



Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Escuela de Derecho

TÍTULO DEL TRABAJO
Fundamentación y aplicabilidad de la corriente
subjetiva de la tentativa en el Código Orgánico
Integral Penal

Autor:

Andino Villa Pablo Ismael

Director:

Dr. Rafael Villavicencio Arce

Cuenca – Ecuador

Año 2025

DEDICATORIA

A dios, por ser mi guía constante, fuente de fortaleza y sabiduría en cada paso de este camino, a la Virgen de Fátima, por su intercesión maternal y por acompañarme con su luz en los momentos de duda.

A mis abuelitos, Gloria y Gerardo, por enseñarme el valor del esfuerzo, la humildad y la fe, a mi madre, Fanny, por su amor incondicional y por ser ejemplo de entrega y perseverancia.

A mi padre, Pablo por su apoyo firme, sus consejos y su confianza en cada uno de mis sueños, a mi hermana, Valentina, por ser alegría y compañía en todas las etapas de mi vida.

A mi segundo padre, Oliver, por su presencia generosa y por acompañarme con sabiduría y afecto.

A mi compañera de vida, Samy, por su amor, paciencia y apoyo inquebrantable, por creer en mi en los momentos más difíciles.

A mi amor más puro y hermoso, mi hija Samara, razón de cada esfuerzo, inspiración de mis días y mi razón de superación, y a la nueva luz que llega a mí vida, mi hija.

A todos ustedes, dedico este logro con gratitud eterna, porque cada página de este trabajo lleva impreso su cariño, su fe y su presencia en mi vida

AGRADECIMIENTO

Expreso mi más sincero agradecimiento a todas las personas que han sido parte de mi formación académica y personal durante estos años de estudio.

A mis compañeros de universidad, por compartir conmigo aprendizajes, desafíos y momentos que enriquecieron este camino con amistad, apoyo y trabajo en equipo. Cada experiencia vivida junto a ustedes dejó una huella imborrable en mi crecimiento profesional y humano.

Mi gratitud profunda al Doctor Rafael, tutor de esta tesis, por su guía constante, su orientación académica y su paciencia en cada etapa del proceso investigativo. Su acompañamiento fue fundamental para consolidar este trabajo con rigor y sentido crítico.

A la Doctora Julia, por su tiempo, compromiso y valiosas observaciones que contribuyeron a fortalecer la calidad de esta investigación.

RESUMEN:

El presente trabajo analiza la figura de la tentativa desde la perspectiva del disvalor de la acción o también llamada teoría subjetiva de la tentativa, abordando su fundamentación dogmática y su aplicabilidad dentro del Derecho penal ecuatoriano. En cuanto a la problemática de esta investigación, en nuestro contexto jurídico, esta diversidad teórica genera incertidumbre al momento de interpretar y aplicar la regulación de la tentativa prevista en el Código Orgánico Integral Penal (COIP), dificultando una comprensión uniforme y segura sobre los criterios que deben primar para considerar una conducta como tentativa punible. El objetivo principal consiste en determinar si la interpretación subjetiva, desarrollada por el jurista argentino Marcelo Sancinetti, puede ofrecer mayor coherencia teórica y práctica al artículo 39 del COIP. La metodología es cualitativa, de carácter descriptivo, hermenéutico y comparativo, basada en el análisis de doctrina penal, legislación nacional, extranjera, y criterios jurisprudenciales. Los resultados evidencian que el COIP adopta una estructura híbrida que combina elementos tanto objetivos y subjetivos, pero mantiene vacíos interpretativos que dificultan distinguir los actos preparatorios de los ejecutivos. Asimismo, el estudio demuestra que la corriente subjetiva, al centrarse en la voluntad dolosa del autor más que en el resultado material, fortalece la coherencia dogmática del sistema penal y respeta los principios de culpabilidad y proporcionalidad. Se concluye que la reinterpretación del artículo 39 desde una óptica subjetiva permitiría superar las ambigüedades normativas existentes, garantizar una aplicación penal más justa, y reforzar la protección de los bienes jurídicos sin vulnerar el principio de mínima intervención.

Palabras clave: Derecho penal ecuatoriano, disvalor de la acción, teoría objetiva, teoría subjetiva, tentativa, tentativa punible.

ABSTRACT:

This study examines the legal notion of attempt through the perspective of the disvalue of action, also known as the subjective theory of attempt, and explores its dogmatic foundation and relevance within contemporary Ecuadorian criminal law. In the current legal context, the coexistence of different theoretical approaches creates uncertainty when jurists interpret and apply the regulation of attempts established in the *Organic Integral Criminal Code (Código Orgánico Integral Penal, COIP)*, complicating the development of a consistent and reliable criterion to determine when conduct qualifies as a punishable attempt. The main objective focuses on assessing whether the subjective interpretation formulated by the Argentine scholar Marcelo Sancinetti provides stronger theoretical and practical coherence to Article 39 of the COIP.

The research adopts a qualitative methodology with a descriptive, hermeneutic, and comparative orientation, drawing on criminal law doctrine, national and foreign legislation, and judicial reasoning. The findings indicate that the COIP incorporates a hybrid model that integrates both objective and subjective elements, yet leaves interpretative gaps that obstruct the distinction between preparatory and executive acts. The analysis also shows that the subjective approach, by emphasizing the agent's intentional decision rather than the material outcome, reinforces the dogmatic consistency of the criminal system and aligns with the principles of culpability and proportionality.

The study concludes that interpreting Article 39 through a subjective lens reduces normative ambiguity, promotes a fairer application of criminal law, and strengthens the protection of legally recognized interests, while honoring the principle of minimal intervention and supporting coherent judicial analysis in practice.

Keywords: Attempt, Ecuadorian criminal law, punishable attempt, disvalue of action, objective theory, subjective theory.

Approved by



Lcda. Mónica Martínez Sojos, PhD (C)
Cod. 29598

ÍNDICE DE CONTENIDO

DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTO	iii
RESUMEN:	iv
ABSTRACT:	v
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPITULO 1.....	3
1. Fundamentos teóricos y Dogmáticos de la Tentativa.....	3
1.1 Antecedentes históricos de la tentativa	3
1.2 Concepto de la tentativa.....	5
1.3 Evolución de la tentativa en el Ecuador.	8
1.3.1 Evolución de la tentativa en otras legislaciones.	11
1.3.2 Etapas De Desarrollo En La Tentativa: Elementos Estructurales	15
1.4 Corrientes Teóricas Sobre La Tentativa: Objetiva, Subjetiva y Mixta	17
1.4.1 Teoría Objetiva	17
1.4.2 Teoría Subjetiva	19
1.4.3 Teoría Mixta.....	20
Capítulo 2 La Tentativa en el Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano (COIP).....	25
2.1 Regulación Normativa: Análisis del Artículo 39 del COIP	26
2.2 Principios del derecho penal en el Ecuador	27
2.3 Ambigüedades Normativas y Desafíos Interpretativos.....	28
Capítulo 3. La Corriente Subjetiva como Propuesta Interpretativa para la Tentativa en Ecuador. 31	
3.1 Fundamentos de la teoría subjetiva de Marcelo Sancinetti	32
3.2 El disvalor de la acción frente al disvalor del resultado	34
3.2.1 Aplicación del disvalor de la acción al artículo 39 del COIP	36
3.3 Análisis jurisprudencial ecuatoriano: ambigüedades del artículo 39 del COIP	37
3.3.1 Derecho comparado: la tentativa en otras legislaciones.....	40
3.4 Reinterpretación subjetiva del Artículo 39 del COIP: Fundamentación y Aplicabilidad	41
CONCLUSIONES	44
RECOMENDACIONES	45
Referencias	46

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1.....	27
--------------	----

INTRODUCCIÓN

El Derecho penal es el instrumento mediante el cual el Estado establece límites a las conductas que pueden poner en riesgo los bienes jurídicos fundamentales para la convivencia social y la estabilidad del orden público. Para ello, define las conductas prohibidas, fija las sanciones correspondientes y determina las condiciones bajo las cuales puede intervenir el poder punitivo. Dentro de la estructura del delito, la tentativa ocupa un lugar de especial relevancia, pues se relaciona con la punición de actos que no llegan a consumar el resultado típico, pero que expresan una voluntad orientada a la infracción de la norma. Esta característica ha generado un debate constante en la dogmática penal acerca de qué elemento debe prevalecer para justificar su sanción: el resultado efectivamente producido o la decisión voluntaria de realizar el hecho ilícito.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, la tentativa se encuentra prevista en el artículo 39 del Código Orgánico Integral Penal. Sin embargo, la formulación normativa presenta una estructura mixta en la que convergen criterios objetivos y subjetivos, lo que ha originado interpretaciones diversas e incluso contradictorias en la práctica judicial. Esta situación ha dificultado el establecimiento de criterios uniformes para distinguir entre actos meramente preparatorios y actos de ejecución punible, generando incertidumbre respecto al alcance de la intervención penal en conductas incompletas. Dicha incertidumbre afecta la seguridad jurídica, el respeto al principio de legalidad y la coherencia interna del sistema penal.

Ante esta problemática, el presente trabajo tiene como propósito evaluar la compatibilidad de la corriente subjetiva de la tentativa con los principios del Derecho penal ecuatoriano y su viabilidad para una aplicación coherente en el sistema jurídico nacional. En función de ello, se propone analizar la regulación de la tentativa en el artículo 39 del COIP, identificando sus vacíos y ambigüedades, y plantear lineamientos doctrinales e interpretativos que contribuyan a una aplicación más uniforme, técnica y garantista de la figura desde una perspectiva subjetiva.

La investigación emplea una metodología de enfoque cualitativo, con análisis descriptivo, hermenéutico y comparado, sustentado en doctrina penal clásica y contemporánea, normas nacionales y extranjeras, así como pronunciamientos jurisprudenciales relevantes. Con este enfoque se busca aportar no solo a la comprensión conceptual de la tentativa, sino también a su

aplicación judicial desde principios como culpabilidad, proporcionalidad y mínima intervención, fortaleciendo la legitimidad y coherencia del Derecho penal ecuatoriano.

Esta tesis se organiza en tres capítulos, el primero desarrolla los fundamentos teóricos y dogmáticos de la tentativa. Se examinan sus antecedentes históricos, la evolución conceptual en distintas etapas del pensamiento penal y su desarrollo en la legislación ecuatoriana. Además, se presentan y contrastan las principales corrientes doctrinales que explican la naturaleza de la tentativa, destacando las posiciones objetiva, subjetiva y mixta, así como sus implicaciones en la determinación de la punibilidad.

El segundo aborda la regulación de la tentativa en el Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano, con énfasis en el análisis del artículo 39. Se consideran los principios estructurales del Derecho penal en el Ecuador y se identifican los desafíos interpretativos que surgen de la coexistencia de criterios objetivos y subjetivos dentro de la norma, especialmente en la distinción entre actos preparatorios y actos ejecutivos.

El último capítulo presenta la corriente subjetiva como propuesta interpretativa para la tentativa en el contexto ecuatoriano. Se exponen los fundamentos teóricos desarrollados por Marcelo Sancinetti, el rol del disvalor de la acción frente al resultado y su aplicación al artículo 39 del COIP. Asimismo, se realiza un análisis jurisprudencial y comparado, que evidencia ambigüedades en la práctica judicial, para finalmente proponer una reinterpretación subjetiva que fortalezca la coherencia dogmática y la proporcionalidad sancionatoria.

CAPITULO 1

1. Fundamentos teóricos y Dogmáticos de la Tentativa.

1.1 Antecedentes históricos de la tentativa

El estudio de la tentativa en el derecho penal evidencia la preocupación por sancionar conductas criminales no consumadas no es un fenómeno reciente, sino que sus raíces se originan en la Antigüedad. Desde entonces, varios sistemas jurídicos han intentado resolver la pregunta central: ¿debe castigarse a quien no ha logrado consumir un delito, y en el caso de hacerlo, bajo qué fundamentos?

Uno de los primeros aparecimientos históricos de la tentativa se encuentra en la obra de Cicerón. En sus *Catilinarias*¹, pronunciadas en el año 63 a. C., el jurista y político romano empleó el término *conatus*² para describir el intento frustrado de asesinato del que había sido víctima. Este episodio constituye una de las primeras referencias al fenómeno de la tentativa, aun cuando no existiera en ese momento un concepto jurídico sistemático. Con este precedente se pone de manifiesto que, ya en la Roma republicana, existía cierta conciencia sobre la relevancia jurídica de los actos delictivos que, aunque incompletos, revelaban una voluntad criminal.

El origen de la tentativa como problema jurídico como tal puede encontrarse en la filosofía y el derecho de la Antigüedad. Cicerón (1961), en sus célebres *Catilinarias*, al referirse al plan de asesinato que no fue consumado y del que fue víctima, empleó por primera vez la noción de *contatus* para describir un acto criminal frustrado. Este antecedente señala que en la antigua Roma ya se reconocía la importancia de sancionar ciertos comportamientos inacabados, no tanto por el daño que producían, sino por la voluntad delictiva que revelaban.

Es menester hacer mención a la filosofía griega que también, por aquí también se encuentran referencias a la problemática. Platón, en su obra *Las Leyes*³, analizó la tentativa de homicidio y propuso un sistema de sanciones diferenciadas según la relación entre autor y víctima. En este sentido Platón (1960) distinguía la tentativa de homicidio de acuerdo con la relación que

¹ Las *Catilinarias* son cuatro discursos del orador romano Cicerón, pronunciados en el año 63 a. C. para denunciar y reprimir una conjura liderada por Lucio Sergio Catilina que pretendía tomar el poder de la República Romana por la fuerza.

² El *conatus* se refiere al esfuerzo que cada cosa realiza por perseverar en su propio ser. Es una tendencia innata que impulsa a todos los seres a mantenerse y aumentar su potencia o capacidad de acción.

³ En su obra *Las Leyes*, Platón discute el homicidio, distinguiendo entre casos como la defensa propia, la venganza por honor, y el homicidio de parientes (parricidio), que conlleva la pena de muerte.

existiera entre autor y víctima, previendo sanciones diferentes en cada caso. Este aporte demuestra que la tentativa no se concebía solo como un fracaso en la consumación, sino como un comportamiento autónomo con consecuencias jurídicas y morales.

En el derecho romano, aunque no existía todavía una categoría general que abarcara a la tentativa, se sancionaban ciertos comportamientos concretos que hoy podrían ser calificados como tentativos. Según Reyes (2014), el derecho romano conoció algunas hipótesis que podrían asimilarse a la tentativa, pero no configuró una categoría autónoma que abarcara todos los intentos de delito. De este modo, el tratamiento de la tentativa fue más bien fragmentario y casuístico⁴, sin llegar a conformar una doctrina uniforme.

Durante la Edad Media, el derecho canónico y la escolástica también aportaron reflexiones importantes. Si bien no existía un concepto técnico de tentativa, se discutía sobre la culpabilidad del pecador que había tomado la decisión de delinquir, aunque no llegara a ejecutar plenamente el acto. Estas reflexiones, de corte moral y religioso, influyeron posteriormente en la construcción dogmática de la tentativa dentro del derecho penal moderno.

Con el surgimiento de la codificación penal en Europa, la tentativa adquirió finalmente una regulación expresa y sistemática. Reyes (2014) destaca que, a partir de la codificación penal en Europa continental, la tentativa se consolidó como una forma imperfecta de ejecución, distinta de los actos preparatorios. Este proceso de sistematización permitió diferenciar con mayor claridad entre las fases preparatorias, que se mantuvieron como impunes, y la tentativa propiamente dicha, que pasó a tener consecuencias penales específicas.

El Código Penal francés de 1810 fue uno de los primeros en reconocer de manera explícita la punibilidad de la tentativa, influyendo en otros sistemas jurídicos de Europa y América Latina. En adelante, la mayoría de legislaciones de tradición continental incluyeron la figura, aunque con matices distintos respecto a su definición y punibilidad. En el caso ecuatoriano, los primeros códigos penales también recogieron esta influencia europea. El Código Penal de 1872 ya contemplaba la tentativa como una forma de ejecución imperfecta, aunque sin una delimitación exhaustiva. Posteriormente, los códigos de 1938 y 1971 fueron precisando su alcance, hasta llegar al Código Orgánico Integral Penal (2014), en su artículo 39⁵ define claramente la tentativa como

⁴ La casuística es el estudio de casos particulares para resolver problemas en un campo determinado, aplicando reglas generales a situaciones específicas.

⁵ **Código Orgánico Integral Penal (2014)** Art. 39.- "Tentativa es la ejecución que no logra consumarse o cuyo resultado no llega a verificarse por circunstancias ajenas a la voluntad del autor, a pesar de que de manera dolosa inicie

la iniciación de la ejecución de un delito doloso que no llega a consumarse por causas ajenas a la voluntad del autor.

Estos antecedentes históricos muestran que la tentativa tiene menciones literarias y filosóficas (Cicerón, Platón), pasando por sanciones casuísticas en el derecho romano, reflexiones éticas del derecho canónico⁶ y la escolástica, hasta convertirse en una institución jurídica consolidada con la codificación penal moderna. Como afirma Reyes (2005), la tentativa se ha convertido en una de las piedras de toque del derecho penal, porque pone a prueba los límites entre lo punible y lo impune.

En consecuencia, el desarrollo de la tentativa como figura autónoma dentro del derecho penal fue un proceso lento que tomó siglos en consolidarse. En el Derecho Romano, predominaba el principio según el cual no existía delito si no se verificaba una acción externa que produjera un daño concreto, razón por la cual no se estableció una distinción precisa entre la consumación y la tentativa. Este enfoque respondía a una visión material del delito, centrada en el resultado y no en la voluntad interna del autor.

1.2 Concepto de la tentativa

Como explica la autora Figueroa (2018) la tentativa se entiende como el conjunto de acciones dirigidas a cometer un delito que, por causas externas al autor o por su propia circunstancia, no llega a consumarse. Para su análisis es necesario considerar la tipicidad⁷, la cual se compone de una dimensión objetiva y otra subjetiva.

La doctrina predominante sostiene que en la tentativa el tipo objetivo se encuentra incompleto, es decir, uno de los elementos relacionados con la conducta no se cumple. La controversia surge respecto al tipo subjetivo: algunos autores consideran que el dolo está completo, mientras que otros opinan que también está incompleto, dado que la intención de realizar el injusto no se concretó.

la ejecución del tipo penal mediante actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito. En este caso, la persona responderá por tentativa y la pena aplicable será de uno a dos tercios de la que le correspondería si el delito se habría consumado. En este caso, la persona responderá por tentativa y la pena aplicable será de uno a dos tercios de la que le correspondería si el delito se habría consumado. Las contravenciones solamente son punibles cuando se consuman”.

⁶ El derecho canónico es el sistema de leyes que rige a la Iglesia Católica, mientras que la escolástica fue la corriente filosófica y teológica de la Edad Media que buscaba reconciliar la fe y la razón.

⁷ La tipicidad es el principio jurídico en virtud del cual una conducta (una acción u omisión) debe ajustarse de manera exacta a la descripción de un comportamiento prohibido que se encuentra establecido en la ley penal o sancionatoria.

Se considera tentativa cuando el autor ha puesto en práctica los medios seleccionados para lograr su objetivo, pero este no se consuma por causas externas a su voluntad (Figueroa, 2018). Esta fase es punible, ya que representa un riesgo para el bien jurídico protegido. En contraste, la tentativa inidónea ocurre cuando la acción no puede generar daño al bien jurídico, como en el caso de quien dispara un arma con balas de fogueo con la intención de matar: esta conducta, según la legislación, no se sanciona.

Merchán (2011) manifiesta que los inicios de la humanidad, cuando el hombre luchaba por su supervivencia, se cometían diversos actos, entre los cuales algunos eran considerados no permitidos o ilícitos. Con el transcurso de los siglos, estas acciones comenzaron a denominarse actos antijurídicos, aquellos contrarios a la ley, que eventualmente pasarían a identificarse como delitos en el sentido moderno del término.

Así mismo, menciona que, en épocas primitivas, la distinción entre lo bueno y lo malo no era una preocupación del ser humano; lo fundamental para él era simplemente sobrevivir. Sin embargo, con el paso del tiempo, muchas de estas acciones inicialmente inconscientes adquirieron un carácter más peligroso, pues dejaron de afectar únicamente la propiedad ajena y comenzaron a poner en riesgo la vida humana, incrementando su gravedad y su repercusión social.

La autora antes mencionada, también propone que el delito, dejó de ser considerado únicamente como un acto aislado y comenzó a constituirse en un objeto de estudio sistemático. En este sentido surgieron diversos procedimientos de análisis, entre los cuales se destaca el enfoque analítico desarrollado por los autores clásicos, y perfeccionado posteriormente por Beling y otros doctrinarios alemanes. Estos estudios coincidían en definir el delito como un ataque prohibido contra un bien jurídico, entendiendo este bien como la representación legal de un hecho ilícito transformado en delito conforme a la legislación penal vigente.

De lo anterior se deduce que en nuestro mundo existen exteriorizaciones derivadas tanto de la naturaleza como del actuar humano, siendo este último dotado de inteligencia y voluntad. No obstante, no todas las manifestaciones humanas resultan de interés para el derecho. Este se ocupa únicamente de aquellas conductas que mantienen alguna relación con él, distinguiendo entre comportamientos que se encuadran dentro del marco jurídico y aquellos que no. Dentro de los

primeros se encuentran los ilícitos regulados en distintas áreas del derecho, como el civil, mercantil, laboral y penal, considerando delitos a ciertos actos y acciones como conductas típicas y antijurídicas, debidamente sancionadas.

Ahora bien, surge la interrogante; ¿Por qué aparece o nace el delito? Se puede afirmar que en toda sociedad ya sea un grupo pequeño o un conglomerado de personas surgen hechos contrarios al bien común. Acciones como asesinatos, robos, hurtos, violaciones, estafas y otros delitos, son consecuencia de conflictos intersubjetivos de interés. Por ello, el delito debe entenderse como un fenómeno social que surge dentro de la colectividad y no exclusivamente del individuo. Lo que proviene del ser humano como individuo es su voluntad libre para delinquir o abstenerse de hacerlo (Merchán, 2011).

La tentativa, entendida como la exteriorización de la voluntad criminal que no llega a consumarse por circunstancias ajenas a la voluntad del autor, ha tenido un desarrollo histórico tanto en la doctrina universal como en la legislación ecuatoriana.

En el plano internacional, ya desde el Derecho Romano se sancionaban ciertas conductas que hoy corresponderían a la tentativa, aunque sin configurarla como figura autónoma. No fue sino hasta el Derecho penal moderno, con la influencia del pensamiento ilustrado, que se consolidó la idea de reconocer un espacio normativo específico para punir estos actos incompletos (Reyes, 2014).

El derecho penal como explica Bramont-Arias (2002) de manera general, agrupa todas aquellas normas que regulan conductas sancionadas con penas o medidas de seguridad y corrección, acciones que se reconocen específicamente como delitos. En este sentido, el delito representa la manifestación concreta de lo que el derecho penal busca controlar. Asimismo, se ha señalado que el derecho puede concebirse como un orden coactivo, que establece los comportamientos que la sociedad espera de sus miembros en un determinado momento, al tiempo que define las sanciones aplicables ante el incumplimiento o transgresión de dichas normas. A partir de este poder, el Estado establece el marco jurídico necesario que regirá la conducta de los miembros de su comunidad, con el propósito de garantizar una convivencia social ordenada. Este control jurídico tiene como finalidad principal prevenir y desalentar la comisión de delitos,

asegurando que las normas implantadas contribuyan al mantenimiento del orden y la seguridad dentro de la sociedad.

En última instancia, la autora Alba (2017) nos dice que la finalidad del derecho penal consiste en garantizar la protección de los valores fundamentales que sustentan la vida de los seres humanos dentro de la sociedad. Con el objetivo de asegurar la defensa efectiva de estos bienes jurídicos, el derecho penal establece prohibiciones y sanciones frente a cualquier acción u omisión que los menoscabe o ponga en riesgo. Dichas conductas, al contravenir los valores esenciales protegidos por la ley, reciben la calificación de delitos, convirtiéndose en el objeto central de intervención del sistema penal

1.3 Evolución de la tentativa en el Ecuador.

Resulta relevante analizar la evolución de la figura de la tentativa en la legislación penal ecuatoriana, con el fin de comprender cómo ha sido conceptualizada y regulada a lo largo de la historia del país. La primera referencia formal se encuentra en el Código Penal de 1837, sancionado el 17 de abril de ese año por la legislatura ecuatoriana, en el cual ya se podían identificar las instituciones relativas a la tentativa, constituyendo un antecedente fundamental para el estudio de esta figura en el marco del derecho penal ecuatoriano.

A lo largo de la evolución jurídica, se advierte que transcurrieron siglos antes de que se consolidara una noción clara de lo que hoy se entiende por tentativa. En el Derecho Romano predominaba el principio según el cual no existía delito si no se verificaba una actividad externa que ocasionara un daño concreto, razón por la cual no se estableció una distinción precisa entre consumación y tentativa. Como sostienen Capobianco y Ferrini, en este sistema jurídico se llegó a concebir la tentativa como equivalente a la consumación, sancionando ambas figuras en atención al resultado producido o al riesgo generado.

El Código Penal ecuatoriano sufrió sus primeras modificaciones y reformas el 17 de junio de 1843. Entre los cambios más relevantes se encuentran la incorporación de la pena de muerte, así como la plena imputabilidad de responsabilidad penal a los menores de edad, aunque con la particularidad de que las sanciones se aplicaban de manera reducida en este grupo poblacional. Estas modificaciones representaron un avance en la estructuración del sistema penal, ajustando la legislación a nuevas concepciones de justicia y de control social.

Durante la presidencia del Doctor Gabriel García Moreno, que abarcó de 1860 a 1875, se promulgó el segundo Código Penal de la República, editado en 1871. Este cuerpo normativo se fundamentó en el espíritu religioso del mandatario, estableciendo claramente la protección de la religión oficial y sancionando no solo el delito de abolir o alterar la fe oficial, sino también la tentativa de este tipo de infracción, imponiendo incluso la pena de muerte en tales casos (Merchán, 2011).

En este segundo ordenamiento jurídico, la figura de la tentativa entendida como infracción incompleta o inconclusa se incorporó de manera detallada. Más allá de las concepciones generales, el código estableció tipificaciones específicas de delitos de tentativa a lo largo de sus diferentes libros, títulos y capítulos. Cabe destacar que estaba compuesto por diez libros, y en el primer libro, que abordaba las infracciones y penas en general, el artículo 7 señalaba que la tentativa sería punible cuando la resolución de cometer un crimen o delito se manifestaba mediante actos exteriores que constituían el principio de ejecución, los cuales se interrumpían únicamente por causas ajenas a la voluntad del autor.

El artículo 8 se refería al arrepentimiento y al desistimiento involuntario, mientras que el artículo 9 regulaba la punición de la tentativa en función de cada tipo penal específico. Así, este código contemplaba la tentativa en delitos como falsificación e imitación (artículos 183, 187, 189, 197, 205, 208 y 209), delitos contra el orden público cometidos por funcionarios o particulares (artículos 278, 296 y 297), aborto (artículos 371 al 376) y crímenes contra las personas, como el homicidio (artículo 441), entre otros.

El autor Mañalich (2022), nos explica que la tentativa se ha concebido como una modalidad particular de manifestación del hecho punible. Esta figura no constituye un delito autónomo, sino más bien una forma subordinada y derivada, cuya naturaleza depende del vínculo que guarde con el tipo penal correspondiente, el cual sí se erige como un título independiente de punibilidad. De ahí que la tentativa no sea considerada un "delito de tentativa", sino más bien la tentativa de un delito específico.

En una definición rigurosa del tipo penal, la característica esencial de la tentativa es que la conducta realizada no llega a configurarse como la ejecución plena y antijurídica del tipo penal. Desde esta perspectiva, la tentativa se diferencia justamente por no adecuarse de manera completa al tipo, es decir, por su carácter de atipicidad respecto a la figura delictiva, aunque manteniendo una referencia directa a ella.

Por otro lado, el tercer Código Penal, dictado en 1938 bajo la presidencia del General Alberto Enríquez Gallo, se caracterizó por organizar la materia penal de acuerdo con la responsabilidad del agente. En esta normativa se descriminalizaron las infracciones cometidas por menores de edad, quienes a partir de entonces contaron con un Código de Menores propio, con su correspondiente régimen de penas, reconociendo la necesidad de un tratamiento diferenciado para la juventud y consolidando la tendencia hacia la humanización y especialización del derecho penal ecuatoriano.

Mañalich (2022) menciona que, la tentativa constituye un delito específico, ya que se sitúa entre la fase de preparación, que no es punible, y la consumación del delito, momento en el cual se configura plenamente la infracción. En este sentido, se considera que son actos de tentativa aquellos que se realizan desde el instante en que el autor inicia la ejecución del hecho delictivo hasta el punto inmediatamente anterior a su consumación, es decir, antes de que el resultado final se concrete. Esta característica distingue claramente la tentativa de otras fases de la acción delictiva, delimitando el ámbito de su punibilidad dentro del proceso penal.

Así mismo el autor nos explica que, la tentativa como la comisión de un delito que no llega a consumarse, en los términos previamente expuestos, y considerando que la consumación depende de que la conducta efectivamente se ajuste a la descripción típica que se le atribuye, la verificación de la existencia de una tentativa únicamente puede realizarse con una valoración posterior al hecho. Solo mediante este análisis ex post es posible determinar con certeza si la conducta enjuiciada se adecúa o no a la descripción legal que la transformaría en una realización antijurídica del tipo penal correspondiente.

Entonces, la tentativa se entiende como un delito incompleto debido a que el autor posee pleno conocimiento del tipo objetivo delictivo, así como la voluntad y conciencia de cometer el delito, pero no logra consumarlo porque las circunstancias necesarias para su ejecución no se presentan según lo previsto por el infractor. De este modo, aunque la intención y la planificación delictiva están presentes, la realización del hecho se ve interrumpida por factores externos o imprevistos, reafirmando la naturaleza inacabada de este tipo de infracción y justificando su regulación diferenciada dentro del derecho penal.

Posteriormente, el cuarto Código Penal fue del año 1971, entro en vigencia el 22 de enero de ese año, fue durante más de cuatro décadas la brújula que orientó el rumbo de la justicia penal ecuatoriana. Se recogió como un cuerpo normativo de corte clásico, inspirado en modelos

Europeos, que recogía los principios fundamentales de legalidad y tipicidad, a lo largo de su vigencia, este código fue objeto de múltiples reformas, cada una como un intento de actualizar sus disposiciones frente a los nuevos desafíos sociales, pero su estructura conservadora reflejaba la tradición jurídica de la época.

Más que un simple compendio de normas, el Código de 1971 se convirtió en una especie de testigo de la evolución del país: de los cambios políticos, de la transformación de las costumbres y de la necesidad creciente de modernizar la justicia. En su título II, artículo 16⁸, se regulaban, las modalidades de participación criminal y las figuras imperfectas de ejecución, como la tentativa, que eran concebidas como pasos intermedios hacia la consumación del delito. Sin embargo, su lenguaje y sistemática dejaban entrever limitaciones frente a los nuevos paradigmas constitucionales y de derechos humanos que surgirían en el siglo XXI.

Finalmente, el quinto Código Penal fue el del año 2014, llamado Código Orgánico Integral Penal, el cual entró en vigencia el 10 de agosto de 2014, durante la presidencia de Rafael Correa Delgado, sustituyó al antiguo Código Penal de 1971 y al Código de Procedimiento Penal, integrando en un solo cuerpo legal las materias penales, procesal penal, de ejecución de penas y de infracciones de tránsito. El COIP se estructura en cinco libros, organizados en 46 títulos y más de 400 artículos, que abarcan desde las disposiciones generales hasta las normas relativas a las infracciones y sus sanciones, los procedimientos penales, las reglas de ejecución de penas y la normativa en materia de tránsito. Con su entrada en vigor, Ecuador dio un paso hacia la unificación y modernización de su legislación penal, alineándola con los principios constitucionales de 2008 y con estándares internacionales de protección de derecho.

1.3.1 Evolución de la tentativa en otras legislaciones.

En el contexto del Derecho Germánico, la figura de la tentativa inicialmente no fue reconocida como una categoría autónoma dentro del sistema penal. No obstante, con el paso del tiempo y el avance en la codificación y sistematización de este ordenamiento jurídico, se adoptó una postura más avanzada que equiparaba la tentativa al delito consumado, asignándole un valor jurídico y sancionatorio equivalente. Esta evolución reflejó una comprensión más detallada de la intención delictiva y del riesgo que representa la conducta humana, reconociendo que, aunque el

⁸ **Código Penal (1971)** Art. 16.- "Quien practica actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito, responde por tentativa si la acción no se consuma o el acontecimiento no se verifica. Si el autor desiste voluntariamente de la acción está sujeto solamente a la pena por los actos ejecutados, siempre que éstos constituyan una infracción diversa, excepto cuando la Ley, en casos especiales, califica como delito la mera tentativa".

resultado final no se haya materializado, la acción merece ser regulada y sancionada en función de su peligrosidad

Por otro lado, en el Derecho Longobardo, la tentativa era percibida como menos grave que el delito consumado. Debido a esta concepción, se decidió regularla como un atenuante, sin conferirle identidad propia como figura jurídica autónoma. Esta distinción reflejaba una visión más restrictiva sobre la punibilidad de los actos incompletos, considerando que la mera intención o los pasos iniciales hacia la comisión de un delito no justificaban, en sí mismos, la imposición de la pena completa. Así, la regulación longobarda se centraba en valorar el grado de concreción del acto delictivo, situando la tentativa en un nivel de menor reproche penal.

Un avance significativo se produjo con el Código de la Carolina, promulgado por Carlos V, considerado el primer texto que en su artículo 178 formuló una definición de tentativa. Allí se recogieron los elementos esenciales de esta figura: la realización de actos externos que revelan la voluntad criminal y la falta de consumación por causas ajenas al autor. Esta normativa influyó notablemente en los códigos penales de los estados alemanes, donde se estableció que, si alguien intentaba cometer un acto ilícito mediante obras externas apropiadas para su consumación, pero era impedido contra su voluntad, debía ser sancionado penalmente en atención a la voluntad maliciosa expresada y a las circunstancias del caso.

Desde el punto de vista estructural la tentativa es un delito completo, pues reúne todos los elementos esenciales de la infracción penal: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. La diferencia radica en que, a nivel de la objetividad jurídica, la tentativa no produce una lesión efectiva sobre el bien jurídico tutelado. El autor Pavón (1974) afirma que cualquier definición de la tentativa debe formularse siempre en función del delito consumado. Por ello, la califica como un delito de carácter secundario o imperfecto, ya que, al carecer de la consumación, su existencia se encuentra condicionada por el tipo penal que la regula.

En consecuencia, la naturaleza jurídica de la tentativa se comprende como la manifestación incompleta del delito, que refleja el incumplimiento de algunos de los presupuestos esenciales de la infracción penal. Mientras que en el delito consumado se cumplen plenamente todos los elementos del tipo, en la tentativa se observa únicamente el inicio del camino hacia esa consumación, lo que justifica su calificación como una forma imperfecta delictiva (Reyes, 2014).

La autora Silva (2019) menciona que debe destacarse que la tentativa solo adquiere relevancia a partir de su necesaria conexión con la norma penal que tipifica la conducta principal, pues es dicha norma la que le otorga el poder de sancionar. En ausencia de esta vinculación normativa, la tentativa carecería de ilicitud y no podría ser reprimida jurídicamente.

Así para Mata & Martin (2024), la tentativa constituye el verdadero inicio de ejecución del delito. Aunque no se verifique la consumación, ese comienzo de ejecución ya representa una afectación al bien jurídico, al menos bajo la forma de un riesgo concreto para su preservación. De ahí que se reconozca que la tentativa no es una mera intención interna, sino una conducta objetivamente peligrosa y jurídicamente reprochable.

Por último, para que exista tentativa, la falta de consumación debe derivar de circunstancias ajenas a la voluntad del autor. Si la interrupción del curso delictivo se produce por un desistimiento voluntario, ya no se estaría frente a una tentativa, sino ante una figura distinta que responde a otra categoría dogmática y que excede el objeto de este análisis (Yáñez, 2021).

De lo expuesto, Reyes (2014) nos dice que la tentativa puede definirse de manera sintética como la ejecución incompleta de un delito, dado que constituye una etapa dentro del proceso delictivo. En este sentido, se la concibe como un delito imperfecto o inacabado, cuya característica esencial es la ausencia de un daño inmediato o material sobre el bien jurídico.

Es preciso señalar que, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos contemporáneos, la tentativa ha sido objeto de debate por parte de la doctrina penal. Aunque han surgido múltiples definiciones y críticas en torno a esta figura, no existe aún un consenso absoluto respecto a su formulación conceptual. Lo que sí se reconoce es una coincidencia en su esencia: la tentativa es siempre una infracción inacabada que responde a circunstancias externas al autor (Yáñez, 2021).

En definitiva, de la revisión doctrinal se desprende un punto común: la tentativa constituye una infracción no consumada por causas ajenas a la voluntad del agente, lo que impide la realización plena de su propósito delictivo y la materialización del daño, pero que de todas formas genera un riesgo relevante para el bien jurídico protegido.

Posteriormente, el Código Josefino de 1787 profundizó en esta construcción al señalar que, para sancionar la tentativa, era necesario constatar la realización de actos encaminados directamente a la consumación del delito. Esta postura fue retomada y consolidada por la ley francesa del año IV, el Código Francés de 1810, el Código Sardo y otras legislaciones posteriores, las cuales incorporaron como elementos diferenciadores de la tentativa la existencia de actos preparatorios y el inicio de la ejecución.

La tentativa ha sido, a lo largo de la evolución histórica del Derecho Penal, reconocida como una forma imperfecta del delito, caracterizada porque el autor, actuando con dolo, da inicio a la ejecución de actos que encuadran en un tipo penal, pero sin llegar a producir el resultado previsto, ya sea por la intervención de circunstancias ajenas a su voluntad o por la interrupción del proceso delictivo. Desde la perspectiva del Derecho Penal clásico, juristas de la talla de Feuerbach y Carrara identificaron la tentativa como una expresión concreta de peligrosidad criminal, otorgándole una relevancia jurídico-penal propia. En el marco de la doctrina penal contemporánea, Bucheli (2023) sostiene que la justificación de la punibilidad de la tentativa se encuentra en la existencia del desvalor de la acción, lo que implica que, aun sin la producción efectiva del resultado lesivo, la conducta conserva un reproche jurídico por el peligro real que genera. De este modo, la tentativa se erige como una manifestación inequívoca de la voluntad criminal del sujeto activo, quien debe ser objeto de sanción penal no por el daño finalmente causado, sino por el riesgo cierto e inmediato que su conducta representa para los bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento.

Su trabajo profundiza en la problemática que surge en torno a la distinción clara y precisa que debe existir entre estas figuras jurídicas, así como en el tratamiento adecuado que debe darse en aquellos casos en los cuales estas conductas derivan de una incapacidad mental del sujeto. En este sentido, Torres (2014) entiende que para instrumentalizar y reconocer correctamente la figura de la tentativa es fundamental comprender los momentos que componen el *iter criminis*⁹, lo cual permite diferenciar en qué etapa exacta se encuentra la conducta del autor.

Según este enfoque, la tentativa se manifiesta cuando el agente ha superado la etapa de los actos preparatorios y entra en una fase posterior, en la cual inicia una serie de acciones encaminadas directamente hacia la ejecución del delito. Los actos preparatorios, como lo señala los autores Mata & Martín (2024), comprenden la actividad preliminar realizada por el autor para

⁹ *Iter criminis* es un término incluido en el derecho penal y que hace referencia al camino que un sujeto activo, es decir, un delincuente, sigue desde el instante en que la idea delictiva surge en su mente hasta la consumación de la misma.

reunir y recopilar los instrumentos necesarios, así como para buscar y asegurar las circunstancias más adecuadas y convenientes para llevar a cabo el delito que ha planificado cometer. Estas actividades preparatorias no son aún punibles, pues no amenazan de manera directa el bien jurídico protegido, pero constituyen el paso previo y esencial para el inicio de la tentativa, que sí implica un riesgo real para el orden jurídico.

1.3.2 Etapas De Desarrollo En La Tentativa: Elementos Estructurales

En este apartado conviene remitirse al derecho comparado, el cual señala que la tentativa se estructura en dos elementos fundamentales: primero, los llamados *actos preparatorios*, y segundo, lo que se denomina *comienzo de ejecución*. En este sentido para Merchán (2011), la tentativa se manifiesta cuando el autor ingresa en la fase de actos preparatorios, compuesta por aquellas actividades destinadas a reunir y organizar los medios, así como a buscar las condiciones más favorables para la realización del hecho delictivo que se ha planificado.

Posteriormente, el agente alcanza la segunda etapa, conocida como comienzo de ejecución, que se da cuando efectivamente inicia la acción que constituye la infracción de la norma penal. No obstante, como han señalado numerosos autores, en la práctica resulta muy difícil precisar con exactitud el momento en que se produce esta actividad ejecutiva, considerando los elementos y fases que conforman la estructura del delito.

Desde una perspectiva cronológica, los actos se clasifican según su proximidad al resultado: los remotos corresponden a la fase preparatoria, mientras que los próximos al resultado, aunque no se haya producido, sí haya sido deseado o querido por el autor se consideran actos de ejecución.

Cuando hablamos de actos preparatorios nos referimos a aquellas conductas que, por su carácter previo, no constituyen la ejecución directa del fin perseguido, sino que están orientadas a facilitar la realización del delito mediante la recopilación de los medios necesarios y la creación de condiciones que permitan alcanzar el resultado deseado por el autor. Se puede afirmar que los actos preparatorios conforman una fase externa del *íter críminis*, y que, a pesar de los numerosos intentos de delimitarla, resulta complejo determinar con precisión el límite que separa la mera preparación de la ejecución efectiva del delito (Figueroa, 2018).

Se estableció una distinción absoluta, señalando que estos actos carecen de cualquier principio de ejecución; incluso si hay consentimiento o aceptación del autor, no deben considerarse tentativa, dado que no existe un peligro real e inmediato, y aun cuando pudiera percibirse, deben permanecer impunes al tratarse de actos equívocos cuyo fin delictivo no está asegurado.

La autora Merchán (2011) en su investigación nos menciona que, en la mayoría de los códigos penales, la punición de los actos preparatorios se condiciona a que estén dirigidos de manera inequívoca a la comisión de un delito. Por ello, solo en casos excepcionales y para ciertos delitos podrán ser sancionados, no constituyendo una regla general. No se contempla la tentativa en delitos culposos ni en contravenciones, ya que estas últimas se sancionan únicamente cuando son consumadas, y en los delitos culposos no existe intención de delinquir. Asimismo, los delitos preterintencionales tampoco admiten tentativa, pues el resultado excede lo querido por el autor.

Para que se configure la tentativa es indispensable la presencia de dolo directo, es decir, una intención clara y sin dudas. En el caso del dolo eventual, el resultado se considera solo posible, y solo los actos próximos a la ejecución pueden adquirir el carácter de tentativa, ya que en los actos remotos siempre existe la posibilidad de desistimiento durante el largo proceso que conduce a la consumación del delito (Merchán, 2011).

La misma autora, en su investigación nos explica sobre el comienzo de ejecución, o actos ejecutivos, se caracterizan por su univocidad, ya que por sí mismos reflejan objetivamente la intención del autor de delinquir y, por tanto, implican un riesgo real de causar daño.

De este modo, se evidencia un contraste con los actos preparatorios: en los actos ejecutivos existe certeza sobre la intención y voluntad del agente de cometer el delito, mientras que, en los preparatorios, al ser equívocos, no se verifica esta convicción, lo que implica que solo los primeros conllevan un peligro concreto. Se considera que hay comienzo de ejecución cuando el autor penetra en el núcleo del tipo penal o inicia acciones relacionadas con los medios de ejecución de una conducta que de otro modo sería legítima, recurriendo a la lesión del bien jurídico o al riesgo efectivo cuando la práctica así lo requiere (Merchán, 2011).

En la discusión sobre el inicio de la ejecución y su distinción con los actos preparatorios, resulta fundamental la doctrina del autor Frías (1944) quien sostuvo que un acto ejecutivo existe únicamente cuando el sujeto ingresa en el núcleo del tipo, es decir, cuando su conducta se orienta ya a realizar la acción central prevista en la descripción típica. Así, en un delito de homicidio, debe comenzar efectivamente el acto de matar, y en un robo, el acto de sustraer; en cambio, actividades

previas como adquirir un arma o planear el delito permanecen en el ámbito de los actos preparatorios. Esta formulación ha tenido una notable influencia en la dogmática penal latinoamericana y es recogida en estudios posteriores. Al respecto, Merchán (2011) destaca que para Frías “todo lo que no sea dar comienzo a la muerte, aunque se compre el arma y se planee el robo, no es un acto de ejecución sino acto preparatorio” (p. 54), lo que confirma la importancia de delimitar con precisión ambas categorías para evitar sancionar conductas que aún no representan una amenaza inmediata al bien jurídico.

En conclusión, para que se configure la tentativa, la autora debe haber alcanzado esta segunda etapa, es decir, el comienzo de ejecución, sin avanzar hasta la consumación del delito. La característica esencial es que la acción se detenga antes de consumarse, pero que esto ocurra por razones ajenas a la voluntad del agente.

1.4 Corrientes Teóricas Sobre La Tentativa: Objetiva, Subjetiva y Mixta

Las teorías dogmáticas sobre la tentativa han girado en torno a tres grandes corrientes: objetiva, subjetiva y mixta.

1.4.1 Teoría Objetiva

La tentativa solo es punible si el acto genera un peligro concreto para el bien jurídico. Reyes (2014) explica que esto presenta el riesgo de dejar impunes conductas altamente peligrosas si no llegan a crear un riesgo externo claro.

Dentro de las teorías que la doctrina clasifica como objetivas, se pueden identificar históricamente dos posturas distintas. Ambas coinciden en que lo esencial para configurar la tentativa es la existencia de un peligro que amenace al bien jurídico protegido; sin embargo, difieren en el modo de establecer dicho riesgo. La primera de estas posturas se apoya en la noción de causalidad hipotética, mientras que la segunda se fundamenta en la idea de un peligro objetivo de realización de un tipo delictivo específico.

A pesar de este planteamiento, las explicaciones de carácter objetivo presentan serias limitaciones al momento de justificar la punibilidad de la tentativa. En efecto, el concepto de “peligro inmediato para el bien jurídico” carece de parámetros claros y concretos, quedando

reducido a fórmulas imprecisas como las que propuso Von Hippel con la cuestionada figura del “hombre medio”. Ello genera inconsistencias notorias: actos preparatorios altamente peligrosos, como el adiestramiento, compra de armas y fabricación de explosivos por parte de un grupo terrorista, quedan en la práctica sin sanción; mientras que actos ejecutivos de menor trascendencia como introducir la mano en un bolso ajeno para intentar hurtar una suma mínima de dinero, o incluso inexistente sí serían punibles. Este contraste demuestra que el simple criterio de peligrosidad no logra justificar ni la impunidad de algunos actos preparatorios, que en ocasiones suponen riesgos considerables, ni la sanción de ciertos actos ejecutivos cuya peligrosidad es reducida.

La consecuencia de ello es que los defensores de la teoría objetiva se ven forzados a declarar impunes las tentativas inidóneas, o, en el mejor de los casos, a construir fundamentos adicionales que justifiquen su punición, debilitando así la coherencia de la teoría. Desde esta perspectiva, podría sostenerse que solo la tentativa acabada produciría un riesgo real sobre el bien jurídico, dado que en la tentativa inacabada aún restan actos necesarios para provocar el resultado. Además, aunque algunos intenten afirmar que el peligro que legitima la sanción de la tentativa es de carácter jurídico o científico, la realidad es que dicho concepto termina dependiendo de valoraciones intuitivas, como cuando se dice que una persona “casi fue asesinada” o que un local “estuvo a punto de ser robado”. Este componente intuitivo no hace más que acentuar la vaguedad del fundamento objetivo.

Un análisis interno al propio sistema penal evidencia que la tesis objetiva genera contradicciones dentro del modelo causalista de la teoría del delito. Sus defensores deben alterar la estructura del sistema para sostener, por ejemplo, que el dolo pertenece a la culpabilidad en los delitos consumados, pero al tipo en las tentativas, rompiendo la unidad conceptual del injusto. Incluso si se abandona una perspectiva causalista estricta, la postura objetiva resulta insuficiente, pues termina concibiendo al ser humano como una mera “fuente de peligros”, lo cual contradice su condición social y deshumaniza la función del derecho penal (Creus, 2008).

En esta misma línea, Welzel (1956), a inicios del siglo XX, cuestionó la idea de que el objetivo central del derecho penal fuera únicamente garantizar la seguridad de los bienes jurídicos. Según este autor, ni siquiera todas las lesiones efectivas sobre bienes jurídicos son relevantes

penalmente, mucho menos lo serían simples riesgos de afectación. Considerar a los bienes jurídicos como si fueran “piezas de museo” y al individuo como un generador constante de peligros supone una concepción reduccionista y cosificadora del derecho penal, incompatible con su función de control social dentro de una comunidad.

1.4.2 Teoría Subjetiva

Se centra en la voluntad criminal del autor, Creus (2008) señala que esta teoría permite sancionar desde un enfoque preventivo, pero corre el peligro de criminalizar meras intenciones si no hay exteriorización suficiente.

La concepción de que la sanción de las conductas delictivas debe fundamentarse más en la intención del autor que en la manifestación externa de su actuar, es anterior a cualquier teoría de corte objetivo. En el Derecho Romano antiguo, las penas no estaban vinculadas directamente a los hechos materiales, sino a la voluntad dañina del sujeto. No sorprende entonces que, ya a inicios del siglo XIX antes incluso de que Feuerbach (2023) formulara su teoría objetiva de la tentativa, surgieran juristas como Mittermaier, quienes cuestionaban enérgicamente la interpretación subjetiva de esta figura. Lo antiguo de esta perspectiva explica que la punibilidad de la tentativa no se fundamentara en la afectación de bienes jurídicos, sino en la peligrosidad atribuida al autor, del mismo modo que en Roma se sancionaba el delito consumado en razón de la peligrosidad personal de quien lo cometía. De este modo, mientras las teorías objetivas justifican la sanción por la presencia de actos peligrosos, las subjetivas la encuentran en la intención censurable o, más concretamente, en la personalidad del delincuente.

La ventaja de esta postura radica en que reconoce la importancia del elemento subjetivo en la tentativa, el cual había sido desatendido por las tesis objetivistas clásicas. La formulación más influyente de esta teoría fue la de Von Buri, hacia finales del siglo XIX. Este autor, desde su teoría de la equivalencia de las condiciones, sostuvo que, siendo todas las causas igualmente relevantes para la producción del resultado, esa relevancia debía mantenerse incluso cuando el delito no se consumaba. En tal sentido, consideraba punibles tanto las tentativas idóneas como las inidóneas, por cuanto la ausencia de consumación era irrelevante respecto a la voluntad criminal manifestada (Feuerbach, 2023).

Sin embargo, dentro de la perspectiva subjetiva también surge el debate sobre el principio de ejecución. Si se exige que la voluntad contraria a derecho se traduzca en actos concretos para que haya tentativa, se está introduciendo un criterio objetivo que acerca esta teoría a una concepción mixta. En cambio, mantener una visión estrictamente subjetiva implicaría que cualquier exteriorización de la voluntad criminal sea punible, lo cual desdibuja la frontera entre actos preparatorios y tentativa, ampliando excesivamente el ámbito de sanción penal.

Bajo esta lógica, la teoría subjetiva corre el riesgo de dar paso a un derecho penal de autor, centrado en la peligrosidad futura del sujeto y no en la materialización externa de su conducta. Esto, como señalan sus críticos, resulta difícilmente compatible con un derecho penal de protección de bienes jurídicos, cuya finalidad es resguardar intereses sociales concretos más que castigar la mera peligrosidad individual (Welzel, 1956).

El autor Welzel (1956) en su investigación explica el mérito de Mittermaier el cual consiste en haber señalado que la defensa rígida de una concepción subjetiva de la tentativa conduce inevitablemente a la desaparición de los límites entre lo interno y lo externo, esto es, entre la intención y el hecho. Ello explica que se acuse a esta teoría de fundamentar un modelo centrado en la peligrosidad del autor, incompatible con un derecho penal garantista. Finalmente, si se acepta como plantea buena parte de la doctrina que la tentativa es un momento dentro del *iter criminis*, resulta claro que la concepción puramente subjetiva no se ajusta a dicha construcción, en tanto este recorrido delictivo se caracteriza por fases sucesivas preparación, ejecución y consumación que, por naturaleza, son de carácter objetivo

1.4.3 Teoría Mixta

Adoptada en gran parte de la dogmática moderna (Welzel, Roxin), combina elementos subjetivos y objetivos. Reyes (2014) sostiene que este es el camino más equilibrado porque protege el bien jurídico y toma en cuenta la intención dolosa. Es importante aclarar, en primer lugar, que en este apartado nos centraremos únicamente en aquellas teorías cuya naturaleza surge de la combinación de los enfoques objetivos y subjetivos que previamente hemos clasificado como "naturalistas". Por lo tanto, otras aproximaciones a la punibilidad de la tentativa, como la denominada teoría de la impresión, que la doctrina y la jurisprudencia suelen considerar mixtas, no serán objeto de análisis aquí, sino que, dada su marcada orientación valorativa, se examinarán en el siguiente capítulo.

Las críticas dirigidas hacia la teoría objetiva evidenciaban que no era posible comprender la conducta humana sin tomar en cuenta el componente psíquico que la antecede. Del mismo modo, las objeciones a las tesis subjetivas mostraban que, más allá de la mera activación del pensamiento delictivo, era necesario que existiera un riesgo real para los bienes jurídicos. Frente a estas limitaciones, algunos autores optaron por reconocer explícitamente lo que hasta entonces las posturas anteriores admitían de manera más discreta: que la explicación de la tentativa requiere considerar tanto los elementos objetivos como los subjetivos (Reyes, 2014).

De este modo, el mismo autor advierte que surgen las teorías mixtas, en las cuales se sostiene que conocer la intención del autor es indispensable, aunque insuficiente, para configurar la tentativa; es decir, la voluntad delictiva debe traducirse en un peligro concreto para los bienes jurídicos para que el Estado pueda legitimar la intervención punitiva. Sin embargo, aunque esta formulación busca resolver las críticas que señalan la imposibilidad de analizar la tentativa prescindiendo de alguno de los dos elementos que constituyen la conducta humana, los defensores de las teorías mixtas, al profundizar en su exposición, suelen concluir que uno de los factores predomina sobre el otro. Por ello, es posible distinguir entre teorías mixtas con predominio del elemento subjetivo y aquellas en que prevalece el factor objetivo.

Esta forma de precisar las teorías mixtas las acerca notablemente a las versiones más comunes de las teorías objetivas y subjetivas, pues los subjetivistas nunca han ignorado los aspectos objetivos de la conducta delictiva, y los objetivistas tampoco han descartado por completo la presencia de factores subjetivos. Ambos enfoques simplemente enfatizan la primacía de uno de los elementos sobre el otro.

Por lo tanto, todas estas teorías de corte ontológico, incluidas las mixtas, comparten la idea de que la tentativa requiere de factores tanto subjetivos como objetivos, y que uno de ellos puede tener mayor peso que el otro. La diferencia más clara entre las teorías mixtas y las demás radica en que las primeras reconocen de manera más explícita la importancia de ambos componentes y no se limitan a exigir la simple objetivación del pensamiento delictivo, sino que requieren que haya un peligro real para el bien jurídico, superando así las principales críticas dirigidas a las tesis subjetivas. No obstante, los defensores de las teorías mixtas enfrentan desafíos al intentar articular esta concepción con la teoría general del delito (Bravo, 2023).

Por ejemplo, quienes adoptan un enfoque causalista y ubican el dolo dentro de la culpabilidad se enfrentan a una contradicción al sostener que la intención del autor es esencial para la existencia típica de la tentativa, ya que implicaría reconocer un papel determinante del dolo en el juicio de tipicidad. Bravo (2023) explica que, quienes siguen un sistema finalista y sitúan el dolo dentro del injusto enfrentan objeciones al conceder un rol central a un factor que debería tener una posición subordinada o incluso externa al sistema penal.

Cabe también recordar que el derecho penal no se ocupa de todas las conductas que, aunque dirigidas intencionalmente hacia la comisión de un delito, pongan en riesgo un bien jurídico protegido, ni de todas aquellas que lesionen un bien jurídico. Por ejemplo, no es punible que un sobrino intente, sin éxito, que su tío rico fallezca durante un viaje aéreo con el fin de heredar su fortuna; de igual manera, no se sanciona como tentativa la acción de un propietario de un expendio de armas que vende sus productos con la intención de que alguien cause daño, ni la de un fabricante de vehículos que los produce con conocimiento de que podrían generar lesiones o muertes.

En estos casos, aunque exista clara intención delictiva y se haya generado un peligro real para los bienes jurídicos, el derecho penal no interviene. En síntesis, dentro del ámbito de la tentativa rige un principio similar al del delito consumado: no basta con la simple puesta en peligro de los bienes jurídicos para justificar la aplicación de la potestad punitiva.

El autor Reyes (2014), en su investigación nos explica lo que propuso Alwart en donde propone una configuración particular de la teoría mixta, denominada "dualista", que fundamenta la punibilidad de la tentativa en la presencia alternativa o conjunta de dos elementos: peligro e intención. Según esta teoría, la tentativa existe cuando uno o ambos factores están presentes, permitiendo distinguir entre tentativas intencionales y peligrosas, tentativas intencionales no peligrosas y tentativas peligrosas, pero no intencionales. Aquellas con factor de peligrosidad se identifican como tentativas idóneas, mientras que las que carecen de este elemento se consideran inidóneas.

De acuerdo con esta perspectiva, cuando la tentativa es peligrosa, la intencionalidad carece de relevancia preponderante, mientras que en las tentativas intencionales la peligrosidad no es determinante. En términos simples, el fundamento de la punibilidad de las tentativas idóneas radica en el peligro de la conducta, y el de las inidóneas, en la intención del autor.

Esta aproximación dualista no busca explicar la totalidad del fenómeno de la tentativa mediante la combinación de los factores objetivos y subjetivos, sino que los aborda por separado: la teoría

objetiva fundamenta la punibilidad de las tentativas idóneas, y la subjetiva, la de las inidóneas. Por ello, las críticas aplicables a cada una de estas corrientes son las mismas que ya se han señalado respecto de sus concepciones originales.

Las diversas corrientes teóricas dentro del Derecho Penal han tratado de explicar con profundidad las razones por las cuales el ordenamiento jurídico decide sancionar la tentativa, es decir, la conducta incompleta o frustrada delictiva. La teoría objetiva, cuya representación clásica se encuentra en Feuerbach, sostiene que debe ser punible toda conducta que, aún sin consumarse plenamente, genere un peligro concreto y efectivo para el bien jurídico protegido. Desde esta perspectiva, lo que realmente importa es la afectación externa al orden jurídico, enfocándose en el riesgo real que la conducta implica para los intereses tutelados por la ley penal.

Por otro lado, la teoría subjetiva, promovida por autores como Bravo (2023), plantea que la tentativa debe ser sancionada principalmente por la intención delictiva que posee el autor, independientemente de si el resultado material se alcanza o del nivel de riesgo objetivo generado. Según esta visión, lo decisivo es la voluntad criminal, entendida como un elemento central en la configuración del delito.

Finalmente, la teoría mixta, que tiene como exponentes a Welzel y es adoptada por Creus, propone un enfoque equilibrado y armonioso que exige, simultáneamente, la presencia de la voluntad delictiva y el inicio objetivo de la ejecución del delito, manifestado en actos idóneos encaminados de manera inequívoca a su consumación. Esta corriente mixta es actualmente la más aceptada dentro de la dogmática penal moderna, dado que logra integrar de forma coherente y respetuosa los principios fundamentales del Derecho Penal, tales como la legalidad, la culpabilidad y la proporcionalidad de la pena (Creus, 2008).

El fundamento esencial de la corriente subjetiva se asienta en una concepción psicológica del delito, en la cual la voluntad del autor constituye el eje central para la valoración jurídico-penal. Desde esta óptica, el Derecho Penal no debe limitarse únicamente a proteger los bienes jurídicos frente a agresiones externas y concretas, sino que debe también actuar preventivamente frente a la peligrosidad social que surge de la mera existencia de una intención criminal clara, determinada y consciente.

Por lo tanto, la atención se dirige principalmente hacia el análisis del estado interno del agente, es decir, hacia su propósito delictivo, independientemente del resultado material finalmente alcanzado. En consecuencia, la tentativa, bajo esta perspectiva, debe ser examinada y

valorada tomando en cuenta dos factores clave: el nivel de desarrollo del dolo y el grado de avance alcanzado dentro del *iter criminis*, o proceso de ejecución del delito. Ambos elementos permiten medir de manera proporcional la peligrosidad que representa la conducta y, en consecuencia, el merecimiento de la pena que corresponde imponer en función de la gravedad y características del intento (Silva, 2019).

Capítulo 2 La Tentativa en el Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano (COIP)

Antes de la entrada en vigencia del COIP en el año 2014, la figura de la tentativa se encontraba prevista en el antiguo Código Penal del Ecuador actualmente derogado, aunque de manera más restringida y carente de una definición técnica precisa que delimitara sus alcances. La regulación existente en ese momento resultaba sumamente escueta, lo que obligaba a que su aplicación práctica dependiera en gran medida de la interpretación que la jurisprudencia pudiera realizar en cada caso concreto.

Tal como señala la autora Loaiza (2024), esta falta de claridad conceptual ocasionaba importantes dificultades a la hora de individualizar la pena, además de generar un grado

considerable de inseguridad jurídica en la actuación de los tribunales, que no contaban con parámetros uniformes para su valoración. La evolución legislativa en esta materia se concretó con la promulgación del COIP, cuyo artículo 39 incorporó una definición expresa de la tentativa, incluyendo en ella los elementos dogmáticos esenciales que la configuran, y estableciendo, de manera específica, una pena reducida en comparación con la prevista para el delito consumado. Este cambio normativo respondió a la necesidad de adecuar el derecho penal ecuatoriano a los principios constitucionales, así como a los postulados del derecho penal garantista, que demanda precisión técnica y proporcionalidad en la descripción y regulación de los tipos penales.

El COIP, en su artículo 39, establece que la tentativa se configura cuando existe un inicio de ejecución de un delito que finalmente no llega a consumarse por causas ajenas a la voluntad del agente. Esta disposición legal incorpora elementos propios de las dos corrientes doctrinales que abordan la tentativa, aunque presenta una mayor afinidad con la postura objetiva, dado que exige la realización de actos directos y concluyentes orientados de manera inequívoca hacia la materialización del hecho delictivo. No obstante, la experiencia práctica en el ámbito judicial ecuatoriano muestra que, en determinadas resoluciones, la valoración de la motivación o intención interna del autor adquiere una relevancia significativa para calificar una conducta como tentativa punible.

Este enfoque revela que, más allá de lo que dispone la norma, en la realidad procesal existe una apertura a criterios propios de la corriente subjetiva, lo cual genera la necesidad de reflexionar y debatir sobre su verdadera aplicabilidad en el contexto jurídico nacional. Ello se vuelve

especialmente pertinente en aquellos casos en los que la exteriorización del hecho punible no resulta del todo evidente, pero la intencionalidad delictiva se presenta de forma clara y determinante, planteando interrogantes sobre el alcance y los límites de la tentativa dentro del sistema penal ecuatoriano (Yáñez, 2021).

El artículo mismo artículo establece que la tentativa se da al momento que una persona comienza a ejecutar un delito, pero no consigue consumarlo por medio de factores fuera de su control. Esta norma relaciona elementos de dos corrientes doctrinales sobre la tentativa, aunque se acerca más a la visión objetiva, ya que requiere que el autor realice actos directos y claros que estén encaminados a la consumación del delito.

Sin embargo, en la práctica judicial ecuatoriana, algunos fallos han dado un peso considerable a la motivación o intención interna del autor para poder determinar si una conducta es tentativa y debe ser castigada como delito consumado. Todo esto indica que, aunque la ley parezca inclinarse hacia un criterio objetivo, en la realidad los tribunales muestran apertura hacia un enfoque subjetivo.

Esta situación hace necesario reflexionar y poder debatir sobre hasta qué punto la corriente subjetiva puede ser aplicada dentro del sistema penal ecuatoriano, en especial en casos donde no es tan evidente que se haya exteriorizado el delito, pero sí se percibe claramente la intención de cometerlo. Por ello, surge la interrogante sobre cómo definir los límites y alcances de la tentativa en nuestro marco legal (Yáñez, 2021).

2.1 Regulación Normativa: Análisis del Artículo 39 del COIP

Desde un plano interpretativo, la redacción de esta norma se alinea con la estructura clásica del *iter criminis*, aunque sin establecer de manera estricta y delimitada la frontera que separa los actos meramente preparatorios de aquellos que son propiamente ejecutivos, lo que en la práctica judicial genera controversias y dificultades para su correcta aplicación (Bucheli & Maldonado, 2023). Asimismo, para que se configure jurídicamente la tentativa, es necesario comprobar la idoneidad del medio empleado en la ejecución, lo que conduce inevitablemente a la utilización de criterios técnicos propios de la imputación objetiva. Sin embargo, en el contexto de la jurisprudencia penal ecuatoriana, estos criterios aún no han sido desarrollados con suficiente profundidad, lo que deja vacíos interpretativos y plantea retos en la valoración judicial de los casos concretos.

El artículo se encarga de definir a la tentativa como una forma incompleta de cometer un delito. Esto sucede al momento que una persona comienza a realizar las acciones que constituyen un delito, pero no llega a consumarlo porque ocurren circunstancias fuera de su control. Esta norma relaciona dos enfoques: por un lado, se requiere que el delito haya comenzado a ejecutarse de manera concreta, y por otro, que el autor tenga la intención clara de cometerlo.

Desde el punto de vista interpretativo, el artículo sigue la estructura tradicional del proceso del delito, pero cabe destacar que no establece con claridad dónde termina la fase de preparación y dónde comienza la ejecución propiamente dicha. Esta falta de precisión ha generado confusión y dificultades para los jueces al momento de aplicar la ley.

Además, para que se pueda considerar que relativamente existe una tentativa, es necesario verificar que los medios o acciones usados para intentar cometer el delito sean adecuados para lograrlo. Esto implica el uso de criterios técnicos relacionados con la imputación objetiva, es decir, evaluar si el acto realmente pone en riesgo el bien jurídico protegido. Sin embargo, en Ecuador, la jurisprudencia aún no ha desarrollado suficientemente estos criterios, lo que provoca vacíos y desafíos en la forma en que se valoran los casos de tentativa en los tribunales.

2.2 Principios del derecho penal en el Ecuador

La aplicación del artículo 39 del COIP debe analizarse a la luz de los principios fundamentales del derecho penal ecuatoriano, que actúan como límites al poder punitivo del Estado y orientan la interpretación de figuras como la tentativa.

Tabla 1.

Principios de derechos penales en Ecuador.

Legalidad	Este principio se basa en la exigencia de que los delitos y las sanciones estén previamente definidos de manera precisa en la normativa penal ecuatoriana, lo que asegura la protección de la seguridad jurídica y de los derechos de la ciudadanía.
Culpabilidad	Implica que solo puede dictarse una condena cuando exista evidencia suficiente de una participación consciente y voluntaria en la comisión del delito, garantizando así la

	defensa de las garantías individuales de los procesados.
Igualdad	Supone que la ley debe aplicarse de forma imparcial y sin distinciones de ningún tipo dentro de los procedimientos judiciales, fortaleciendo la credibilidad y confianza en las instituciones de justicia.
Proporcionalidad	Persigue que las sanciones impuestas correspondan adecuadamente a la gravedad del hecho delictivo, evitando la aplicación de penas que resulten excesivas o carentes de equilibrio frente a la conducta realizada.
Humanidad	Responde a la orientación hacia la adopción de medidas penales que prioricen alternativas y mecanismos de rehabilitación, promoviendo un sistema más garantista enfocado en la reinserción social y en la prevención de la reincidencia delictiva.

Fuente: (Sánchez-Muñiz & Silva-Gorozabel, 2024).

Estos principios son determinantes para evitar que la aplicación de la tentativa derive en excesos punitivos. En particular, los de legalidad, proporcionalidad y culpabilidad exigen que la sanción de la tentativa se fundamente en criterios objetivos verificables y no únicamente en valoraciones subjetivas de la intención del autor (Sánchez-Muñiz & Silva-Gorozabel, 2024).

2.3 Ambigüedades Normativas y Desafíos Interpretativos

A pesar del reconocimiento expreso de la tentativa en el COIP, persisten ciertos problemas jurídicos que, por su carácter ambiguo, dificultan la aplicación uniforme de esta figura en la práctica judicial. Entre estos problemas, uno de los más relevantes es la ausencia de definiciones claras y precisas que permitan diferenciar de manera inequívoca los actos preparatorios de los

actos ejecutivos, situación que genera un margen considerable de incertidumbre legal y abre la puerta a interpretaciones divergentes por parte de jueces y operadores de justicia (Bucheli & Maldonado, 2023).

A esta problemática se suma un desafío interpretativo adicional vinculado con la clasificación de delitos compuestos, en los que la tentativa puede manifestarse en formas plurales, especialmente en contextos de coautoría o participación, donde la contribución de cada interviniente presenta distintos niveles de ejecución y, por ende, diferentes grados de tentativa. En este sentido, diversos académicos del derecho penal ecuatoriano han señalado la importancia de armonizar lo dispuesto en el artículo 39 con los principios internacionales de responsabilidad penal, así como de fortalecer el análisis sobre la evaluación del riesgo imputado en relación con el acto ejecutado por el agente, elemento que se torna decisivo en aquellos supuestos de tentativa defectuosa o mal conformada (Loaiza, 2024).

Frente a este panorama, se evidencia la necesidad de una reforma técnica cuidadosamente orientada que incorpore principios de política criminal, con el fin de establecer límites más precisos y efectivos a la tentativa, particularmente en delitos que afectan bienes jurídicos como la propiedad, la tecnología y la administración pública, donde el impacto social y jurídico de la conducta puede ser considerable.

Como menciona el autor Betancourt (2019) en síntesis, la tentativa comprende todo el proceso de ejecución de un delito desde su inicio hasta el punto en que no llega a consumarse el tipo penal, constituyendo únicamente un intento frustrado de materializar un injusto. Es importante precisar que las fases de preparación o planificación no integran la tentativa; esta solo se configura cuando el sujeto traspasa la frontera de los actos preparatorios e inicia actos de ejecución, siempre bajo la condición indispensable de que el resultado final no se consuma.

Debe subrayarse, además, que la tentativa solo puede ser dolosa, pues exige la decisión consciente del autor de llevar a cabo la acción, aun cuando la consumación real no coincida con la representación subjetiva que tuvo en mente. Desde la perspectiva de la doctrina alemana, resulta inviable reconocer una tentativa culposa o imprudente, ya que quien obra bajo culpa no pretende provocar el daño: bien porque no advierte el riesgo (imprudencia inconsciente), o porque, aun percibiéndolo, confía en que este no se materialice (imprudencia consciente).

Elemento objetivo: La no consumación del tipo penal

En los delitos de resultado, como el homicidio, la verificación de la ausencia del resultado, por ejemplo, la falta de producción de la muerte es lo que permite aplicar la figura del desistimiento. Esta no consumación puede manifestarse de dos formas: a través de la interrupción voluntaria de la acción ya iniciada, conocida como tentativa inacabada, que se caracteriza por el simple hecho de dejar de actuar; o mediante la evitación activa del resultado, propia de la tentativa acabada, en la que el autor debe desplegar una conducta destinada a impedir la consumación del delito (Betancourt, 2019).

Elemento subjetivo: La voluntad del autor

Este componente constituye el aspecto esencial del desistimiento, dado que la decisión voluntaria del sujeto, desde una perspectiva preventiva, justifica la exención de responsabilidad. La cuestión de la voluntad del autor genera debate dentro de la doctrina, razón por la cual han surgido diferentes corrientes teóricas dedicadas a su análisis. Entre ellas destacan dos enfoques principales: las teorías de carácter psicológico y aquellas de naturaleza valorativa o normativa (Betancourt, 2019).

Capítulo 3. La Corriente Subjetiva como Propuesta Interpretativa para la Tentativa en Ecuador

La tentativa ha sido uno de los temas más controvertidos en el ámbito del Derecho Penal, pues refleja el conflicto entre la protección anticipada del bien jurídico y el respeto a los límites del *ius puniendi*¹⁰. Dentro de las principales teorías que explican su naturaleza, la corriente subjetiva constituye una de las más influyentes y debatidas.

De acuerdo con esta postura, lo determinante para sancionar una tentativa no es tanto la materialidad del acto ejecutado, sino la voluntad criminal del autor. El acento se coloca en el dolo y en la decisión de delinquir que se exterioriza a través de una conducta, aunque esta no haya producido un resultado concreto. Así, la tentativa es punible porque pone en evidencia un peligro para el bien jurídico y, sobre todo, revela la peligrosidad del agente.

Autores como Reyes (2014), sostienen que esta corriente responde a la necesidad de dar una respuesta penal a la manifestación inequívoca de la voluntad delictiva, incluso cuando los actos ejecutados no llegan a afectar de manera objetiva el bien jurídico. En esta línea, lo esencial es la resolución criminal manifiesta, no la proximidad objetiva al resultado.

Para el autor Bramont-Arias (2002), la base de esta teoría está en que el individuo porta consigo una voluntad contraria a la ley. Por ende, lo esencial radica en el dolo del sujeto, lo cual implica:

- Se sancionan también los actos preparatorios, siempre que reflejen de manera clara la intención criminal del autor, pues, aunque aún no se haya iniciado la ejecución propiamente dicha, estos actos evidencian la voluntad de delinquir y, por lo tanto, poseen relevancia penal al demostrar la disposición del sujeto a causar un daño o vulnerar un bien jurídico protegido.
- La tentativa y la consumación del delito deben ser objeto de penas equivalentes, dado que la motivación principal para aplicar una sanción radica en la voluntad delictiva del autor, es decir, en su decisión consciente de ejecutar un acto prohibido por la ley, independientemente de que el resultado haya sido efectivamente alcanzado.

¹⁰ *Ius puniendi* se traduce del latín como "derecho a penar" o "derecho a sancionar" y se refiere a la facultad exclusiva del Estado para castigar o sancionar la comisión de delitos y faltas, así como para establecer y aplicar las normas penales correspondientes. Esta potestad, también conocida como potestad punitiva, es un poder coercitivo esencial para mantener el orden social y proteger los bienes jurídicos, pero debe estar siempre limitado por los principios constitucionales del derecho penal, como la legalidad, la proporcionalidad y la humanidad.

- Incluso los casos de delito imposible o de tentativa inidónea merecen ser sancionados, ya que la intención de cometer el acto prohibido se ha manifestado de manera inequívoca, y su punición contribuye a la prevención general y específica, así como al reconocimiento de la gravedad de la disposición delictiva, aunque el resultado concreto no pueda producirse.

- El daño o injusto se considera consumado cuando existe cualquier manifestación externa de una mala voluntad dirigida hacia la realización de una acción prohibida o hacia la consecución de un resultado jurídicamente perjudicial, reconociéndose que la relevancia penal no depende únicamente del éxito en alcanzar el resultado, sino de la exteriorización de la intención y del riesgo generado para los bienes jurídicos tutelados.

3.1 Fundamentos de la teoría subjetiva de Marcelo Sancinetti

En el contexto ecuatoriano, el artículo 39 del COIP define la tentativa como aquella situación en la que el autor "da inicio a la ejecución del delito y este no se consuma por circunstancias ajenas a su voluntad". Sin embargo, esta disposición legal presenta una ambigüedad dogmática evidente: no especifica con claridad si los "actos idóneos e inequívocamente encaminados" deben valorarse desde un punto de vista objetivo según la peligrosidad real de la conducta o desde una perspectiva subjetiva, centrada en la voluntad y la representación interna del autor.

La presente sección constituye el eje dogmático y conceptual del trabajo, pues busca reinterpretar dicha disposición legal desde los fundamentos de la corriente subjetiva, especialmente a partir de la doctrina del jurista argentino Marcelo Sancinetti, quien considera que el núcleo del injusto penal no radica en el resultado lesivo, sino en la acción dolosa y voluntaria del actor quien manifiesta la decisión de ir en contra al Derecho. En palabras del autor, El injusto no debe determinarse por el resultado lesivo que cause, sino por el significado normativo de la conducta que vulnera el mandato legal (Sancinetti, 1997).

Esta concepción se centra en el análisis penal respecto de la voluntad del sujeto y su plan concreto de acción, desplazando el énfasis tradicional en el resultado material. Así, la tentativa deja de ser un estado incompleto del delito y pasa a considerarse como una forma plena de injusto subjetivo, en tanto revela una decisión humana de realizar el tipo penal, aunque el resultado no se verifique. Desde la perspectiva de Sancinetti, la valoración del injusto debe realizarse *ex ante*, es

decir, al momento de la acción, y no *ex post*, una vez conocido el resultado. El derecho penal nos explica el autor que las personas no deben ser responsabilizadas por lo que no pretendieron, sino por aquellas acciones que realizaron guiadas por su voluntad dolosa (Sancinetti, 1991). Esta idea se enlaza con la teoría finalista de Hans Welzel, para quien toda conducta con relevancia penal implica una acción dotada de finalidad y dirección consciente hacia un resultado en concreto (Welzel, 1970).

Bajo esta concepción, el *disvalor de la acción* se constituye como el verdadero núcleo del injusto. El resultado, es decir, el daño o la lesión al bien jurídico no constituye el elemento determinante, sino un factor contingente. Sancinetti (2017) señala que la antijuridicidad se expresa en la voluntad que infringe el mandato normativo, y no en la magnitud de la lesión efectivamente causada. De esta forma, el derecho penal se humaniza, alejándose de una visión puramente causalista que sanciona hechos naturales, para centrarse en la decisión racional y libre del individuo.

Esta postura se opone directamente a las concepciones objetivistas defendidas por autores como Claus Roxin o Günther Jakobs, quienes sostienen que la tentativa solo puede considerarse punible en la medida en que el autor haya puesto en peligro real el bien jurídico protegido. Para Roxin (2007), la tentativa constituye una forma de injusto parcial, ya que no produce un daño real o consumado que legitime plenamente la intervención del Derecho penal. En cambio, Sancinetti replica que tal interpretación conduce a una cosificación del derecho penal, al medir el valor de la acción humana mediante sus efectos externos, y no por el sentido normativo de la voluntad.

La diferencia entre ambas corrientes radica, entonces, desde el punto de valoración del injusto: mientras la teoría objetiva lo sitúa en el resultado, la teoría subjetiva inspirada en el pensamiento de Sancinetti lo sitúa en la acción y en la intención de cometer el injusto. En palabras del autor el injusto no debe entenderse como un hecho natural, sino como la expresión personal de quien elige infringir la norma jurídica. La punibilidad de una conducta no radica en su capacidad causal para producir un resultado, sino en la voluntad consciente del sujeto de actuar en oposición al Derecho (Sancinetti, 1997).

Esta idea, de profunda raíz kantiana y normativista, también encuentra apoyo en Hans Kelsen, quien advertía que el Derecho no prohíbe hechos, sino conductas humanas dotadas de sentido normativo. La norma, en consecuencia, no alude a un hecho material, sino a una conducta que puede ser imputada a la decisión voluntaria de la persona (Kelsen, 1994). Esta lectura kelseniana refuerza la posición de Sancinetti al considerar que el Derecho penal debe ocuparse exclusivamente de la imputación normativa de la acción, y no de los accidentes causales del mundo fáctico.

En este marco, la tentativa adquiere una relevancia especial, ya que representa el momento en que el plan criminal se exterioriza sin que el resultado se produzca. La valoración jurídica, entonces, no debe depender del azar que impidió la consumación, sino de la decisión libre de ejecutar el tipo penal. Así, como afirma Sancinetti (1997), la tentativa no constituye una versión reducida del delito, sino la expresión más genuina del injusto de carácter subjetivo, ya que en ella se refleja plenamente la intención contraria al Derecho por parte del autor.

3.2 El disvalor de la acción frente al disvalor del resultado

La distinción entre el *disvalor de la acción* y el *disvalor del resultado* constituye el núcleo del pensamiento de Sancinetti, pues es el punto de inflexión que separa a la teoría subjetiva de la tentativa de las concepciones objetivistas del delito. Para el autor, el injusto penal debe fundarse en el disvalor de la acción, es decir, en la decisión dolosa del sujeto que elige actuar contra el Derecho, mientras que el *disvalor del resultado* el daño o lesión efectivamente causada al bien jurídico es solo una consecuencia contingente o accidental. Para Sancinetti (1997):

El disvalor de la acción no depende de la magnitud del daño, sino del sentido antijurídico de la voluntad que lo origina; lo que el Derecho sanciona no es el hecho externo, sino la decisión de actuar en contra de la norma (p. 75).

Desde esta óptica, el delito consumado y la tentativa no difieren cualitativamente, sino únicamente en el plano empírico: ambos expresan el mismo grado de reproche normativo, pues el

autor manifiesta una voluntad dolosa contraria a la ley. La diferencia reside, por tanto, no en el *quantum*¹¹ de injusto, sino en la realización causal del resultado.

En contraste, la teoría objetiva seguida por Roxin (2007) y Jakobs (1995) considera que el injusto se determina por el peligro o lesión que la conducta representa para el bien jurídico. Desde esa perspectiva, la tentativa carece de un disvalor pleno, porque no alcanza a concretar el riesgo ni el daño previstos por la norma. No obstante, como sostiene Sancinetti (1991), esta concepción desconoce que la ilicitud se define por su significado jurídico y no por una simple relación de causa y efecto. El Derecho penal no puede concebirse como una especie de física moral que se centre únicamente en los resultados producidos.

Esta diferencia metodológica tiene implicaciones decisivas en la valoración de la tentativa: mientras la teoría objetiva exige que los actos sean *idóneos* en sentido material para producir el resultado, la teoría subjetiva demanda que sean *idóneos según la representación del autor*, es decir, ex ante. Bajo este enfoque, el juicio de imputación se formula considerando lo que el sujeto creyó posible, no lo que efectivamente ocurrió. La adecuación del medio se valora según lo que el autor considera. Si este está convencido de que sus acciones pueden lograr la consumación del delito, el injusto se configura plenamente, aunque el resultado finalmente no ocurra (Sancinetti, 1991).

El *disvalor del resultado*, en cambio, pertenece a una fase distinta del análisis jurídico, relacionada con la determinación de la pena, no con la configuración del injusto. En la tentativa, la ausencia de daño no atenúa la antijuridicidad del acto, sino que únicamente reduce su trascendencia empírica, sin afectar su contenido normativo.

De ahí que, para Sancinetti, castigar la tentativa no sea una cuestión de política criminal sino de consistencia del sistema de imputación penal: si el injusto radica en la voluntad, entonces el Derecho no puede dejar impune una acción dolosa solo porque el azar impidió su consumación. En sus palabras la tentativa constituye la manifestación más nítida del delito, porque en ella desaparece el resultado y queda expuesta únicamente la intención del autor de actuar contra la norma (Sancinetti, 1997).

¹¹ El "quantum" se refiere a la cantidad de pena que se impone a un condenado, es decir, la duración de la pena de prisión, el monto de la multa u otras sanciones.

Esta comprensión coincide parcialmente con el pensamiento finalista de Hans Welzel, quien afirmaba que la acción humana tiene sentido jurídico en tanto es un acto de voluntad dirigido a un fin, no un mero proceso causal. Sin embargo, Sancinetti va más allá al situar el núcleo del injusto en la decisión individual consciente y normativa, lo que lo aproxima al modelo de Kelsen (1994) y su concepción de la acción como “acto imputable a un sujeto en virtud de una norma”.

3.2.1 Aplicación del disvalor de la acción al artículo 39 del COIP

El artículo 39 del COIP establece que hay tentativa “cuando la persona inicia la ejecución de un delito y este no se consuma por circunstancias ajenas a su voluntad”. Esta disposición incorpora dos elementos que, en la práctica judicial, han dado lugar a diversas interpretaciones: la “idoneidad de los actos” y el que estos estén “inequívocamente encaminados a la consumación”.

La redacción de la norma combina criterios objetivos y subjetivos. Por un lado, exige que los actos sean idóneos, lo que podría sugerir una valoración desde la capacidad real del medio empleado para producir el resultado. Por otro, menciona que los actos deben estar inequívocamente encaminados, lo que apunta a la intención del autor y a la dirección de su voluntad dolosa. Esta dualidad genera una ambigüedad interpretativa que se refleja en la jurisprudencia ecuatoriana, donde los tribunales no han logrado unificar criterios sobre el umbral que separa los actos preparatorios de los ejecutivos.

Desde la óptica de Sancinetti, dicha ambigüedad puede resolverse adoptando un enfoque subjetivo-normativo, en el cual la idoneidad se valore ex ante, conforme a la representación del autor. En otras palabras, lo relevante no es si el acto era efectivamente capaz de producir el resultado, sino si el autor creyó que lo era y actuó con la voluntad de consumir el delito. El ordenamiento jurídico no sanciona el hecho de que la conducta no haya logrado su propósito, sino la determinación de actuar contrariando la ley. El resultado fortuito no puede convertirse en la base para atribuir responsabilidad penal.

Esta interpretación armoniza con los principios de culpabilidad y responsabilidad personal recogidos en el artículo 76¹² numeral 3 de la Constitución del Ecuador, que establecen que nadie

¹² **Constitución de la República del Ecuador (2008)** Art. 76.- “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

puede ser sancionado por un acto u omisión que no le sea imputable a título de dolo o culpa. Por ello, el examen de la tentativa debe centrarse en la intención y el proyecto interno del autor, en lugar de valorar únicamente si los medios utilizados tenían eficacia real para alcanzar el resultado.

El sistema penal ecuatoriano, al mantener una redacción híbrida, corre el riesgo de incurrir en lo que Sancinetti denomina una “concepción cosificadora del Derecho penal”, donde se sanciona el resultado antes que la voluntad. Esta confusión puede llevar a decisiones judiciales desproporcionadas, como se evidencia en diversas sentencias de tentativa, donde los jueces valoran la “idoneidad” de los actos en sentido puramente físico, olvidando el contexto intencional y normativo del agente.

En consecuencia, la aplicación coherente del artículo 39 del COIP debería partir de una lectura subjetiva, que considere como tentativa toda conducta que exteriorice un propósito delictivo inequívoco, aun cuando los medios empleados sean ineficaces o el resultado se frustre. Esta visión no amplía el poder punitivo del Estado, sino que lo racionaliza, al castigar únicamente acciones dolosas, y no simples riesgos o pensamientos.

3.3 Análisis jurisprudencial ecuatoriano: ambigüedades del artículo 39 del COIP

La aplicación judicial de la tentativa en el Ecuador evidencia una falta de uniformidad conceptual que deriva, precisamente, de la ambigüedad contenida en el artículo 39 del COIP. El análisis de varias sentencias recientes de la Corte Nacional de Justicia y de la Corte Constitucional revela cómo esta disposición ha sido interpretada de manera desigual, alternando entre enfoques objetivos (centrados en el peligro o daño real) y subjetivos (basados en la intención del autor).

1. Sentencia N. ^a 11282-2018-00996

En esta sentencia, la Corte Nacional conoció un caso de tentativa de homicidio, en el cual se discutía si los actos realizados por el procesado podían calificarse como “inequívocamente

Numeral 3.- Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento”

encaminados” a la consumación del delito. El tribunal determinó que existía tentativa porque el sujeto había realizado actos de ejecución directa, aunque el resultado no se produjo por circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, el fallo no profundizó en el análisis del elemento subjetivo del dolo, limitándose a señalar la idoneidad objetiva de los actos (Sentencia No. 11282-2018-00996, 2023).

Esta interpretación evidencia una aplicación materialista del artículo 39, donde se privilegia el criterio objetivo del peligro real sobre la valoración del plan concreto del autor. Desde la perspectiva de Sancinetti (1997), esta aproximación desconoce el principio de culpabilidad y el disvalor de la acción, porque juzga al individuo por las consecuencias físicas de su conducta, no por su decisión dolosa de actuar contra la norma. Un sistema penal que basa la responsabilidad únicamente en las consecuencias del hecho y no en la voluntad de llevarlo a cabo termina reduciendo a la persona a un mero objeto del azar causal, despojándola de su condición de sujeto.

Por ello, este tipo de interpretación judicial resulta incompatible con el enfoque garantista del Estado constitucional ecuatoriano, en el cual la sanción penal debe estar vinculada estrictamente al grado de imputación personal.

2. Sentencia N. ª 1646-23-EP/24

En este caso, la Corte Constitucional examinó una acción extraordinaria de protección interpuesta por un procesado declarado inimputable en un caso de tentativa de violación. Si bien la Corte se centró en el análisis del debido proceso, su decisión evidenció la insuficiencia de motivación judicial en torno a la valoración del dolo y del grado de ejecución. El fallo criticó que los jueces penales no desarrollaron adecuadamente los fundamentos que permiten distinguir entre actos preparatorios y ejecutivos, lo cual demuestra la falta de criterios claros en la aplicación del artículo 39 del COIP (Sentencia No. 1646-23-EP/24, 2024).

La Corte advirtió que esta falta de precisión puede conducir a la vulneración del principio de legalidad, en tanto los jueces aplican sanciones sin una definición exacta del punto en que una conducta se transforma en tentativa. Ello coincide con las críticas de Sancinetti (1991), quien sostiene que el derecho penal debe evitar sancionar “acciones equívocas o incompletas”, pues solo

cuando la voluntad del autor se exterioriza en actos de ejecución puede hablarse de injusto pleno. Hay que tener en claro que la tentativa no se configura cuando la intención ilícita aún no se exterioriza en conductas que, conforme a la percepción del propio autor, impliquen comenzar la realización del delito.

La Corte Constitucional, sin aludir expresamente a la teoría subjetiva, reafirma indirectamente este principio al exigir motivación judicial suficiente y respeto al principio de culpabilidad, conforme al artículo 76 numeral 3 de la Constitución ecuatoriana. En consecuencia, esta sentencia puede interpretarse como un reconocimiento implícito de la necesidad de valorar la voluntad ex ante del autor al momento de determinar la existencia de tentativa.

3. Sentencia N.º 1155-19-EP/24

En esta resolución, la Corte Constitucional conoció una acción extraordinaria de protección interpuesta por la víctima en un proceso de tentativa de asesinato, alegando vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. La Corte reafirmó la obligación de los jueces de motivar adecuadamente sus decisiones, señalando que la falta de fundamentación sobre la calificación jurídica de la tentativa afecta el principio de proporcionalidad de la pena (Sentencia No. 1155-19-EP/24, 2024).

Si bien el caso no versa directamente sobre la determinación del injusto, la sentencia es ilustrativa porque muestra cómo las deficiencias argumentativas de los tribunales revelan la ambigüedad interpretativa del artículo 39. Los jueces, al no precisar si la tentativa debe evaluarse conforme a la intención o al peligro real, reproducen una doble lectura del injusto penal, generando inseguridad jurídica. Esto confirma la postura de Sancinetti (1997) el cual explica que donde el legislador no distingue entre la acción y el resultado, el juez oscila entre ambos, y el Derecho penal se vuelve incierto, generando inseguridad jurídica por parte de indebida aplicación de la norma.

Estas resoluciones, analizadas en conjunto, evidencian que la problemática de la tentativa en Ecuador no radica en su falta de regulación, sino en la ambigüedad de su interpretación judicial. El texto del artículo 39, al no definir con claridad si la "idoneidad" debe valorarse objetivamente o

conforme al plan subjetivo del autor, permite decisiones dispares que oscilan entre el disvalor del resultado y el disvalor de la acción. Esta tensión normativa y jurisprudencial se resuelve satisfactoriamente si se adopta la óptica de Sancinetti, en la cual el injusto se completa en la voluntad dolosa exteriorizada, no en el éxito causal del acto.

3.3.1 Derecho comparado: la tentativa en otras legislaciones

El estudio comparado de la tentativa permite identificar cómo distintos sistemas penales han abordado el problema de la punibilidad de los actos no consumados (tentativa) y, especialmente, la problemática entre las perspectivas objetiva y subjetiva. En este sentido, las legislaciones de: Alemania, Italia, Argentina y Paraguay ofrecen modelos basados en la teoría subjetiva de interpretación que podrían mejorar un nuevo enfoque sobre el artículo 39 del COIP ecuatoriano.

En primer lugar, tenemos al *Strafgesetzbuch StGB*, que traducido tenemos el Código Penal Alemán publicado en el año 1871, en su artículo 22¹³, define la tentativa como la conducta del autor que, según su representación del hecho, da inicio a la realización del tipo penal. Esta redacción evidencia una clara orientación subjetiva, ya que la valoración del injusto depende de la representación mental del autor al momento de actuar (*nach seiner Vorstellung von der Tat*). Este modelo se alinea con la concepción de Sancinetti, al considerar la voluntad dolosa *ex ante* como elemento suficiente para configurar la tentativa.

En segundo lugar, el *Codice Penale Italiano*, el sistema italiano en su artículo 56¹⁴, establece que hay tentativa cuando el agente comienza la ejecución de un delito con actos idóneos y dirigidos de manera inequívoca a su consumación. Aunque mantiene la fórmula tradicional de la *idoneità* y el *inequivoco indirizzo*, la doctrina italiana contemporánea inspirada en los aportes de Francesco Antolisei y Luigi Ferrajoli ha tendido hacia una lectura mixta, que combina la idoneidad objetiva con la intención subjetiva del autor. Así, la tentativa se configura como una forma de injusto incompleto pero reprochable, en la medida en que refleja la decisión de delinquir.

¹³ **Código Penal Alemán Strafgesetzbuch (1871)** Art. 22.- "Intenta un hecho penal quien de acuerdo con su representación del hecho se dispone inmediatamente la realización del tipo". Traducido por Claudia López Díaz

¹⁴ **Código Penal Italiano (1930)** Art. 56.- " Chi compie atti idonei, diretti in modo non equivoco a commettere un delitto, risponde di delitto tentato, se l'azione non si compie o l'evento non si verifica. "

En tercer lugar, tenemos el Código Penal de la Nación de Argentina, en su artículo 42¹⁵, establece que hay tentativa cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza comenzando su ejecución por hechos idóneos para consumarlo, y sin embargo el delito no se produce por causas ajenas a la voluntad del autor. Este artículo tiene cierta similitud al ecuatoriano, sin embargo; ha sido interpretado doctrinariamente por autores como Eugenio Raúl Zaffaroni y Carlos Creus desde un enfoque claramente subjetivista, privilegiando la voluntad de consumir el delito sobre la eficacia real de los medios. Zaffaroni (2002) señala que la tentativa no es un grado del delito, sino un momento del dolo. Esta posición es coherente con el pensamiento de Sancinetti, quien también considera que el injusto se realiza en el acto voluntario doloso de delinquir y no en el daño causado.

En cuarto y último lugar, El Código Penal Paraguayo (Ley N.º 1160/97), en su artículo 26¹⁶, define la tentativa en términos muy cercanos al modelo alemán, sostiene que hay tentativa cuando el autor, conforme a su representación del hecho, da comienzo a la ejecución del delito, pero este no se consuma por circunstancias ajenas a su voluntad. Este artículo incorpora de forma explícita el criterio de la representación del autor (teoría subjetiva), lo que lo convierte en uno de los ejemplos más claros de reconocimiento normativo del enfoque subjetivo en América Latina.

3.4 Reinterpretación subjetiva del Artículo 39 del COIP: Fundamentación y Aplicabilidad

La tentativa constituye un injusto penal que no se define por el resultado, sino por la decisión delictiva exteriorizada del autor. Desde el enfoque subjetivo, la estructura de injusto penal se completa con la voluntad dolosa y su manifestación de actos encaminados a consumir el delito, aun cuando este no llegue a verificarse por factores ajenos a la esfera de dominio del sujeto (Sancinetti, 1997). En consecuencia, la tentativa no constituye un delito "incompleto", sino un injusto pleno en el plano del disvalor de acción, correspondiendo la reducción de pena únicamente a razones de proporcionalidad y no a una menor antijuridicidad.

El artículo 39 del COIP, pese a no ser explícito en la dimensión dogmática del injusto, contiene elementos que permiten una interpretación subjetiva estricta, especialmente en las expresiones "dolosamente" e "inequívocamente encaminados". La incorporación del dolo directo

¹⁵ **Código Penal de la Nación de Argentina (1921)** Art. 42.- " El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad. "

¹⁶ **Código Penal Paraguayo (1997)** Art. 26.- " Hay tentativa cuando el autor ejecutara la decisión de realizar un hecho punible mediante actos que, tomada en cuenta su representación del hecho, son inmediatamente anteriores a la consumación del tipo legal. "

como elemento estructural desplaza la evaluación del inicio de ejecución hacia la representación del autor, quien dirige su conducta a la realización del tipo penal (Reyes, 2014). Por tanto, los "actos idóneos" deben entenderse ex ante, conforme al plan concreto del autor y no según la eficacia físico-causal observada ex post.

Desde esta perspectiva, la tentativa se sustenta en la ruptura del orden comunicativo y social que ocurre cuando el autor decide transgredir la norma y exterioriza su intención delictiva. Esto implica que incluso en los casos de tentativa inidónea existe un injusto sancionable, ya que la antijuridicidad se fundamenta en la finalidad de la acción y no en los resultados materiales obtenidos (Zielinski, 1991). Así, la dogmática subjetiva garantiza que el Derecho penal no dependa del azar ni de factores externos al autor, sino de su capacidad de controlar y dirigir su conducta hacia la afectación del bien jurídico.

El aporte de este enfoque dentro del ordenamiento ecuatoriano radica en dotar a la figura de la tentativa de mayor coherencia normativa y predictibilidad judicial, pues evita que la aplicación del artículo 39 quede subordinada a criterios objetivistas fragmentarios que producen inseguridad jurídica. Una lectura subjetiva del precepto fortalece la función preventiva del Derecho penal y armoniza la intervención anticipada con el principio de culpabilidad, sancionando conductas que ya han quebrado la lealtad normativa.

Finalmente, la reinterpretación subjetiva del artículo 39 del COIP permite un tratamiento más racional de la tentativa al consolidar la idea de que el injusto penal se ubica en la acción finalista y su contenido de sentido, no en el resultado accidentalmente evitado. De esta forma, se garantiza un modelo de imputación respetuoso del Estado constitucional de derechos y justicia, que protege adelantadamente los bienes jurídicos sin sacrificar garantías fundamentales. Así mismo el artículo 39 debería ser modificado como se propone en el siguiente apartado, este artículo es inspirado en el trabajo de Sancinetti:

Art. 39 Tentativa. Quien comencare la ejecución de un hecho punible y no lo consumare por circunstancias ajenas a su voluntad será penado según las siguientes reglas:

1. Cuando la ejecución del hecho o la omisión de la acción exigida no haya avanzado hasta un punto en que, según la percepción del autor, la consumación resulte inevitable, deberá aplicarse la escala penal correspondiente a la imputabilidad atenuada.

- 2) Si el autor permite que el desarrollo del acto llegue al momento en que, a su juicio, la consumación sea inevitable, se aplicará la pena prevista para el delito consumado. Sin embargo,

el tribunal podrá aplicar la escala reducida cuando las fallas del plan o de su ejecución hagan prever una mayor probabilidad de frustración que de éxito, o cuando el autor, tras un primer intento fallido no debido a tales deficiencias, renuncie voluntariamente a continuar o ponga todos sus esfuerzos en evitar la consumación.

3) Esta posibilidad de reducción de la pena señalada en el inciso anterior también será válida para delitos consumados, si las notorias deficiencias del plan o de su ejecución hacían prever con mayor probabilidad su fracaso que su realización.

4) Cuando la consumación sea imposible por errores graves en el plan o en su ejecución, se aplicará la escala penal de imputabilidad disminuida reducida a la mitad. El tribunal podrá imponer la pena mínima legal o incluso eximir al autor de sanción si considera que esta resulta innecesaria o inadecuada, sin perjuicio de declarar su culpabilidad.

CONCLUSIONES

El análisis doctrinal y comparado permitió establecer que la corriente subjetiva, al centrar la punibilidad en la voluntad deliberada de contravenir la norma y no exclusivamente en el resultado material, resulta compatible con los principios de culpabilidad, proporcionalidad y mínima intervención. Este enfoque reconoce que el injusto penal se configura en la manifestación de la decisión antijurídica, independientemente de la consumación del daño, lo que ofrece un fundamento más coherente para la aplicación de la tentativa.

Se concluye que la adopción de lineamientos interpretativos basados en el disvalor de la acción contribuiría a una aplicación más uniforme y técnica del artículo 39 del COIP. Asimismo, permitiría fortalecer la racionalidad del sistema penal ecuatoriano, garantizando respuestas judiciales acordes con los principios que orientan el uso legítimo del ius puniendi.

Entre las proyecciones futuras se recomienda la reestructuración del artículo 39 como tal para profundizar el análisis jurisprudencial comparado y promover la capacitación judicial en criterios dogmáticos sobre la tentativa para consolidar una práctica más coherente y garantista con un enfoque subjetivo.

RECOMENDACIONES

1. Fortalecer la interpretación subjetiva del artículo 39 del COIP en la formación judicial y en la práctica forense, tomando como eje la relevancia de la voluntad dolosa del autor en la configuración del injusto. Esto permitiría superar las ambigüedades existentes y asegurar decisiones más técnicas y consistentes en materia de tentativa.
2. Incorporar lineamientos doctrinales explícitos en la jurisprudencia de las cortes superiores, que aclaren los criterios para distinguir entre actos preparatorios y actos de ejecución punible, con el fin de promover uniformidad en la aplicación judicial y garantizar la seguridad jurídica.
3. Desarrollar programas de capacitación para operadores de justicia, particularmente jueces, fiscales y defensores, que integren el estudio sistemático de la teoría del delito y las corrientes dogmáticas de la tentativa, enfatizando en la corriente subjetiva como enfoque coherente con los principios del Derecho penal ecuatoriano.
4. Promover investigaciones académicas adicionales que profundicen en el análisis comparado entre sistemas penales latinoamericanos y europeos respecto al tratamiento del disvalor de la acción, con el objetivo de enriquecer el debate dogmático y fortalecer el fundamento normativo del sistema penal nacional.
5. Fomentar la revisión legislativa futura del artículo 39 del COIP para clarificar su estructura normativa, asegurando una regulación más precisa que evite interpretaciones contradictorias y refuerce la coherencia interna del Código.

REFERENCIAS

- Alba Zurita, E. (2017). Criterios de idoneidad como requisito previo para la configuración de la tentativa en el Código Orgánico Integral Penal. 83.
- Betancourt Rodríguez, S. (04 de Noviembre de 2019). Desistimiento en la Tentativa fracasada del delito. *Revista de Derecho.*, 8, 187-223.
<http://scielo.senescyt.gob.ec/pdf/iush/v8/1390-7794-iush-8-00187.pdf>
- Bramont-Arias, L. (2002). Manual de derecho Penal: Parte General. *Distribuidora de Libros S.A.*, 532. <https://proyectozero24.com/wp-content/uploads/2021/09/Bramont-Arias-Torres-L.M.-2002-Manual-Derecho-Penal.pdf>
- Bravo Figueroa, M. J. (2023). *Regulación del tipo penal extorsión en grado tentativa en el Código Orgánico Integral Penal*. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.
<https://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/22110/1/T-UCSG-PRE-JUR-DER-1225.pdf>
- Bucheli, M. E. (2023). *Iter criminis y tentativa a la luz del derecho penal ecuatoriano*.
<https://www.lexis.com.ec/blog/penal/iter-criminis-y-tentativa-a-la-luz-del-derecho-penal-ecuatoriano>
- Cicerón M. T. (1961). *Catilinarias*. (M. C. Albeniz, Trad.) Instituto de Estudios Políticos.
- Código Orgánico Integral Penal [Coip]. (2014). *Art. 39*. Registro Oficial No 180.
- Código Penal Alemán. (15 de mayo de 1871). *Titulo II Tentativa*. (C. L. Diaz, Trad.) Universidad Externado de Colombia.
- Código Penal de la Nación Argentina LEY 11.179. (1984). *Titulo VI Tentativa*. T.O.
- Código Penal Italiano. (19 ottobre 1930). *Delitto Tentato*.
<https://www.wipo.int/wipolex/es/legislation/details/18132>
- Código Penal Paraguayo. (26 de noviembre de 1997). *Capitulo II Tentativa*. Asunción: Registro Oficial.
- Constitución de la República del Ecuador [Const]. (2008). *Art. 76*. Registro Oficial.
- Creus, C. (2008). *Derecho penal. Parte general*. . Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Feuerbach, P. J. (Agosto de 2023). *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*. Springer, Dordrecht. Madrid, España.
<file:///C:/Users/Genes/Downloads/Feuerbachvozenciclopedia.pdf>

- Figueroa Hurtado, C. (2018). La Tentativa, delitos culposos y el debido proceso. *dspace*, 63. <https://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/8095/1/TUAEXCOMMDP011-2018.pdf>
- Kelsen, H. (1994). *Teoría pura del derecho* (Segunda Edición ed.). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Loaiza Moreno, J. D. (2024). *Análisis jurídico y doctrinario de la figura de tentativa en el Código Orgánico Integral Penal*. Universidad Nacional de Loja.
- Mata, R., & Martín. (2024). Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. 77(1), 800. <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADPCP/issue/view/1111/852>
- Merchán González, M. (2011). *Los actos idóneos e inequívocos como manifestación de la voluntad en la realización del tipo penal violación en grado de tentativa*. Cuenca-Ecuador. <https://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/2916/1/09040.pdf>
- Platón. (1960). *Las Leyes*. (J. M. Pabón, & M. Fernández-Galiano, Trads.) Instituto de Estudios Políticos.
- Reyes Alvarado, Y. (2005). *La imputación Objetiva*. Bogotá: Editorial Temis.
- Reyes Alvarado, Y. (Octubre de 2014). *El delito de tentativa*.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General Tomo I Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Civitas.
- Sánchez-Muñiz, J., & Silva-Gorozabel, J. (2024). Impactos de inversiones públicas y/o privadas en el capital social de América Latina. *Revista Metropolitana de Ciencias Aplicadas*, 234-247.
- Sancinetti, M. A. (2001). *Ilícito Personal Y Participación* (Vol. Segunda Edición). Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Sancinetti, M. A. (2003). *Dogmática del Hecho Punible y Ley Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Sancinetti, M. A. (2017). El disvalor de acción como fundamento de una dogmática jurídico-penal racional. *InDret*, 22. <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1274.pdf>
- Sentencia No. 11282-2018-00996. Corte Nacional de Justicia del Ecuador . (2023, 10 de abril). *Recurso de casación por tráfico de sustancias sujetas a fiscalización*. <https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/bitacora/11282-2018-00996.pdf>
- Sentencia No. 1155-19-EP/24. Corte Constitucional Del Ecuador. (2024, 21 de febrero). *Tentativa de asesinato*.

https://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOiczMWE5YTgyZi0yNDgyLTQ3Y2QtOTlhNC11ODUxODc0YzgzMzgucGRmJ30=

Sentencia No. 1646-23-EP/24. Corte Constitucional del Ecuador. (2024, 03 de octubre).

Inimputabilidad en tentativa de violación por situación mental.

https://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/eyJjYXJwZXRhIjoi dHJhbWl0ZSIsInV1aWQiOiJiYWYyNDkwMi1iZTQ0LTRiMzUtYTBiYi11NGQ0ZmMxNwY5ZWUucGRmIn0=

Silva Sánchez, J. M. (2019). *La expansión del Derecho penal*. Madrid: Civitas.

Vélez, Á. E., & Rodríguez Tagle, C. A. (2023). La interpretación constitucional en Ecuador: Una revisión crítica de las teorías y prácticas actuales. 18.

<https://revistas.ug.edu.ec/index.php/rug/article/view/228/592>

Weizel, H. (1956). *Derecho Penal*. <https://proyectozero24.com/wp-content/uploads/2025/01/Welzel-1956-Derecho-Penal.-Parte-General.pdf>

Yáñez, J. (2021). Estudio jurídico sobre la tentativa y su interpretación en el COIP. . *Revista Iuris Ecuador*, 12(3), 45–59.

Zaffaroni, E. R. (2002). *Derecho penal*. Buenos Aires: Ediar.

Zielinski, D. (1991). *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*. (M. A. Sancinetti, Trad.) Buenos Aires: Hammurabi.