



Doi: <https://doi.org/10.70577/asce.v5i2.915>

Recibido: 2026-05-14

Aceptado: 2026-05-28

Publicado: 2026-06-11

**Calificación normativa de hechos en la tentativa y la fijación de la
consecuencia jurídica**

**Normative qualification of facts in criminal attempts and the determination of
the legal consequence**

Autor

Abg. Damian Homero Guanotuña Humajinga ¹

Abogado en libre ejercicio

dhgu1995@hotmail.com

<https://orcid.org/0009-0006-9986-2824>

Investigador Independiente

Quito – Ecuador

Como Citar

Guanotuña Humajinga. D. H. (2026) Calificación normativa de hechos en la tentativa y la fijación de la consecuencia jurídica ASCE MAGAZINE 5(2) 2903-2974



Resumen

La presente investigación analiza la complejidad técnica que enfrentan los jueces ecuatorianos al determinar la sanción penal en los casos de tentativa. El problema central surge porque el artículo 39 del Código Orgánico Integral Penal exige calcular la pena desde aquella que habría correspondido si el delito se consumaba. Esta regla exige la configuración de una pena teórica, a partir de una suposición que no puede verificarse. La dificultad para aplicar las reglas de individualización aumenta con la complejidad de situaciones. La pena y las circunstancias atenuantes o agravantes, pues muchas de éstas fueron. que se asumiría la consumación del delito. El objetivo busca determinar los límites jurídicos de la subsunción normativa y de la dosimetría. La investigación aplica método de investigación cualitativa, de carácter descriptivo documental. Se demuestra que, el juzgador debe proyectar una ficción ideal sólo a los fines de calcular la pena de referencia, pero en modo alguno puede hacer uso de esa ficción para atribuir resultados inexistentes o aplicar circunstancias de agravación cuyo ajuste no concuerde con los hechos que declara la prueba. Los argumentos de similitud sustancial e identidad de razón pueden funcionar como modos de argumentación disfrazados, sobre todo si tienen por objetivo incrementar la pena. Se concluye que la pena del intento tiene que respetar un límite claro: el derecho permite proyectar la pena, pero no completar artificialmente la realidad. La individualización judicial debe valorar el peligro creado, el grado de ejecución y las circunstancias efectivamente probadas. Si el juez llena vacíos fácticos mediante analogía, ensancha de forma ilegítima el poder punitivo del Estado y vulnera el debido proceso.

Palabras clave: tentativa, legalidad, subsunción, dosimetría penal, analogía.



Abstract

This research analyzes the technical complexity faced by Ecuadorian judges when determining criminal sanctions in cases of attempted crimes. The central problem arises because Article 39 of the Comprehensive Organic Criminal Code requires calculating the sentence based on the penalty that would have been imposed had the crime been completed. This rule necessitates the formulation of a theoretical sentence, based on an assumption that cannot be verified. The difficulty in applying the rules of individualization increases with the complexity of the situations. The sentence and mitigating or aggravating circumstances are often based on the assumption that the crime was completed. The objective is to determine the legal limits of normative subsumption and sentencing guidelines. The research employs a qualitative, descriptive-documentary research method. It demonstrates that the judge should project an ideal fiction only for the purpose of calculating the reference sentence, but in no way may they use this fiction to attribute nonexistent results or apply aggravating circumstances whose application does not correspond to the facts established by the evidence. Arguments of substantial similarity and identity of reasoning can function as disguised modes of argumentation, especially if their objective is to increase the penalty. It is concluded that the penalty for attempted crimes must respect a clear limit: the law allows for projecting the penalty, but not for artificially completing reality. Judicial individualization must assess the danger created, the degree of execution, and the circumstances actually proven. If the judge fills factual gaps through analogy, they illegitimately expand the State's punitive power and violate due process.

Keywords: attempt, legality, subsumption, penal sentencing, analogy.



Introducción

El derecho penal contemporáneo no se legitima por la sola existencia de una norma sancionadora. Su validez depende de que el poder punitivo del Estado se ejerza dentro de límites claros, previsibles y controlables. En un Estado constitucional de derechos y justicia, la pena solo puede imponerse cuando existe una conducta previamente descrita por la ley, un proceso respetuoso de garantías y una decisión judicial fundada en razones jurídicas. El presente estudio aborda un problema fundamental de la práctica penal ecuatoriana: la calificación. Las reglas de los hechos en la tentativa y la asignación de su efecto jurídico.

En el caso de la tentativa, los sujetos inician la ejecución del tipo penal, desarrollando actos idóneos e inequívocos, pero el resultado no se llega a producir por causas ajenas a la voluntad de tales sujetos. Esta figura crea un problema especial para el juez, ya que el hecho que se juzga no está completo. Hay dolo, hay ejecución y hay peligro para el bien jurídico, pero falta la consumación. Por ello, el proceso de subsunción no puede operar con la misma facilidad que en el delito consumado, donde la conducta y el resultado suelen aparecer plenamente verificables.

El artículo 39 del Código Orgánico Integral Penal intensifica esta dificultad, ya que, la norma ordena sancionar la tentativa con una pena de uno a dos tercios de aquella que habría correspondido si el delito se consumaba. Esta disposición significa que el juez debe crear una pena hipotética. Para. debe imaginar la situación de consumación ideal y desde allí aplicar las. Las penas privativas de la libertad se encontrarán sujetas a las reglas de individualización de la pena previstas en el artículo 54 del COIP. Cuando valore. Que, fuere el caso, las circunstancias atenuantes o agravantes reguladas en el artículo 44. El cálculo. Esto no es sencillo ya que ocurre a partir de un resultado que nunca aconteció.

La tentativa está constituida por una concreción fáctica que no ha sido consumada. Por el contrario, se tomaron del modelo del delito consumado muchas reglas de individualización y varias circunstancias modificatorias. Por lo tanto, en varias ocasiones el legislador describe acciones que se han terminado. El juez se enfrenta a una asimetría cuando trata de aplicar dichas reglas a actos truncados. La premisa mayor normativa exige consumación, mientras que la premisa menor fáctica da fragmentos. Ahí, la calificación jurídica se convierte en una operación técnica muy rigurosa.



En una estructura de tipo silogismo, la regla funciona como una premisa mayor, los hechos como una premisa menor y la decisión como una conclusión. Sin embargo, en el intento, los hechos no siempre contienen todos los elementos que la norma presume. El magistrado debe averiguar si en la realidad concurre una agravante o atenuante o si solo podría haberlo hecho en caso de consumación. Lo fundamental es diferente. Lo que fue probado puede valer. Lo afirmado en el imaginado no puede servir como causa autónoma para agravar la pena.

El artículo 13, numeral 3 del COIP prohíbe usar la analogía para crear infracciones, ampliar presupuestos de sanción o restringir derechos. Esta regla impone una interpretación penal estricta y sujeta al sentido literal de la norma. Por ello, el juez no puede aplicar una agravante porque el hecho se parece al supuesto previsto, ni porque comparta una supuesta identidad de razón. En materia penal, la semejanza no reemplaza a la tipicidad.

Así, empieza a presentar un peligro mayor que el que establece el autor legal. En otras palabras: el juez deja de interpretar y comienza a integrar. Es decir, extiende por dentro el tipo. Por ello, no podemos hablar de reforzamiento ilícito. De hecho, el magistrado en estos tipos no está reforzando nada, está creando nuevos hechos delictivos. Con esto, damos respuesta distinta a la que proponen corrientes doctrinales. Además, la aplicación de los tipos agravados no lo será fuera del sentido.

La investigación procura delinear el límite entre una calificación normativa que es válida y una aplicación extensiva que se encuentra prohibida. La idea de que existió un resultado ideal, que sirve para calcular la tentativa, no debe confundirse con una ficción. Su función es únicamente de medir dosis, no de crear. Se estudia si, dada la indeterminación del caso, se pueden utilizar razones integrativas que influyan en la legalidad, la proporcionalidad y el debido proceso, o bien, si la judicatura puede sostener una subsunción cabal con conductas fragmentarias.

Mediante un método hermenéutico-analítico, se revisan las disposiciones del COIP relacionadas con la tentativa, la individualización de la pena, las circunstancias modificatorias y la interpretación penal estricta. El análisis se complementa con la Sentencia 1364-17-EP/23 y el Dictamen 1-24-CP/24 de la Corte Constitucional del Ecuador, porque ambos desarrollan criterios relevantes sobre legalidad, reserva de ley y proporcionalidad. Con ello se busca ofrecer una respuesta jurídica clara a un problema que compromete los límites mismos del castigo penal.



Material y métodos

La investigación adopta una metodología cualitativa, con enfoque descriptivo y dogmático. El objeto de análisis exige examinar normas, categorías penales, criterios jurisprudenciales y formas de razonamiento judicial. Por ello, el estudio se concentra en comprender cómo se califica jurídicamente una conducta tentada y cómo se fija la pena cuando el hecho no llegó a consumarse.

El enfoque cualitativo permite que el análisis del intento, la subsunción normativa, la individualización de la pena y la legalidad estricta no son fenómenos cuantificables en sentido estricto. Son construcciones jurídicas que exigen interpretación, vinculación sistemática y control argumentativo. En este marco, la investigación estudia el problema de la “calificación normativa de los hechos en el intento y la consumación de la consecuencia jurídica “todo a través de la práctica judicial ecuatoriana.

El carácter descriptivo nos permite identificar y sacar a la luz la forma en que opera el penal. Cuando el conjunto de actos que constituyen el delito no esté completo. Describe la tensión que se origina cuando el juez tiene que sancionar la conducta de la que ha comenzado la ejecución. La ejecución del delito. Este diagnóstico tiene la intención de exponer el obstáculo metodológico que la explicación y aceptación de los hechos genere. En el proceso de calificación y en la subsunción formal que se lleva a cabo en la justicia penal.

El estudio analiza la relación entre los delitos intentados y las normas individualizadoras de la pena, los atenuantes y los agravantes y el principio de legalidad estricta. En este sentido se observa cómo fueron escritas bajo la lógica del delito consumado cuántas circunstancias modificatorias. Esta estructura normativa puede entrar en conflicto con la naturaleza fragmentaria que siempre presenta el comportamiento fáctico del intento.

El estudio es hermenéutico en cómo interpreta el significado de las reglas de derecho penal aplicable y analítico en que descompone el problema en sus componentes más fundamentales: la regla como premisa mayor, los hechos tentativos como premisa menor, la pena hipotética como ejercicio de proyección y, finalmente, la estricta legalidad como argumento de limitación del razonamiento judicial. De este modo se pudo evaluar si la subsunción permanece en el texto legal o se desplaza a formas indebidas de integración.



El análisis se centra en el Código Orgánico Integral Penal, especialmente en las disposiciones sobre tentativa, individualización de la pena, circunstancias modificatorias e interpretación penal estricta. La investigación se apoyó de jurisprudencia de la Corte Constitucional en la Sentencia 1364-17-EP/23 y el Dictamen 1-24-CP/24, lo cual, permitió delimitar el contenido del principio de legalidad, la reserva de ley, la taxatividad y la competencia del legislador en materia penal. La Sentencia 1364-17-EP/23 permitió comprender la legalidad como garantía del debido proceso y como límite al poder punitivo. El Dictamen 1-24-CP/24 pudo ubicar la creación y graduación de penas dentro del ámbito de configuración legislativa.

Resultados

La teoría de la tentativa (*inter criminis*)

El *iter criminis* explica el tránsito del delito desde la idea hasta su consumación, la fase interna pertenece a la mente del sujeto y comprende la ideación, deliberación y la aplicación. Pese que ahí se puede formar una decisión contraria al derecho, todavía no existe conducta penalmente relevante, porque el derecho penal no castiga el pensamiento, por lo tanto, la primera fase es impune, ya que, falta un hecho exterior que pueda ser valorado como típico, antijurídico y culpable (Santacruz & Bustamante, 2023).

Por otro lado, la fase externa empieza cuando aparecen los actos preparatorios o de ejecución, es decir, la consumación, para ello el sujeto empieza a conseguir medios o vigilar el lugar. Sin embargo, esta fase tampoco es imputable porque no constituye un delito autónomo (Santacruz & Bustamante, 2023). La ejecución, en cambio, marca el inicio al tipo penal, puesto que, la conducta ya no es una mera preparación, sino inicia la consumación del delito y se cumplen los elementos del tipo cuando el autor alcanza su fin posterior.

La tentativa surge cuando el autor actúa con dolo, inicia actos de ejecución del delito y no consuma el mismo por causas ajenas a su voluntad. Desde la teoría del delito, inicia en la tipicidad, porque amplía el alcance del tipo consumado hacia una conducta incompleta, así también exige antijuridicidad, pues crea un riesgo no permitido para el bien jurídico, y culpabilidad, porque el



sujeto puede ser procesado por haber dirigido su voluntad hacia la lesión del bien jurídico (Dubón, 2025).

La tentativa contiene una base fáctica que quedó inconclusa y jamás se materializó en la violación del bien jurídico protegido, ya que, no existe resultado pleno, pero sí hay una acción penalmente relevante (Roxin, 2019). En este sentido, desde la teoría subjetiva mira la voluntad criminal exteriorizada y desde la teoría mixta exige ambos elementos: dolo y peligro objetivo, siendo aquí donde evita castigar simples intenciones y, a la vez, reconoce que el inicio ejecutivo ya afecta la seguridad del bien jurídico.

Los actos idóneos e inequívocos son el filtro que separa la tentativa punible de una conducta ambigua, ya que, la idoneidad supone que la acción y los medios empleados se identificaron antes del resultado, aptitud para producir la lesión esperada. Si el medio es ineficaz, no hay peligro real, por lo que, el medio inequívoco exige que el acto apunte de modo claro hacia la consumación del tipo penal (Villa, 2025). El hecho debe revelar por sí mismo el sentido delictivo de la conducta. Son actos no consumados porque la iniciativa se corta por una causa externa, como la intervención de terceros, defensa de la víctima o una falla material ajena al autor.

Como la tentativa no se llega al resultado, el juez no puede juzgar una consumación real, si no que, debe construir una consumación ideal, lo cual, no significa inventar hechos, sino proyectar jurídicamente el inicio y preguntarse si, de no haber sido interrumpido, habría conducido al cometimiento del delito (Sommer, 2025). Esta operación si se tiene miedo de la tentativa que es al delito consumado como patrón normativo. Por esta razón, se comporta como una extensión del tipo penal básico, dado que se basa en los hechos probados.

La pena que debe aplicarse es menor que la correspondiente al delito consumado, pues la lesión no se produjo o no se completó. La tentativa se da cuando existe un conjunto de voluntad dolosa, ejecución y peligro concreto (Bañuelos & Loera, 2025). La proporcionalidad impide tratar igual lo consumado y la tentativa. Pues la consumación ideal permite sancionar una conducta que no alcanzó su fin, pero que ya superó el umbral de la mera preparación y puso en marcha una agresión penalmente relevante contra el bien jurídico protegido.

Teoría de la Determinación de la Pena (Dosimetría Penal)



Mediante la individualización el juez convierte la pena abstracta prevista por la ley en una sanción concreta. Según Junior (2026) es un juicio técnico, evaluador y judicial que identifica en cantidad y calidad, la respuesta penal que corresponde al hecho criminal y a su autor. Esto se debe a que la fijación de la pena expresa la despenalización criminal penal secundaria; aquí la norma deviene una consecuencia jurídica individual.

La pena concreta debe ser legal, proporcional, humana y compatible con la culpabilidad, según Ferrajoli (1999), la pena concreta debe ser lícita, proporcional, humana y compatible con la culpabilidad. La legalidad establece el marco, la proporcionalidad evita excesos, la nocividad exige atender el daño o peligro generado y la humanidad excluye penas incompatibles con la dignidad. La culpabilidad cumple una función central, porque mide el reproche personal, incluso se ha sostenido que la culpabilidad no debe permanecer solo como elemento del delito, sino ubicarse también en la teoría de determinación de la pena, ya que limita la sanción y evita que el castigo supere el grado de responsabilidad del autor (Dworkin, 1986).

El Estado define delitos y asigna marcos penales con mínimos y máximos, por lo que, en la fase judicial, el juez concreta ese marco según la gravedad del hecho, el modo de ejecución y las condiciones relevantes del agente. En la fase ejecutiva, la sanción impuesta se cumple bajo reglas fijadas a su administración y finalidad. La fase judicial es la más delicada, porque se decide cuanto castigo merece una persona concreta por un hecho concreto (Soria & Oviedo, 2022).

Los factores atenuantes se refieren a la falta de antecedentes, confesión, reparación, colaboración o capacidad disminuida de culpabilidad. Por el contrario, los factores que agravan aumentan el desvalor del hecho, o bien la manera de actuar (Quezada & Ramírez, 2024). Pueden expresar mayor peligro, abuso, violencia, pluralidad de agentes, reincidencia o especial indefensión de la víctima, lo cual, permite ubicar la pena dentro del marco legal de modo razonado y verificable.

Cuando el delito solo contiene circunstancias genéricas, puede aplicarse el sistema de tercios, pues el juez divide el marco penal en tres segmentos: inferior, medio y superior. La presencia de atenuantes inclina la pena hacia el tramo menor; la concurrencia de agravantes permite avanzar hacia tramos más altos; la mezcla de ambas exige ponderación (Dworkin, 1986). Este modelo busca limitar la discrecionalidad del juez y proporcionarle una estructura a la pena.



Los sistemas de tercios pueden no ser suficientes porque cada circunstancia atenuante se integra a la estructura del delito en cuestión. Por ello, se plantea un sistema escalonado. El juez identifica el espacio punitivo total y lo divide entre el número de circunstancias específicas agravantes establecidas por la ley (Villa, 2025). Luego parte del mínimo legal y suma el valor correspondiente a las agravantes probadas, por lo que, la pena se construye mediante un incremento gradual, vinculado con datos normativos y fácticos del caso.

Muchas atenuantes y agravantes han sido redactadas bajo “la premisa del delito consumado, describiendo acciones plenamente ejecutadas o resultados efectivamente verificados”. Esa redacción presupone que el daño se produjo, que la ejecución llegó a su fin o que el autor completó la lesión del bien jurídico. Agravantes como causar lesiones graves, actuar con especial crueldad o asegurar la fuga mediante actos posteriores suponen una base fáctica completa. Si el delito quedó en tentativa, esa base no existe en los mismos términos (Dworkin, 1986).

La tentativa tiene dolo y comienzo de ejecución, pero no consuma el delito, por ello, no puede recibir el mismo peso dosimétrico que una consumación efectiva. El juez debe construir una consumación ideal solo como referente lógico. Por lo que, primero debe reducirse el marco penal abstracto por la tentativa o por la causal de disminución aplicable, operando sobre el mínimo y el máximo de la pena conminada, generando un nuevo espacio punitivo (Junior, 2026). Después de ello se puede aplicar el sistema escalonado o la ponderación de circunstancias, evitando que una agravante absorba el menor injusto propio de la conducta truncada.

Por lo tanto, la dosimetría penal trabaja como una técnica de control del poder punitivo en delitos tentados, donde debe armonizar dos datos: la dirección dolosa hacia la consumación y la ausencia del resultado final. La pena justa no niega el peligro creado, pero tampoco simula una lesión consumada. La individualización correcta sanciona lo que ocurrió, valora lo que pudo ocurrir y limita la respuesta estatal a la medida del reproche probado.

El proceso de subsunción de los hechos

La norma actúa como premisa mayor; los hechos fijados en el proceso, como premisa menor; y la consecuencia jurídica, como conclusión. Bajo este esquema, decidir significa verificar si el hecho concreto encaja en la descripción abstracta del tipo penal (Gallo, 2022). La norma jurídica actúa

como la mayor, los hechos como la menor y la decisión es el resultado de esa estructura de deducción.

a relación entre el lenguaje jurídico y el estado de hecho debe ser una subsunción formal en cuanto a la cuestión en revisión. En otras palabras, sólo porque afirmemos que la conducta puede parecer delictiva, no es suficiente; debe probarse la concurrencia de cada uno de los elementos del tipo en el hecho para que se genere una subsunción formal. La relación dará sentido al silogismo subsuntivo. Es decir que hay subsunción cuando una premisa fáctica, formal (Domínguez, Gómez, & Cristea, 2023). Por lo que, si el tipo exige sujeto activo, verbo rector, objeto material, resultado y nexos causales, la sentencia debe mostrar cómo cada dato aparece probado.

Según Ferrajoli (1999) los hechos llegan como relatos, pruebas, indicios, versiones y fragmentos. Por eso, antes de subsumir, el juez debe calificar. La calificación jurídica de los hechos consiste en traducir la realidad al lenguaje del derecho. El hecho histórico se depura y se convierte en hecho jurídicamente relevante. Por lo que, el proceso opera por inferencias y valoraciones.

La calificación jurídica permite saber qué parte del relato importa para el derecho penal y qué parte queda fuera, por ejemplo, una agresión, una amenaza o una huida adquieren valor cuando se ubican dentro de un tipo penal. En este caso, la premisa fáctica debe ser susceptible de subsunción directa, es decir, debe encajar elemento por elemento en la figura penal aplicable (Ferretti, 2022), por lo que, si el relato ambiguo, la subsunción pierde base.

La acusación debe describir hechos con aptitud de subsunción directa al tipo penal, porque solo así el procesado sabe de qué debe defenderse. Una calificación imprecisa altera el juicio, desplaza la carga argumentativa y abre espacio a decisiones arbitrarias. Por lo que, la indeterminación de un elemento relevante pueda conducir a la atipicidad y a la absolución, si el hecho no permite completar el supuesto normativo exigido por la ley.

El juez selecciona, ordena y califica, en este punto, la subsunción puede expresarse en fórmulas de síntesis argumentativa, incluso mediante adjetivos que integran la razón decisoria (Garzón, 2026). Por lo que, un error produce falsa aplicación de la ley, pues el defecto se ubica en la premisa menor y afecta la relación con el tipo.



En el caso de la tentativa, la premisa mayor conserva la rigidez del delito consumado, la norma suele describir un hecho pleno: una conducta ejecutada, un resultado producido y una afectación verificable del bien jurídico. El tipo está redactado como si el *iter criminis* hubiese llegado a su culminación (Dubón, 2025). Exige completitud, porque está pensado para hechos acabados.

El juez no tiene ante sí un delito completo, existe dolo, comienzo de ejecución y dirección hacia el resultado, sin embargo, la lesión final o la realización plena del tipo no existen, por lo que, la realidad probada no contiene todos los elementos que la premisa mayor exige, en este proceso se crea una asimetría donde la norma pide un hecho completo, pero el proceso solo ofrece una base fáctica inconclusa.

Por lo que, ante la falta de resultado, no hay adecuación típica completa, ya que, la premisa menor no encaja elemento por elemento en la premisa mayor. Ese razonamiento conduciría a negar relevancia penal a conductas que ya han superado la preparación y han ingresado en la ejecución del delito (Bañuelos & Loera, 2025). La lógica formal, usada sin corrección dogmática, terminaría produciendo impunidad frente a una voluntad delictiva exteriorizada.

En el caso de la tentativa, los hechos siguen siendo incompletos, solamente cambia la forma jurídica de leer la premisa mayor, debido que, la norma del delito consumado se combina con la regla de tentativa y permite una subsunción indirecta. El juez ya no pregunta solo si el resultado se produjo, sino si los actos probados, por su idoneidad e inequívocidad, habrían conducido a la consumación de no haber sido interrumpidos (Santacruz & Bustamante, 2023).

La subsunción formal en la tentativa muestra que sigue siendo necesaria una lógica silogística, pues de ella se deriva el orden de decisión y se forcejea la coherencia entre norma, hecho y consecuencia. No obstante, se producirán ajustes dogmáticos cuando la realidad probada por la ley no coincida con la forma plena del tipo. La función de la subsunción formal en el intento consiste en vincular una base fáctica incompleta con una regla rígida, sin romper la legalidad y sin sacrificar la proporcionalidad.



El grado de tentativa y el principio de estricta legalidad

El estado no puede investigar, juzgar ni sancionar si no hay una ley en su momento previa, clara y vigente que dice cual acción realizar y que pena corresponde. Esa norma no es una cosa de juego. Es un derecho que nos protege contra el uso arbitrario de la autoridad. Esto es así porque limita la sanción de una persona por motivos morales, políticos, sociales o de cualquier otro tipo que no seas los que establece el legislador (Abarno & Piegas, 2019).

La persona procesada debe conocer, antes del hecho y durante el proceso, cuál es la conducta atribuida, cuál es el tipo penal invocado y cuál es la consecuencia posible. Por eso, la legalidad obliga al juez a no salirse del marco fijado por la ley (Duhalde, 2015). En esa medida, opera como una garantía indispensable para proteger derechos fundamentales y limitar la intervención coactiva del Estado.

La estricta legalidad se expresa en las exigencias de ley previa, ley escrita, ley cierta y ley estricta, la ley previa impide castigar hechos anteriores a la norma. La ley escrita excluye la costumbre como fuente creadora de delitos. La ley escrita excluye a la costumbre como fuente del delito. La ley en sentido específico exige una descripción clara de la conducta prohibida; en cambio, la ley en sentido estricto prohíbe extender el tipo penal más allá del texto (Parra, 2020).

El juez debe apartarse del sentido gramatical y semántico del tipo, no puede por ende modificar el verbo rector, ampliar sus objetos ni incluir conductas que no contiene el texto. La interpretación literal no excluye toda labor hermenéutica, de la cual es sujeto el juzgador; esto es así porque la norma exige siempre comprensión El juez puede especificar el sentido de una palabra que no tiene un sentido concreto, pero no puede crear una nueva regla bajo el pretexto de interpretar.

Si el tipo penal exige “acceder” a un sistema, no alcanza con “facilitar”, “preparar” o “posibilitar” el acceso, a menos que así lo disponga la ley. Si se exige un efecto, no puede haber algo que se dé por producido por lo que no lo fue. El derecho penal y los actos que lo contravienen están para garantizar la seguridad jurídica (Domínguez, Gómez, & Cristea, 2023). Una infracción debe estar delimitada sin ambigüedad, pues solo así el ciudadano puede orientar su conducta y prever las consecuencias jurídicas de sus actos.



La analogía aparece cuando el juez aplica una norma a un caso no previsto, por considerar que existe una razón semejante entre el supuesto regulado y el no regulado. Según Dworkin (1986) esa operación está vedada cuando crea responsabilidad, agrava la pena o amplía el alcance del castigo. En la sanción, los delitos y las penas deben ser individualizadas con precisión del tema a tratar para no confundir.

La necesidad de evitar la impunidad puede llevar a encajar hechos novedosos en verbos rectores que no los comprenden. Algunos jueces encuadran conductas atípicas en verbos que consideran adecuados. Dubón (2025) explica que, los jueces orientan la interpretación, pues si el juez castiga por la finalidad dañosa, aunque falte la acción típica, abandona la legalidad y sanciona por peligrosidad o reproche moral (Ferrajoli, 1999). Esa forma de decidir rompe la presunción de inocencia, porque condena por un hecho que la ley no describió de modo expreso.

El juez debe constatar si el hecho probado encaja en la norma, solamente puede ensanchar de forma ilegítima el poder punitivo del Estado cuando usa analogías encubiertas para aumentar la pena, incluir agravantes no previstas o convertir actos preparatorios en delitos consumados, invade la competencia legislativa. La creación de delitos y penas corresponde al órgano legislativo, no al tribunal.

Ferreti (2022) expresa que, la tensión entre la aplicación estricta de la ley y la consideración de circunstancias concretas, si existe una laguna, el juez no puede llenarla contra el procesado. Debe absolver cuando falta adecuación típica, aunque el hecho parezca grave. La sentencia penal debe mostrar que la conducta fue previamente prohibida, que la norma fue aplicada dentro de su sentido literal y que no se usaron fórmulas de semejanza para agravar la situación del acusado. Este control impide que el derecho penal se convierta en una herramienta expansiva frente a la insuficiencia normativa.

Discusión

La tentativa de acuerdo con el artículo 39 del Código Orgánico Integral Penal (2014) no castiga un delito consumado, sino una ejecución que quedó inconclusa. Según Dubón (2025) la tentativa es una ejecución que no logra consumarse o cuyo resultado no llega a verificarse por causas ajenas a la voluntad del autor, pese a que este inició dolosamente el tipo penal mediante actos idóneos e



inequívocos. Luego dispone que la pena aplicable será de uno a dos tercios de la que habría correspondido si el delito se consumaba.

La expresión “la que le correspondería si el delito se habría consumado” obliga al juez a construir una pena referencial, que permite medir la sanción de una conducta no consumada, por ello, el juez debe identificar el delito al que se dirigían los actos ejecutivos, fijar el marco penal del tipo consumado y proyectar, con base en los hechos probados, cuál habría sido la pena si la consumación se verificaba.

Por otro lado, de acuerdo con el artículo 54 del COIP, la pena no puede fijarse de modo abstracto ni uniforme, es decir, el juzgador debe individualizar la pena para cada persona, incluso si existen varios responsables en una misma infracción (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014). Para ello, deberá observar las circunstancias del hecho punible, las atenuantes y agravantes, las necesidades y condiciones de la víctima, la gravedad de la lesión a sus derechos, el grado de participación y las circunstancias que limiten la responsabilidad penal.

En la tentativa, según el artículo 54 al no existir un resultado consumado, la “gravedad de la lesión” no puede tratarse de la misma forma que en un delito perfeccionado, ya que, la lesión puede no haberse producido, o puede haberse producido solo de manera parcial (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014). Por eso, el juez debe valorar el peligro creado, la cercanía de la acción con la consumación, la idoneidad de los medios usados, el grado de avance del plan y la razón externa que impidió el resultado (Domínguez, Gómez, & Cristea, 2023). Solo de esta manera se puede establecer una pena reducida a un tercio o a dos tercios de la pena proyectada.

El artículo 44 del COIP establece que, si existen al menos dos atenuantes y no concurren agravantes no constitutivas ni modificatorias de la infracción, se impondrá el mínimo del tipo penal reducido en un tercio. También dispone que, si existe al menos una agravante no constitutiva ni modificatoria, se impondrá la pena máxima prevista en el tipo penal aumentada en un tercio (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014).

De acuerdo con la norma, existe un diseño donde el juez debe construir la pena que habría correspondido al delito consumado, con las reglas ordinarias de individualización y con las circunstancias atenuantes o agravantes que resulten aplicables. Después, sobre esa pena de



referencia, debe aplicar la reducción propia de la tentativa. De esta manera se garantiza la disposición contenida en el artículo 39, porque la reducción de uno a dos tercios solo puede operar sobre una pena previamente identificada.

Pero aquí es donde se crea un límite, ya que, la pena hipotética de consumación no autoriza a completar la premisa fáctica con resultados no ocurridos. La “consumación ideal” es un referente jurídico para calcular la sanción, no una reconstrucción libre del daño (Bañuelos & Loera, 2025). Aunque el juzgador podrá preguntarse qué pena habrían correspondido, si no se hubiese interrumpido el curso normal del cometimiento del delito, ello sólo puede ser una idea y su uso sólo podrá ser fundado en actos demostrados. Por lo tanto, si una agravante exige un resultado realmente verificado y tal resultado no ocurre.

Con base en la premisa del delito consumado, es decir, hechos totalmente ejecutados o resultado comprobado, se creó el catálogo de agravantes y atenuantes, esta base fáctica es incierta en los delitos de tentativa. Hay actos idóneos e inequívocos, dolo y peligro, pero falta su consumación. Por lo que, si el juez aplica de modo automático una agravante pensada para un daño consumado, puede sancionar una consecuencia que nunca existió, lo cual, resulta desproporcional y altera la naturaleza de la tentativa.

Algunas agravantes pueden concurrir de manera plena desde la fase ejecutiva, por ejemplo, según Sommer (2025), la alevosía, pluralidad de agentes, el abuso de superioridad o el aprovechamiento de una condición de indefensión pueden estar presentes, aunque el resultado no se produzca. Existen supuestos en los que su aplicación no depende de imaginar la consumación, sino de comprobar si el hecho probado encaja literalmente en el supuesto legal.

Si la circunstancia agravante describe el modo de ejecución y ese modo existió, se puede valorar. Sin embargo, si describe un resultado consumado y ese resultado no se ha producido, no se puede aplicar. Por ejemplo, no es lo mismo ejecutar el acto con dos personas, que afirmar que “se incrementaron las consecuencias dañosas” cuando el último perjuicio no fue consumado. Tampoco es lo mismo aprovechar una situación de indefensión real que sostener, por analogía, que otra situación no prevista por la norma es equivalente, en este caso el juez debe atender a la legalidad y no valorarla.



El artículo 13 del COIP ordenan que la interpretación penal se realice de acuerdo con la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Pero, de forma específica, dispone que los tipos penales y las penas se interpretarán en forma estricta, respetando el sentido literal de la norma. Además, prohíbe la analogía para crear infracciones, ampliar los presupuestos legales que permiten aplicar una sanción o medida cautelar, o establecer restricciones de derechos (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014).

El juez no puede ampliar el contenido de una agravante porque el caso le parezca parecido al supuesto legal. No solo se prohíbe crear nuevos delitos por analogía; también se prohíbe ampliar los presupuestos que permiten imponer una sanción más grave. Por lo tanto, no se puede aplicar una mejora por “similitud sustancial” ni por “identidad de razón” si el hecho no se ajusta a su texto.

De acuerdo a la Sentencia 1364-17-EP/23, la legalidad es garantía del debido proceso y es un límite transversal al poder punitivo del Estado. Su dimensión formal exige reservas legales: infracciones y sanciones deben aparecer por escrito en un estándar con rango legal. Su dimensión sustantiva exige la tipicidad: el comportamiento sancionador ha de ser previsto antes del acto, con pautas claras y precisas, y sólo se podrá sancionar en virtud de taxativos supuestos de hecho de la ley. La Corte rechaza la interpretación extensiva y la aplicación analógica de tipos y penas (Sentencia 1364-17-EP/23, 2023).

El artículo 39 amplía el ámbito del tipo de delito consumado porque así lo establece la ley. La extensión es legal, expresa y limitada. Sin embargo, ello no permite la segunda prórroga judicial sobre la agravante. El juez puede abaratar la pena del intento entre uno y dos tercios. También podrá valorar circunstancias de agravación que efectivamente se llevaron a cabo. Lo que no puede hacer es trasladar una circunstancia agravante a un hecho similar que el legislador.

Los argumentos de «similitud sustancial» o «identidad de razón» parecen bastante razonables. Después de todo, la comparación de un coche. Pero se trata de una analogía disfrazada. Ya que el juicio no dice, se está ampliando la norma. Al contrario, sostiene que la causa del caso es la misma. Es decir, una situación no descrita pasa a ser como si fuera una situación descrita. Cuando sirve para aumentar la pena, desplaza el texto legal y sustituye la decisión legislativa por una valoración judicial (Abarno & Piegas, 2019).



En el caso de la tentativa, ante un hecho incompleto, aunque no se produjo el resultado agravado, los actos apuntaban a ese resultado. También puede afirmar que una circunstancia no prevista produjo el mismo peligro que una agravante legal. Pero esa forma de razonar confunde prognosis con analogía. Según el contenido del artículo 39 solo se puede computar la pena de referencia del delito que se intentó. Es decir, no ordena crear hechos agravantes ni ampliar los presupuestos punitivos.

El artículo 39 ordena calcular la pena del intentó a partir de la pena que le hubiera correspondido al delito consumado. El artículo 54 permite individualizar la pena teniendo en relación las circunstancias; la víctima; el agravio que el propio imputado ha agravado; y demás. participación y límites de responsabilidad. El artículo 44 regula la incidencia atenuante. Pero el artículo 13 controla todo el sistema y exige interpretación literal en tipos y penas. Por tanto, la dosimetría de la tentativa debe ser proyectiva en la pena, pero estricta en los presupuestos (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014).

El Dictamen 1-24-CP/24 señaló que la estricta legalidad en materia penal exige un debate parlamentario adecuado para fijar aspectos del contexto normativo penal, incluida la gradación de penas. También afirmó que el debate legislativo garantiza participación democrática y que la legitimidad del poder punitivo demanda intervención representativa del pueblo en la discusión de reformas penales (Dictamen 1-24-CP/24, 2024).

La decisión sobre agravar una pena corresponde al legislador, porque la agravación significa medir la intensidad de la reacción punitiva. Es preciso dejar claro que, si una circunstancia no está en el catálogo legal, el juez no puede incorporarla por analogía. A lo largo de una serie de decisiones, la Corte utilizó el principio de proporcionalidad asociándolo con una cuidadosa tipificación del tipo de comportamiento, como así también con una razonable mensura de las consecuencias (típicas o atípicas). Todo en función del bien jurídico afectado, el daño causado, o el peligro sufrido (Dictamen 1-24-CP/24, 2024).

De acuerdo con el juez, la actividad de interpretar y aplicar el derecho no puede satisfacer por analogía el derecho incompleto. Si el legislador no le dio el carácter de agravante, esa omisión no



puede ser subsanada en sede de sentencia en perjuicio del procesado o encausado. La solución a una mala técnica legislativa es la reforma, no la agravación punitiva que construye el juez penal.

En cuanto a la tentativa, la reducción en uno o dos tercios cumple una función material, en el sentido de que se ha reconocido que el dolo existió, aunque el resultado no se consumó, siempre que no se le haya hecho antes ninguna agravante no verificada. En este sentido, la pena que finalmente se imponga, tras la reducción, acarreará un aumento ilegítimo. Esto también se da si luego de la reducción se incorporan agravantes por analogía. Incumplimiento patente.

El juez tiene que identificar el delito que se pretendía, por consiguiente, tiene que determinar la pena hipotética que le habría correspondido al delito consumado, sólo en razón de circunstancias probadas y que encajen al pie de la letra en la norma. Segunda medida de reducción. Posteriormente tiene que aplicar la reducción del artículo 39 al importe que ha resultado de la regla anterior. En este momento, el contribuyente tiene que motivar por qué se ubica en uno, en dos tercios o en un punto intermedio. Por último, debe explicar la individualización de acuerdo con el artículo 54, sin confundir peligro creado con resultado producido.

Si se acercaron a la consumación, la pena puede aproximarse a la reducción de la pena límite superior. Si se trata de un modo de agravar el hecho, como por ejemplo actuar con alevosía o en forma plurales, serán computables si se cumple su texto (Bañuelos & Loera, 2025). Pero si la agravante exige una consecuencia dañosa que no ocurrió, solo podrá considerarse el peligro dentro del margen del artículo 39 y del artículo 54, no como agravante autónoma.

Por lo que, si una persona dispara contra otra por la espalda y falla por una causa externa, la tentativa puede valorar la proximidad al resultado y el modo sorpresivo si la agravante legal se satisface literalmente. Pero no puede afirmarse que hubo muerte, lesión grave o aumento efectivo de consecuencias dañosas si nada de eso se produjo. El juez puede decir que existió peligro alto. No puede decir que existió un resultado agravado.

Por ende, de acuerdo con el artículo 39 del COIP existe una abstracción legítima: proyectar la pena del delito consumado para reducirla por tentativa, lo cual se completa con los artículos 44 y 54, porque la pena de referencia debe individualizarse y debe considerar atenuantes o agravantes aplicables. Pero todo el ejercicio queda gobernado por el artículo 13, numeral 3, que prohíbe la



analogía para ampliar los presupuestos de una sanción. La tentativa permite una consumación ideal para calcular, no una consumación ficticia para agravar.

La Sentencia 1364-17-EP/23 y el concepto 1-24- CP/24 los que establecen que la legalidad es garantía del debido proceso y está relacionada con el principio de reserva de ley, tipicidad, certeza y prohibición de la analogía. La calificación de pena y la mensura de la pena son atribuciones del poder legislativo, que impide que el juez aumente su poder punitivo con argumentos de similitud. La pena por tentativa debe ser estricta en la norma, prudente en la proyección y proporcional al hecho probado.

Conclusiones

El artículo 39 del COIP exige sancionar una conducta que no llegó a consumarse, pero ordena calcular la pena tomando como referencia aquella que habría correspondido si el delito se realizaba por completo. El hecho probado no contiene todos los elementos de la consumación, existe dolo, inicio de ejecución y actos idóneos e inequívocos, pero falta el resultado final. Por eso, la dosimetría penal se apoya en una base fáctica incompleta.

El juez debe aplicar las reglas de individualización de la pena y valorar atenuantes o agravantes. En la tentativa, el hecho aparece fragmentado, por lo que, el juez debe decidir si una circunstancia concurrió realmente o si solo habría podido concurrir en un escenario hipotético. El juez debe proyectar una pena hipotética, pero no puede completar la realidad mediante analogías.

La interpretación penal debe mantenerse dentro del sentido literal de la norma, por lo que, si existe un agravante que exige un resultado y ese resultado no ocurrió, no basta sostener que el hecho tenía la misma dirección lesiva. Si bien es cierto, tales argumentos pueden parecer razonables, pero en materia penal sirven para ampliar los presupuestos de sanción fuera del texto legal.

La subsunción normativa exige que el juez distinga entre proyección de pena y creación de presupuestos fácticos, de acuerdo con el artículo 39 permite proyectar la pena del delito consumado para reducirla por tentativa. No permite fingir que se produjeron circunstancias que el proceso no probó, ya que, una agravante de modo puede aplicarse si el modo de ejecución existió en la realidad,



como la intervención de varias personas o el aprovechamiento de una situación expresamente prevista por la ley.

Por tanto, no se puede concluir en términos generales que los jueces siempre hagan una subsunción exacta ni que siempre incurran en interpretación extensiva. Lo que es correcto decir es que la estructura legal lo pone en una zona de peligro argumentativo. Cuando el fallo del juez se refiere a hechos probados, respeta el sentido literal del precepto y efectúa una reducción de pena de acuerdo al grado de ejecución la subsunción es lícita. Al sustentar vacíos con semejanzas, finalidades probables o resultados imaginarios, incurre en aplicación extensiva prohibida. Ahí se cesa con la individualización de la pena para comenzar a aumentar el poder punitivo.

La tentativa es mucho más complicado que el delito consumado, razón por la cual debe ser el tratamiento en cuestión, el peligro creado y el avance del acto de ejecución, pero también la falta de consumación. Un juez no puede castigar como si hubiera sucedido lo que sólo era posible, dado que la consumación ideal es un instrumento de cálculo y no fuente de agravante. En un Estado constitucional de derechos y justicia, la respuesta penal solo es legítima si conserva esa frontera. La legalidad no impide sancionar la tentativa; impide que se la use para castigar más allá de lo que la ley permite.

Referencias Bibliográficas

- Abarno, A. I., & Piegas, S. (2019). Principios de legalidad y tipicidad en el régimen administrativo sancionatorio. Análisis de jurisprudencia. *Jornadas de Derecho Administrativo*, 27-39. <https://revistas.fcu.edu.uy/index.php/jda/article/view/3032>
- Asamblea Nacional del Ecuador. (10 de Febrero de 2014). Código Orgánico Integral Penal (COIP). *Registro Oficial Suplemento 180*. Obtenido de: https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/03/COIP_act_feb-2021.pdf
- Bañuelos, L. E., & Loera, S. A. (2025). El desistimiento en la tentativa. *Algunas reflexiones en torno a su construcción jurídico-penal*. *Legem*, 11(12), 8-24. <https://doi.org/10.15648/legem.2.2025.4792>
- Dictamen 1-24-CP/24. (24 de enero de 2024). CASO 1-24-CP. *Corte Constitucional del Ecuador*. https://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/eyJjYXJwZXRhIjoidHJhbWl0ZSIsInV1aWQiOiIzZGVINTQ5ZC1lOTY3LTQ1NzEtYTQwMS04ZjQ5YjdlZDU5YTYucGRmIn0=



- Domínguez, J. L., Gómez, C. S., & Cristea, M. D. (2023). Subsunción adjetival en sentencias penales del Tribunal Supremo español. *Revista de Lengua*, 1, 63-90. <https://doi.org/https://doi.org/10.33776/dlesp.v1.7915>
- Dubón, E. A. (2025). Tentativa y desistimiento. *Revista de Postgrado de Derecho*, 1(1), 39-55. <https://doi.org/https://doi.org/10.36314/postgradoderecho.v1i1.4>
- Duhalde, R. P. (2015). Principio de legalidad estricta en materia penal. Breve historia y desvíos. El caso del terrorismo. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*. http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/50655/Documento_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1
- Dworkin, R. (1986). *El imperio de la justicia*. Barcelona : Primera edición, Gedisa.
- Ferrajoli, L. (1999). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: 10° edición, Trotta.
- Ferretti, C. d. (2022). El recurso de nulidad penal y la tipología de sus motivos (errores). *Política criminal*, 17(33). <https://doi.org/http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992022000100001>
- Gallo, A. I. (2022). Aplicación de la perspectiva de género en la valoración probatoria y subsunción normativa en el proceso penal. *Universidad siglo 21*. <https://repositorio.21.edu.ar/items/10d3b589-0e9d-4a14-9fef-8e89cafc5a24>
- Garzón, C. A. (2026). Indeterminación de los hechos jurídicamente relevantes: Criterios jurisprudenciales de distinción entre nulidad y absolución (2017-2025). *Universidad UNAB*. <https://repository.unab.edu.co/handle/20.500.12749/34419>
- Junior, J. A. (2026). A Dosimetria Da Pena E O Princípio Da Individualização No Direito Penal Brasileiro: Limites Constitucionais E Parâmetros Jurisprudenciais. *RCMOS - Revista Científica Multidisciplinar O Saber*, 1(1). <https://doi.org/https://doi.org/10.51473/rcmos.v1i1.2026.2090>
- Parra, M. Á. (2020). Principio de legalidad. *El Cotidiano*, 101-105. <https://www.proquest.com/openview/45f2abeb6f23dc38c862d0a86e4d08aa/1?pq-origsite=gscholar&cbl=28292>
- Quezada, M. R., & Ramírez, E. I. (2024). Algunas “ideas fuerza” para una determinación judicial de la pena más operativa antes que práctica en el código penal peruano. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, 24, 61-80. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9967169>
- Roxin, C. (2019). *Derecho procesal penal*. Buenos Aires, Argentina : Ediciones Didot.
- Santacruz, H. B., & Bustamante, S. E. (2023). *Lecciones de Derecho penal ecuatoriano: Parte General*. Ecuador: Centro de Publicaciones PUCE. <https://www.pucesi.edu.ec/webs2/libros-docentes/2023/Libro-final-DERECHO-PENAL-ECUATORIANO.pdf>
- Sentencia 1364-17-EP/23. (21 de junio de 2023). CASO 1364-17-EP. *Corte Constitucional del Ecuador*. https://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/eyJjYXJwZXRhIjoidHJhbWl0ZSIsInV1aWQiOiI2NDhjN2U1OS03ZWVhLTQ5MzZmZEtYTlZC1jMDIiYTE0MjFiYWUucGRmIn0=



- Sommer, A. D. (2025). Tentativa, autoría y participación en la trata de personas. *Revista pensamiento penal*, 5(18).
<https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/Tentativa%2C%20autor%C3%ADa%20y%20participaci%C3%B3n%20en%20la%20trata%20de%20personas.pdf>
- Soria, Y. L., & Oviedo, D. X. (2022). La Teoría de Determinación de la pena reclama a la culpabilidad en su estructura. *Universidad Y Sociedad*, 14(6), 286-296.
<https://rus.ucf.edu.cu/index.php/rus/article/view/3458>
- Villa, P. I. (2025). Fundamentación y aplicabilidad de la corriente subjetiva de la tentativa en el Código Orgánico Integral Penal. *Universidad del Azuay*.
<https://dspace.uazuay.edu.ec/handle/datos/16436>

Conflicto de intereses:

Los autores declaran que no existe conflicto de interés posible.

Financiamiento:

No existió asistencia financiera de partes externas al presente artículo.

Agradecimiento:

N/A

Nota:

El artículo no es producto de una publicación anterior.