplo, la Casación 539-2017/Lambayeque y la Casación 66-2014/Junín; ambas por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

I. LA INESTABILIDAD DE LA TENTATIVA EN LA APLICACIÓN PENOLÓGICA

La tentativa es una figura de natura jurídica que se encuentra en el *iter criminis* (camino del delito), y se refiere a la fase en la cual el autor ya ha comenzado la ejecución del hecho punible, pero este no se ha consumado por causas ajenas a su voluntad (Wessels, et. al., 2018, pp. 412 y ss.). Esta figura, en la normativa peruana se encuentra regulada en el artículo 16 del Código Penal, que establece:

En la tentativa, el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo. El juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena, excepto en los casos de los delitos regulados en los artículos 108-B, 152, 189, 200 — con excepción de los párrafos tercero y cuarto—, y 317, o en los delitos comprendidos en el Título I-A y en el Capítulo IX del Título IV del Libro Segundo, donde la disminución no es mayor que un tercio del mínimo de la pena fijada por ley. (Código Penal, 1991, artículo 16).

En la doctrina alemana, se ha desarrollado con hartazgo los parámetros y supuestos de tentativa, en distintas manifestaciones, pero siempre como un grado de realización de la voluntad del agente activo, lo que no exime la discusión o postulaciones sobre su fundamento. Entre las ideas más aceptadas sobre la etiología de la tentativa, Roxin (1997) señala:

El fundamento de la de la punición de la tentativa estriba en la necesidad de pena por razones preventivo – generales o preventivo especiales. Necesidad de pena que por regla general se deduce de la puesta en peligro dolosa próxima a la realización típica; pero que también, de forma excepcional, se puede inferir de una infracción de la norma que provoque una perturbación al derecho que se manifieste en una acción próxima al tipo. (p.437)

Pero el fundamento de la tentativa, además de obedecer a consideraciones de política punitiva, también debe servir para la delimitación de sus aspectos circundantes: los tipos preparatorios y la consumación del hecho ilícito, especialmente, para algunos delitos o supuestos fácticos que no permiten ejercer un lindero adecuado. Sin embargo, tiene amplia difusión el criterio según el cual “los actos que se entienden desde el momento en que comienza la ejecución hasta antes de la consumación son actos de tentativa. Así pues, el comienzo de la ejecución típica y su no consumación representan sus límites” (Villavicencio, 2006, pp. 420 y 421).

Jurisprudencialmente, antes de la aplicación del Acuerdo Plenario N°02-2024 la reducción de la pena en los casos de tentativa en nuestro país estaba básicamente regulada solo por el Artículo 16 del citado cuerpo sustantivo. Esto generaba que dicha reducción o determinación de la pena en la tentativa quede solo a criterios objetivos – a veces marcado por tendencias subjetivas – del juez ya que, no tenía demarcaciones oficiales claras, podía haber algunos jueces que reducían un tercio, dos tercios, otros aplicaban el artículo 45-A sobre la dosificación judicial de la pena a imponer, lo que provocó diferencias significativas en casos que podrían ser similares solo por no existir un criterio unívoco, hecho que resaltaba un desprecio al principio de igualdad en forma sistemática. A eso se le sumaba la crítica de que algunos jueces castigaban la figura de tentativa casi igual que como si fuera un delito consumado.

II. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES PARA LA CUANTIFICACIÓN DE LA PENA EN SUPUESTOS DE DELITOS TENTADOS

1. Recurso de Nulidad N°989-2020-Lima Sur.

Este fue un caso por el delito de robo agravado en grado de tentativa, en el que se condenó a Kevin Gonzales Llantoy y Luis Aguilar Lázaro a 8 años y 5 años respectivamente y a una reparación civil de S/ 1,000.00 soles.

Para analizar el modo en el que el juez sentenció a estos dos imputados debemos partir desde el delito atribuido, robo agravado, que se sanciona con una pena legal de 12 a 20 años de pena privativa de libertad. En este caso, el juez aplicó el artículo 45-A del Código Penal para poder aplicar la pena en el tercio inferior debido a que ambos acusados no contaban con antecedentes penales.

En el caso de Luis Aguilar se reconoció la atenuante privilegiada ya que al momento de cometer el hecho delictivo esta tenía 19 años, aunque el artículo 22 del Código Penal excluía al robo agravado de este beneficio, el juez aplicó control difuso por considerar que esta exclusión vulneraba el principio de igualdad y proporcionalidad; por esta causa, se le dio una reducción de 3 años sumado a los 4 años de reducción por el grado de tentativa. Se tiene una reducción de 7 años por lo que al ser la pena mínima de 12 años el imputado quedaría con 5 años.

En el caso de Kevin Gonzales, no se pudo aplicar la reducción por responsabilidad restringida, por lo que la reducción hecha fue partiendo de la base que son 12 años y dando la reducción de 4 años por tentativa, resultando en una pena de 8 años. La Sala en su pronunciamiento resaltó que la reducción en casos de tentativa se debe de dar por la proporción del daño causado, además de ser razonada y motivada sin caer en reducción

arbitrarias o irregulares. El juez dio sustento de la reducción aplicada en base a que se logró recuperar el bien, existió lesividad psicológica leve, la edad que tenían los procesados al momento del cometer el ilícito y la ausencia de antecedentes. La Corte Suprema validó la decisión del juez, afirmando que la pena fue razonablemente dosificada y respetó los principios de legalidad, proporcionalidad y culpabilidad.

Lo relevante de este pronunciamiento es el uso de la tentativa para determinar la pena por debajo del mínimo legal previsto en el tipo penal imputado como único efecto.

2. Recurso De Nulidad N.º 1309-2019-Lima Sur

En este caso también se acusó por el delito de robo agravado en grado de tentativa a David Juan Osorio y Jean Carlos Simbrón, quienes, en el año 2016, intentaron robar un teléfono móvil, entre otros artefactos; la víctima fue arrastrada, y tras ello, se configuró la tentativa. La defensa solicitó una reducción de 7 a 4 años de pena privativa de libertad para Osorio, buscando pena suspendida, finalmente fue sentenciado a 6 años de pena privativa de libertad.

La pena agravada en el delito de robo agravado, según el artículo 189 del Código Penal es de 12 a 20 años de pena privativa de libertad; y dado que en este caso estamos ante una tentativa el juez debía de reducir la pena *prudencialmente*.

En este caso, la judicatura fue muy clara en establecer que lo primero a realizar es reducir la pena por debajo del mínimo legal, por ser la tentativa una causal de disminución de punibilidad. Ahora bien, siendo que el tipo penal imputado tiene como pena mínima 12 años, es más que claro que la pena modificada por la Corte Suprema, a 6 años, se debió a que el cálculo penológico se hizo por debajo de los 12 años de pena mínima del tipo penal imputado.

La razón principal que el juez utilizó para reducir la pena es la disminución por el grado de responsabilidad. Además, se considera que el imputado se acogió a la conclusión anticipada, lo que justifica una reducción adicional de un año. También se toma en cuenta la reducción aplicada debido a las condiciones personales del investigado. Por estas razones, la pena debería haberse fijado en 6 años; sin embargo, el juez impuso una condena de 7 años, lo cual fue identificado como un error aritmético. En cuanto a la interpretación judicial, se aclaró que la tentativa no es una atenuante privilegiada, sino una causa para disminuir la punibilidad.

Finalmente, la Corte Suprema reformó la sentencia de 7 a 6 años de pena privativa de libertad, señalando que la tentativa por si sola ya permitía una reducción sustancial, a esto

se le debía de sumar el descuento por el acogimiento a la conclusión anticipada; por otro lado, el estado de embriaguez que argumentaba la defensa del investigado como causal de reducción, no se llegó a corroborar por lo que no fue tomada en cuenta.

Este caso nos lleva a la reflexión de que el juez tuvo un margen de discrecionalidad prudencial, más este no debía de ser ilimitado, sino que debía de estar sustentada en criterios normativos y axiológicos (proporcionalidad), sin caer en descuentos automáticos ni llevar a errores como combinar reducciones sin fundamento alguno, ya que no se contienen en el mismo plano operativo.

3. Casación N° 1083-2017, Arequipa

Esta casación versa sobre el recurso de apelación interpuesto por Erick Carlos Cruz Peláez por la revocación de una sentencia de primera instancia, que en un extremo lo condenó como autor del delito de actos contra el pudor y, reformándola, lo absolvieron de la citada imputación; revocaron la sentencia de primera instancia que condenó a Cruz Peláez como autor del delito contra la Indemnidad sexual – Violación sexual de menor de edad e impuso la pena de treinta años de pena privativa de libertad; reformándola, le impusieron quince años de pena privativa de libertad, confirmando en los demás extremos. Los cargos por los que fue investigado eran los de actos contra el pudor y el delito contra la Libertad sexual – Violación sexual; el delito de actos contra el pudor quedó firme por lo que la disyuntiva en el presente caso es la imputación del delito de violación sexual de menor de edad.

La defensa del investigado postuló que no hubo penetración (consumación) entonces, sería tentativa de violación por lo que pretende la reducción de la pena impuesta; dentro de las pruebas se tuvo al Certificado de Reconocimiento Médico Legal en el cual se refiere “himen complaciente”, “no presenta signos de acto contra natura”, de esto se concluye que no hay un dato físico objetivo que demuestre lesiones, *ergo*, no se pudo asegurar que las lesiones sean a consecuencia de la penetración que habría padecido la menor, o si, fueron a causa de la violencia ejercida hacia la menor.

Siendo lo más importante en este pronunciamiento jurisprudencial, lo referido a la tentativa y a sus efectos en la disminución de la pena, en dicha resolución se establece que la tentativa permitirá al juez disminuir la pena, sin embargo, en ese caso no se usa el criterio de disminuir la pena por debajo del mínimo, siendo que es un caso en el que le correspondía al condenado la pena de cadena perpetua.

4. Acuerdo Plenario 1-2023/CIJ-112

A lo largo de los años, el sistema penal ha tenido grandes avances en su ordenamiento para así poder tener criterios uniformes sobre diferentes aspectos del derecho penal.

Para que esto haya sido posible se han tenido que recurrir a los Acuerdos Plenarios – como se acaba de precisar – emitidos por las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia, los cuales funcionan como un mecanismo para poder tener una interpretación unificada de la norma⁹.

Estos Acuerdos Plenarios contienen criterios emitidos por jueces supremos en ejercicio de su función unificadora, a través de los Plenos jurisdiccionales. Como señala la Corte Suprema en diversos pronunciamientos, su finalidad es fijar *doctrina jurisprudencial vinculante* que contribuya a evitar contradicciones interpretativas y asegurar una administración de justicia coherente. Estos, funcionan como mecanismo de control de la discrecionalidad judicial, particularmente relevante en temas donde el legislador ha dejado márgenes abiertos.

El Acuerdo Plenario 1-2023/CIJ-112, significó un avance para que se puedan establecer parámetros objetivos en la reducción de la pena en los casos de delitos tentados, cerrando así el vacío legal que se ha tenido por mucho tiempo bajo el regimiento del artículo 16 del Código Penal, el cual afectaba la coherencia de la imposición de sentencias en nuestro sistema penal.

Esta situación varió desde la expedición del Acuerdo Plenario 1-2023/CIJ-112 dado como instrumento de interpretación e implementación de reglas contra la discrecionalidad otorgada al juez, y que esta no sea usada irracional o arbitrariamente. El acuerdo estableció que la reducción de la pena en los casos de tentativa debe ser *fundada, motivada y sujeta a criterios objetivos*.

Entre los parámetros más importantes del Acuerdo Plenario tenemos a que se examinará hasta qué grado se ejecutó el delito diferenciando las diferentes clases de tentativa, como la tentativa inacabada o a la tentativa acabada, el tipo de delito, es decir, su gravedad y la voluntad repentina que tendría el sujeto activo de frustrar la comisión del de su propio hecho.

Son criterios que ayudan a una mejor dosificación y reducción de la pena, en el ejemplo de una tentativa acabada e inacabada, la segunda debería de tener una reducción mayor de la penológica ya que el autor no cometería todos los actos de ejecución del delito (Mir, 2008, p. 458).

⁹ No nos referimos a la *norma*, como complejo integrado en el tipo penal, sino a leyes penales en general.

Además, este Acuerdo Plenario introduce factores como la cuantía de afección al bien jurídico tras el acto tentado y el nivel de peligrosidad que involucre su comisión. Así, se abandona la concepción meramente formalista de la tentativa y se impulsa una respuesta punitiva proporcional y ajustada al caso concreto, sin caer en la arbitrariedad. Entonces, aunque ya era posible por medio de la discrecionalidad, lo que la existencia de este acuerdo permite dar por sentado, es un criterio de proporción entre la lesividad material y la disminución *prudencial* de la pena.

5. Acuerdo Plenario Extraordinario N° 2-2024/CIJ-112

Hasta el Acuerdo Plenario Extraordinario N° 2-2024, el cual responde directamente a esta problemática, ofreciendo una guía interpretativa para superar los márgenes de discrecionalidad que caracterizaban el tratamiento de la tentativa en el Perú.

Este mencionado Acuerdo Plenario destaca por la incorporación de la reducción de la pena en modo a diferenciarlos en delitos especialmente graves, delitos graves y los menos graves, dándoles una reducción de hasta un sexto por debajo del mínimo legal, hasta un tercio por debajo del mínimo legal y hasta una mitad por debajo del mínimo legal, en el orden respectivo. Cerrando así el semi vacío legal que existía anteriormente con el único criterio dado por el acuerdo anteriormente estudiado y otorgando criterios reales sobre cuanto se debe de reducir la pena por tentativa en delitos delimitados específicamente.

Este Acuerdo Plenario marca un punto de antes y después en la aplicación de penas en tentativa orientando a los jueces a valorar con objetividad y proporcionalidad el grado de desarrollo de la conducta delictiva y su impacto jurídico. Además de garantizar una justicia penal más racional, equitativa y respetuosa de los derechos fundamentales del justiciable.

III. DISCRECIONALIDAD, AMBIGÜEDAD Y ARBITRARIEDAD JUDICIAL

Bien se ha visto que la tentativa, al ser una forma incompleta de ejecución del delito, ha generado tradicionalmente dificultades dogmático-prácticas en su delimitación y tratamiento. Una de las mayores complejidades se presenta al momento en que el juez debe valorar si, de no haberse interrumpido la ejecución, el delito se habría consumado (Maurach, et. al., 1994, p 229, T. I). Es lo que conocemos como prognosis de consumación, un juicio contrafáctico con implicancias determinantes en la configuración de la responsabilidad penal del agente.

Por ejemplo, en la Casación 1083-2017-Arequipa, la Corte Suprema destacó que los jueces deben evitar motivaciones a la diablo, al calificar una conducta como tentativa; sin

embargo, no ofreció parámetros concretos sobre cómo valorar empíricamente la proximidad a la consumación. Esto manifiesta la ausencia de lineamientos claros que aún prevalece en muchas decisiones jurisdiccionales; en consecuencia, en la práctica, esta figura ha derivado en una discrecionalidad excesiva, pues muchos jueces han resuelto estos casos en base a criterios apriorísticos, intuitivos o en el peor de los casos, arbitrarios.

La falta de una doctrina vinculante clara facilitaba interpretaciones disímiles incluso frente a hechos similares, lo que generaba no solo incertidumbre jurídica, sino una quiebra del principio de igualdad ante la ley, contenido en el artículo 2, inciso 2 de la Constitución Política.

En ese mismo sentido, en el Recurso de Nulidad N.º 1309-2019, se detectó un tratamiento desigual en dos casos similares de tentativa de homicidio, donde uno fue calificado como tentativa acabada y otro como tentativa inacabada, sin una adecuada pauta interpretativa que permita la delimitación que exige la axiología jurídica. Estas decisiones disímiles confirman que la discrecionalidad judicial no es solo teórica, sino práctica y constante.

En esa misma línea crítica, Rivera Bejarano (2020) ha señalado que, en el Perú, la tentativa ha sido tradicionalmente tratada de forma poco técnica, lo que genera condenas preventivas o sin base empírica suficiente (p. 122). Esta observación doctrinaria refuerza la necesidad urgente de establecer criterios objetivos y de tendencia a la aplicabilidad general para reducir la arbitrariedad judicial en el tratamiento de la tentativa.

El Acuerdo Plenario Extraordinario N.º 2-2024/CIJ-112 reconoce expresamente esta problemática, diagnosticando con precisión que la raíz de la ambigüedad radica en la ausencia de estándares objetivos que orienten al juez en el momento de realizar el juicio contra fáctico. Esta situación provocaba una afectación directa de principios estructurales del Derecho Penal, como el de legalidad (art. II del Título Preliminar del Código Penal), el de tipicidad y el de motivación de las resoluciones judiciales (art. 139, numeral 5 de la Constitución Política), ya que muchas decisiones judiciales se apoyaban en valoraciones difusas sobre la voluntad del autor o en apreciaciones subjetivas sobre lo que “habría ocurrido”, sin combinarse necesariamente con una concreta teoría delimitativa entre tentativa y consumación.

Tal como señala textualmente el Acuerdo Plenario: “la falta de uniformidad interpretativa ha generado consecuencias negativas para la seguridad jurídica y el principio de igualdad, por lo que resulta imperativo establecer criterios objetivos que orienten la decisión del juzgador” (FJ. 6).

Igual que el juez peruano, Claus Roxin también ha advertido que la tentativa exige una regulación rigurosa para evitar castigar por peligrosidad o intención, en lugar de hechos efectivamente realizados. Según el autor, la punibilidad anticipada solo puede justificarse con base en criterios estrictamente objetivos y verificables; de lo contrario, se corre el riesgo de convertir al derecho penal en una herramienta de control simbólico y no de protección de bienes jurídicos reales (Roxin, 2000, p. 267).

Imaginemos el caso de un sujeto que es reducido por el policía justo antes de accionar un arma contra otra persona: Si el juez centra su razonamiento en la “intención homicida” del agente y no en el hecho de que el arma estaba descargada, podría concluir que se trató de una tentativa acabada, cuando objetivamente no existía posibilidad real de consumación. Este tipo de razonamientos subjetivos puede derivar en penas injustas o desproporcionadas.

Asimismo, se ha señalado que el juicio de consumación en tentativa no pertenece al plano del hecho, sino a una hipótesis contrafáctica que, si no está debidamente regulada, puede conducir a imputaciones construidas sobre suposiciones antes que sobre evidencias. En su opinión, esta lógica vulnera el principio de realidad fáctica que debe regir todo proceso penal y pone en riesgo la función garantista del Derecho Penal moderno (Zaffaroni, 2002, p. 435).

En esa línea, la falta de criterios uniformes sobre la prognosis de consumación ha sido una constante fuente de inseguridad jurídica en nuestro sistema. Recién con el Acuerdo Plenario Extraordinario se empieza a dar un paso en la dirección correcta, aunque queda claro que esta añadidura interpretativa, por sí sola, no es especial ni suficiente para garantizar una aplicación predecible y justa del derecho penal.

IV. NUEVOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES Y PREDICTIBILIDAD

Uno de los pilares de un sistema penal garantista es la predictibilidad judicial, entendida como la capacidad de los ciudadanos, abogados y operadores del sistema de justicia de anticipar razonablemente cómo se aplicará el derecho en casos similares. En el contexto de la tentativa, la ausencia de criterios objetivos para valorar la consumación ha sido históricamente fuente de incertidumbre y decisiones.

Frente a esta situación, el Acuerdo Plenario Extraordinario N° 2-2024/CIJ-112 representa un avance relevante al establecer criterios interpretativos objetivos que buscan reemplazar las valoraciones intuitivas o especulativas por parámetros verificables. Esta apuesta por la racionalización del razonamiento judicial tiene como finalidad principal dotar de uniformidad, coherencia y previsibilidad a las decisiones sobre tentativa, fortaleciendo

así el principio de legalidad material y la seguridad. Entre los aportes más relevantes destacan los siguientes:

1. Criterio empírico:

El análisis de la consumación debe realizarse exclusivamente sobre la base de hechos verificables del caso concreto como el grado de avance del *iter criminis*, los medios materiales utilizados, la proximidad del agente al resultado, la idoneidad de los instrumentos y su capacidad real para producir el efecto lesivo. Este enfoque técnico excluye valoraciones subjetivas y voluntaristas y al imponer una lógica fáctica replicable, aumenta la coherencia en las decisiones judiciales, lo que redundará en mayor previsibilidad, pese a la diversidad casuística

2. Perspectiva ex ante:

El juicio contrafáctico debe situarse en el momento previo a la interrupción del hecho punible, sin considerar elementos posteriores como la frustración del resultado, la fuga del autor o la intervención de terceros. Este criterio impide que el juzgador razone con sesgos retrospectivos, asegurando una valoración objetiva y estandarizable, lo que contribuye directamente a la previsibilidad del fallo.

3. Desvinculación de la voluntad del autor:

El nuevo estándar deja de lado la intención interna del agente y se enfoca exclusivamente en si tenía la posibilidad objetiva de consumar el delito con los medios a su alcance. Esto rompe con el análisis psicologicista tradicional y permite una evaluación más técnica, basada en el hecho y no en juicios morales o ético-subjetivos. Esta orientación es clave para delimitar criterios jurídicamente controlables, que puedan ser aplicados de manera uniforme.

En conjunto, estos tres criterios orientan al juez hacia un razonamiento técnico, controlado y previsible, que contribuye a reducir la arbitrariedad y fortalece la igualdad ante la ley. Tal como señala Silva Sánchez (2001), la tentativa debe juzgarse con base en parámetros de peligrosidad objetiva, descartando valoraciones ético-subjetivas del autor. Del mismo modo, Jakobs (1995) ha indicado que el juicio contrafáctico debe ser funcional, es decir, debe servir para delimitar el nivel de riesgo que una conducta concreta introduce en el sistema jurídico. De manera concordante, autores nacionales como Caro Coria (2020) han valorado la utilidad de criterios objetivos en delitos de tentativa, en tanto permiten escapar de la sospecha analítica y adentrarse en un plano puramente objetivo del derecho penal.

En cuanto a la jurisprudencia comparada, en España la Sentencia del Tribunal Supremo 450/2017 establece que no puede sancionarse una tentativa sobre la base de “meras hipótesis de lo que habría podido ocurrir”, exigiendo una evaluación fundada en hechos concretos y razonables. De igual manera, en Alemania el *Bundesgerichtshof* (BGHSt 36, 1) determinó que el juicio de consumación debe estar respaldado por un “grado elevado de probabilidad”, basado en datos objetivos, no en inferencias valorativas. Asimismo, en Chile, la Corte Suprema ha adoptado criterios similares en delitos como homicidio frustrado, exigiendo que la frustración del resultado no provenga de circunstancias independientes al hecho inicial.

Conclusivamente, al establecer estos estándares objetivos, el Acuerdo Plenario no solo proporciona herramientas técnicas para los jueces, sino que fortalece decididamente la predictibilidad judicial, elemento esencial para la seguridad jurídica. Como ha afirmado Ferrajoli (2005), “el derecho penal debe ser previsible en su aplicación y restrictivo en su alcance” (p. 285). Esto implica que los ciudadanos deben saber con anticipación qué conductas serán sancionadas, en qué condiciones y con qué criterios, garantizando así un sistema penal racional, confiable y justo.

Pese al avance significativo que representa el Acuerdo Plenario Extraordinario N.º 2-2024/CIJ-112, subsisten importantes zonas de ambigüedad que deben ser abordadas críticamente desde el plano normativo, práctico y dogmático

En primer lugar, la exigencia de objetividad, aunque loable, no termina de eliminar el margen interpretativo inherente al juicio de prognosis. Criterios como “grado de avance del *iter criminis*” o “proximidad al resultado” siguen siendo valoraciones de grado, cuya aplicación dependerá en gran medida del contexto del caso y del criterio subjetivo del juzgador. Por ejemplo, ¿a cuántos metros de la víctima debe encontrarse el agente con un arma para considerarse “próximo”? ¿Qué tan idóneos deben ser los medios para que se presuma la consumación? Estas preguntas no siempre tienen una única respuesta, lo que genera decisiones judiciales dispares frente a hechos similares. Tal como advierte Sánchez (2001), los criterios objetivos no garantizan por sí solos la uniformidad en la aplicación del derecho si no se integran con mecanismos normativos o jurisprudenciales que fijen límites precisos (p. 102).

En segundo lugar, el análisis contrafáctico por definición opera en el plano de lo hipotético. Se trata de reconstruir lo que “habría ocurrido” si el hecho no hubiera sido interrumpido, lo que inevitablemente introduce un componente especulativo en la decisión judicial.

En palabras de Zaffaroni (2002), el juicio contrafáctico no pertenece al plano del hecho, sino a un plano hipotético que no ha ocurrido ni puede probarse con certeza. Basar la responsabilidad penal en esta clase de conjeturas contradice la esencia del derecho penal como sistema de imputación por hechos, no por intenciones o presunciones.

La consecuencia de mantener un este juicio poco delimitado es la posibilidad de inclinaciones excesivamente punitivas, donde se castiga por lo que el sujeto "probablemente" iba a hacer, sin que exista una efectiva lesión o peligro concreto para el bien jurídico.

V. CONCLUSIONES

El tratamiento de la tentativa en el Perú ha mostrado deficiencias persistentes, sobre todo en el juicio de consumación, aplicado con criterios ambiguos y dispares que afectan principios clave como la legalidad y la seguridad jurídica. Esta falta de uniformidad ha dado lugar a decisiones arbitrarias y en algunos casos, punitivistas.

El Acuerdo Plenario Extraordinario N.º 2-2024/CIJ-112 representa un avance al proponer criterios objetivos como el análisis del *iter criminis*, la perspectiva ex ante y la desvinculación de la voluntad del autor que buscan reducir la discrecionalidad judicial y mejorar la predictibilidad de las decisiones.

Sin embargo, este esfuerzo requiere reforzarse con medidas prácticas como el desarrollo de jurisprudencia uniforme con casos, capacitación técnica a jueces y fiscales e incluso considerar una reforma legal que restrinja la punibilidad de la tentativa a supuestos con peligrosidad concreta.

En suma, garantizar predictibilidad en la aplicación del derecho penal no es solo deseable, sino imprescindible para proteger los derechos fundamentales del imputado y asegurar que las decisiones judiciales se fundamenten en hechos, no en conjeturas.

Por ello, es que elaborar guías jurisprudenciales con casos tipo porque es necesario que la Corte Suprema o las Salas Penales Superiores publiquen jurisprudencia vinculante o guías interpretativas con casos ilustrativos. Estas podrían abordar, por ejemplo, cómo se determina la proximidad en tentativas de homicidio, hurto o violación, diferenciando tentativa inacabada, acabada, delitos de resultado y delitos de mera actividad.

Esto ya se realiza en países como España, donde el Consejo General del Poder Judicial elabora manuales interpretativos para unificar la jurisprudencia penal en temas complejos.

Capacitar a jueces y fiscales en técnicas de motivación, razonamiento contrafáctico controlado y análisis objetivo del *iter criminis*, como plantea Luis Greco (2015), quien propone estructurar el juicio contrafáctico bajo marcos racionales limitados.

A largo plazo, se debería discutir una posible reforma al artículo 16 del Código Penal, limitando la tentativa punible a casos de tentativa acabada, supuestos con peligrosidad concreta demostrable, exclusión de situaciones donde la consumación es claramente improbable, aun si hubo inicio de ejecución.

Esta propuesta ha sido defendida por Muñoz Conde (2020), quien considera que el derecho penal no debe sancionar conductas que no hayan generado un riesgo real y serio para el bien jurídico.

VI. REFERENCIAS

Basso, G. (2019). *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*.

Marcial Pons.

Congreso Democrático Constituyente (1993). *Constitución Política del Perú*.

Corte Federal de Justicia de Alemania (s.f). BGHSt 36, 1.

Corte Suprema de Justicia del Perú (2017). *Recurso de Casación 1083-2017*.

Corte Suprema de Justicia del Perú. (2019). *Recurso de Nulidad N 1309-2019*.

Corte Suprema de Justicia del Perú. (2025). *Acuerdo Plenario Extraordinario N.º 2-2024/CIJ-112*. Diario Oficial “El Peruano”.

Cuello, J. (2007). Conceptos fundamentales de la responsabilidad por tentativa. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. (1), 39-96.

Frisch, W. (1994). La atenuación del marco penal en la tentativa. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. 47 (2), 159-192.

Greco, L. (2015). *Imputación objetiva y tentativa*. Marcial Pons.

Jakobs, G. (1995). *Derecho penal. Parte general*. Marcial Pons.

Jakobs, G. (2020). El intento de tentativa. *InDret*. 4, 484-499.

Mir, S. (2008). *Derecho Penal Parte General* (8 ed.). B de F.

Mir, S. (2010). El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal. *Constitución y Principios del Derecho Penal: Algunas bases constitucionales*. Tirant lo Blanch, 67-104.

Muñoz Conde, F. (2020). *Derecho penal. Parte general* (22ª ed.). Tirant lo Blanch.

Poder Ejecutivo (1991). *Decreto Legislativo N 635. Código Penal*.

Rivera Bejarano, H. (2020). Tentativa, consumación y prognosis: problemas de técnica y racionalidad penal en la jurisprudencia peruana. *Revista de Derecho Penal PUCP*, N 30, 119- 133.

Roxin, C. (2000). *Derecho penal. Parte general* (Tomo II). Civitas.

Roxin, C. (2014). *Derecho penal. Parte general*. (Tomo II). Aranzadi.

Silva, J-M. (2001). *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Civitas

Tribunal Supremo de España. (22 de junio de 2017). *STS 450/2017*.

Villavicencio, F. (2006). Derecho penal. Parte general. Grijley.

Zaffaroni, E., Alagia, A, y Slokar, A. (2002). *Derecho penal. Parte general*. Ediar.

Wessels, J., Beulke, W., y Satzger, H. (2018). *Derecho Penal Parte General*. Instituto Pacífico.

Yarlequé, J. (2024). La tentativa en el Derecho Penal. *Boletín de ciencias penales*. 13 (3), 35-40.