



UNIVERSIDAD DEL AZUAY
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS
ESCUELA DE DERECHO

**“TRATAMIENTO JURIDICO DE LA TENTATIVA
EN EL DELITO DE HOMICIDIO”**

**TRABAJO DE GRADUACION PREVIO A LA OBTENCIÓN
DEL TITULO DE DOCTOR EN JURISPRUDENCIA Y
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DEL
ECUADOR**

AUTOR:
ALFREDO SEBASTIAN OLINGI LEON

DIRECTOR:
DR. JOSE SERRANO

CUENCA-ECUADOR

2008

Dedicatoria.

A mi madre por todo el sacrificio y dedicación que sin su ayuda no hubiera podido hacer realidad este trabajo.

A mi esposa por su apoyo y comprensión y a mi hija.

Agradecimientos.

A mis profesores por la preocupación en procura de que sus alumnos impartan su profundo conocimiento del Derecho, sin mezquindad alguna

A mi Director de tesis expreso mi gratitud al maestro Dr. José Serrano que gracias a su ayuda y entrega se plasma en realidad este trabajo.

De igual manera, deseo dejar constancia de mi agradecimiento profundo a la Universidad del Azuay que supo inculcar buenos valores y responsabilidad

INDICE DE CONTENIDOS

Dedicatoria.....	ii
Agradecimiento.....	iii
Indice de contenidos.....	iv
Resumen.....	v
Abstract.....	vi
Introducción.....	1
Capitulo 1. “Generalidades de la Tentativa”.....	4
1.1 Marco Conceptual de la tentativa: Análisis y comentario.....	5
1.2 Fundamentos para su punición.....	12
1.3 Características de la tentativa.....	17
1.4 Esencia y límites.....	19
1.5 Elementos estructurales de la tentativa en el delito de homicidio....	21
a) Aspecto Objetivo: Comienzo de la ejecución.....	21
b) Intención de alcanzar la finalidad delictiva.....	23
c) Aspecto subjetivo.....	24
d) Interrupción de la ejecución de delito.....	25
Capitulo 2. “El Iter Criminis”.....	27
2.1 Concepto.....	28
2.2 Fases interna y externa: Ideación, deliberación, decisión, preparación, inicio, consumación, agotamiento. (Conceptos y consecuencias).....	33
Capitulo 3 “Un caso específico de tentativa en el delito de homicidio”.....	41
3.1 Síntesis del Juicio Penal por Tentativa de Homicidio.....	42
3.2 Análisis del caso específico.....	50

Conclusiones.....	56
Bibliografía.....	57

Resumen

El acto idóneo es el apropiado y suficiente para cometer un delito pero debe conducir no de modo equívoco y discutible, si no, nítida y claramente a su realización; ahora bien, comenzada la ejecución se detiene y no llega al fin, esto es tentativa. Los actos idóneos deben llevar forzosamente, hacia el delito y esto llamó Carrara univocidad, que significa señalar con entera claridad el fin que se proponía el actor.

La tentativa es la ejecución incompleta del delito y su punibilidad se funda en que hay voluntad criminal, por una parte; en el peligro que ha corrido la víctima, por otra; y, por último, en la alarma o daño social que produce.

El estudio permitirá analizar un problema jurídico-social presente en la historia de nuestras sociedades, la ley penal no solo sanciona los actos que efectivamente lesionan el interés jurídicamente por ella tutelado, sino también aquellas situaciones en que lo protegido es puesto en peligro mediante la conducta de un o unos individuos. Ejemplo de ello, es lo que sucede con la tentativa de homicidio, en la que el individuo inicia la comisión de un hecho considerado como delictivo por la ley, pero no logra su consumación por hechos ajenos a su voluntad.

ABSTRACT

The suitable act is appropriate and sufficient to be considered a crime, but it must lead to its accomplishment clearly and not in an ambiguous and debatable way. However, if the execution begins, but then it stops and does not conclude, that is just an attempt. Suitable acts must unavoidably lead to crime, and this was called univocity by Carrara, which means to point out the goal proposed by the perpetrator with total clarity.

The attempt is the incomplete execution of the crime, and its punishability is based on one hand, on the fact that there is criminal will; on the other hand, on the danger that the victim has been under; and finally, on the alarm or social damage that it produces.

The study will allow to analyze a social-legal problem present in the history of our societies. Penal law not only sanctions the acts that effectively injure the interest legally under its charge, but also those situations where what is protected is put into danger through the behavior of one or more individuals. An example of this is what happens with a homicide attempt where the individual starts the commission of a deed considered unlawful, but he does not accomplish its perpetration due to factors against his will.



A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Rosa M. Torres'.

“TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA TENTATIVA EN EL DELITO DE HOMICIDIO”.

INTRODUCCIÓN

El acto idóneo es el apropiado y suficiente para cometer un delito pero debe conducir no de modo equívoco y discutible, si no nítida y claramente a su realización, ahora bien, comenzada la ejecución se detiene y no llega al fin, esto es tentativa. Los actos idóneos deben llevar forzosamente, hacia el delito y esto llamó Carrara univocidad, que significa señalar con entera claridad el fin que se proponía el actor.

El Artículo 16 del Código Penal señala “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.

Si voluntariamente impide el acontecimiento, está sujeto a la pena establecida para la tentativa, disminuida de un tercio o la mitad.

Las contravenciones solo son punibles cuando han sido consumadas.”¹

Nuestro legislador, por la dificultad en la práctica, no hace diferencia entre delito frustrado y tentativa, en este artículo están involucradas las dos situaciones. Sin embargo, podría decirse que alude el legislador a una y otra por haber usado la conjunción disyuntiva “o” entre las frases si la acción no se consuma o el acontecimiento no se verifica.

Al parecer es una redundancia, pero cuando la acción no se consuma pese a haberse hecho todo de parte del actor, estaríamos frente a un delito frustrado, en cambio acontecimiento es un simple suceso cualquiera, no completo como es la frustración y por lo mismo la ley alude con esta frase a la tentativa, si no se verifica el delito.

Por lo tanto, cuando el delito no llega a su realización por causa independiente a la voluntad del autor, hay verdadera tentativa; Desde luego hay casos que la mera tentativa, que se llama calificada, es ya un delito consumado. (Así el principio de ejecución en el atentado contra el pudor, de los artículos 507 y 508 del Código penal).

¹ Código Penal Ecuatoriano, edición 2007

La tentativa es la ejecución incompleta del delito y su punibilidad se funda en que hay voluntad criminal, por una parte; en el peligro que ha corrido la víctima, por otra; y, por último, en la alarma o daño social que produce.

Con estos lineamientos, la importancia del tema de tesis radica en establecer básicamente la tentativa en el delito de homicidio, como el sujeto activo inicia la acción ejecutiva, que no llega a su fin por voluntad ajena a la del agente.

El estudio permitirá analizar un problema jurídico-social presente en la historia de nuestras sociedades, la ley penal no solo sanciona los actos que efectivamente lesionan el interés jurídicamente por ella tutelado, sino también aquellas situaciones en que lo protegido es puesto en peligro mediante la conducta de un o unos individuos. Ejemplo de ello, es lo que sucede con la tentativa de homicidio, en la que el individuo inicia la comisión de un hecho considerado como delictivo por la ley, pero no logra su consumación por hechos ajenos a su voluntad.

El inicio de la ejecución del delito de homicidio por parte del individuo es requisito para que se estructure la tentativa. Determinar el momento a partir del cual la conducta desplegada por el sujeto activo se inserta dentro de las redes de lo penal, es un asunto que ha suscitado arduas discusiones al interior de la teoría del delito.

CAPITULO 1. “GENERALIDADES DE LA TENTATIVA”

1.1 Marco Conceptual de la tentativa: Análisis y comentario.

1.2 Fundamentos para su punición.

1.3 Características de la tentativa.

1.4 Esencia y límites.

1.5 Elementos estructurales de la tentativa en el delito de homicidio.

a) Aspecto Objetivo: Comienzo de la ejecución.

b) Intención de alcanzar la finalidad delictiva.

c) Aspecto subjetivo.

d) Interrupción de la ejecución de delito.

CAPITULO 1. “GENERALIDADES DE LA TENTATIVA”

1.1 Marco Conceptual de la tentativa: Análisis y comentario.

La etimología de la palabra tentativa, y de la voz conato, da la idea de una actividad tendiente a conseguir algo.

En el marco jurídico la significación se encierra a lo siguiente: en primera parte, no cualquier actividad que busca la obtención del fin seguido por el actor da inicio a una tentativa, sino aquella prevista y sancionada por la ley penal, en segunda parte se requiere de una acción capaz de lesionar el bien jurídico tutelado por la ley, pero que no vaya más allá de la puesta en peligro de dicho bien, porque la lesión cierta sería la consumación o culminación del delito. La acción del actor debe detenerse por causas ajenas a su voluntad, caso contrario no habría tentativa punible, y estaríamos frente al desistimiento.

Por lo anterior expresado, se puede manifestar que existe tentativa en sentido amplio, cuando se da comienzo a la ejecución de un delito y la acción no se realiza o el resultado no se produce por causas ajenas a la voluntad del actor. Manifestado en otros términos, consiste, en la ejecución parcial de un delito, por haber fracasado en su objetividad jurídica o por la voluntad del agente.

Cuando la voluntad criminal se traduce en un acto externo, se estará al frente de la consumación del delito y se habrá conseguido la total objetividad jurídica del mismo, pero si no se llega a lesionar el bien jurídico tutelado con ese acto ejecutivo, estaríamos al frente de la tentativa, por lo que, con mucho acierto, en la doctrina, a la tentativa se la define como la ejecución incompleta del delito.

Como hemos expresado antes la tentativa es una etapa en la vida del delito, doctrinariamente se considera a la tentativa como un delito imperfecto, precisamente por la ausencia objetiva de la lesión inmediata sobre los bienes jurídicamente tutelados por la ley.

La punibilidad de la tentativa se fundamenta, por una parte en la voluntad criminal, que procede igual que en el delito consumado; y por otra parte, en el peligro en que se le ha puesto en un momento dado al bien jurídico, como también en el daño social que ocasione.

A la tentativa la denominan algunos autores con el nombre de “delito imperfecto” entre ellos Carrara, contraponiéndose al perfecto o consumado.

La tentativa no es viable en ciertas formas delictivas, por ejemplo en el delito de injurias, en el perjurio, etc.

Sobre la tentativa del delito los autores más destacados manifiestan:

Francisco Carrara: “Cuando el agente, para producir la violación de la ley, ejecuta una serie de actos idóneos para realizarla, pero no todos los actos que son necesarios a ese fin, o los ejecuta de un modo insuficiente, el delito queda simplemente tentado”.

Romagnosi: “tentativa es la ejecución incompleta de la infracción”.²

Giuseppe Maggiore: “La tentativa es un delito iniciado y no cumplido por interrupción de la acción o por la realización del resultado”.³

Eusebio Gómez: “Cuando con el fin de cometer un delito determinado se comienza su ejecución, pero no se llega a su consumación por circunstancias ajenas a la voluntad del agente, existe tentativa”.

Gustavo Labatut Gлена: “La etimología de la palabra tentativa y de la voz conato, envuelve la idea de una actividad tendiente a conseguir algo”.

Dr. Aníbal Guzmán Lara: “Dentro de la estructura del delito existe un camino o proceso que sigue el autor: el agente del delito concibe su realización, toma la decisión de ejecución, se provee de los medios necesarios si la clase de infracción lo requiere y luego la consuma por la verificación del hecho mismo. En los actos impulsivos puede no

² Puig Peña

³ Giuseppe Maggiore, volumen II

encontrarse ese proceso de elaboración mental pero esto no significa que haya ausencia total de voluntad. La tentativa significa falta de consumación de la acción delictuosa”.⁴

Fontan Balestra: “Tentativa es comienzo de ejecución de un delito determinado, con dolo de consumación y medios idóneos, que no llega a consumarse por causas ajenas a la voluntad del autor. La acción de tentativa es típicamente antijurídica y culpable”.⁵

En este concepto se desprende cinco puntos que los señala detalladamente el autor y son:

a). Comienzo de ejecución es empezar a cumplir la acción típica. El comienzo de ejecución no tiene lugar al exteriorizarse en hechos la voluntad criminal, como lo han querido doctrinas subjetivas, sino al darse comienzo a la realización del acto típico, que llega a poner en peligro el bien jurídico tutelado.

b). El tipo objetivo no debe cumplirse totalmente. Tentativa es comienzo de ejecución sin llegar a la consumación. El cumplimiento fragmentario de la conducta típica es presupuesto fundamental de los actos de tentativa, y la razón de ser misma de su accesoriidad.

⁴ Dr. Anibal Guzman, Diccionario Explicativo tomo II

⁵ Fontan Balestra, Tratado de Derecho Penal, tomo II

c). El acto ejecutivo debe ser idóneo para lesionar el bien jurídico tutelado por la ley penal. De otro modo, estaremos ante la tentativa inidónea (Delitos imposibles), sometida a un régimen distinto.

d). El dolo de la tentativa es el dolo del delito. Comienzo de ejecución sin dolo del delito consumado, es un acto sin significado para el derecho penal.

e). La falta de consumación debe ser ajena a la voluntad del autor. El acto que queda en grado de tentativa por voluntad de su autor, que puede y no quiere consumarlo, da lugar al desistimiento voluntario de la tentativa, situación específicamente regulada.

Nuestro Código Penal en el artículo 16 nos dice que: “Quien practica actos idóneos conducentes de un modo inequívoco a la realización de un delito, responde por tentativa si la acción no se consuma o el acontecimiento no se verifica”.

El artículo 56 del Código Penal Italiano dice: “Quien realiza actos idóneos, dirigidos de forma inequívoca a cometer un delito, responde de delito intentado si la acción no se realiza o no se verifica el resultado”.

Como se manifiesta a simple vista el nuestro código es copia fiel del italiano, que examinándose se observa:

a). Que en él está incluido la tentativa propiamente dicha, cuando manifiesta “responde por tentativa si la acción no se consuma”; y el delito frustrado cuando se expresa “o no se verifica el resultado”.

b). Que el acto, se concibe como cualquier voluntad que se traduzca en el mundo exterior, no importa que sea preparatorio o ejecutivo, basta para constituir materia de tentativa, si está animado de la intención unívoca de cometer un delito; luego no lo será el puro pensamiento ni la voluntad no manifestada. Hay indudablemente principio de ejecución de un hecho vedado y penado.

c). Que el término inequívoco expresa una característica objetiva de la acción y “si univocidad constituye una nota objetiva del comportamiento del reo, su significado no puede ser más que éste: la acción en sí, por aquello que es y por el modo en que se realiza, debe revelar la intención del agente... Ello quiere decir que la acción debe demostrar por sí sola que el sujeto se ha dispuesto a cometer el delito. En definitiva para que pueda hablarse de univocidad, es necesario que haya sido realizada una acción, que, según el *id quod plerumque accidit*, no se realiza sino para cometer aquel determinado hecho delictivo”. Maggiore anota que: “Requisito de la intención es ser inequívoca, es decir, no ambigua ni tal que se presente a interpretaciones diversas, sino que denote de manera precisa a qué resultado se dirige. La dirección de la intención puede

deducirse, tanto de la naturaleza del acto mismo, como de cualquier otra fuente”.⁶

d). De idóneos. Dice Maggiore: “Que la idoneidad del acto debe considerarse en concreto, esto es, como eficiencia causal, como potencialidad del acto para producir el resultado que se a propuesto el agente sin poder conseguirlo.

Un acto normalmente del todo inidóneo, puede obtener plena idoneidad en casos particulares, y así mismo en viceversa. Una picadura de alfiler, generalmente benigna, puede provocar el deceso de un individuo atacado de hemofilia; y una dosis de veneno, normalmente mortal, puede quedar sin efecto, en un individuo mitrinidazo. La idoneidad o inidoneidad, deben ser valoradas en cada caso concreto”.

e). A la realización de un delito, la tentativa debe ser: “con el fin de cometer una infracción, y por ello se precisa ante todo la voluntad de perpetrarla, así queda eliminada toda posibilidad de concebir un hecho culposo en grado de tentativa, aunque la acción sea disvaliosa y pueda doctrinalmente pensarse en delitos culposos intentados”.⁷

⁶ Giuseppe Maggiore, tomo II

⁷ Jiménez de Asúa, tomo VII

1.2 Fundamentos para su punición.

La punibilidad, es el castigo que se aplica por intermedio de la ley penal, a una infracción cometida; acerca de esto, se han difundidos varios puntos de vista doctrinarios desarrollados a través del paso del tiempo y en varias partes del mundo, según la Historia del derecho, en la antigüedad no se conoció al delito de tentativa específicamente hablando, sin embargo, podemos aseverar que se castigó la infracción in consumada (tentativa) con sanciones iguales al delito consumado, en unos casos, principalmente los delitos contra la vida de las personas, en la mayoría de las infracciones quedaron en la impunidad, puesto que no obtuvieron el conocimiento de esta modalidad delictiva que provoquen una lesión a un bien jurídico protegido o no existir en ella el daño efectivo que vaya justificar una sanción, de acuerdo a la estrecha noción que prevalecía en la época.

Desde entonces muchos doctrinarios han tratado de ajustar exactamente una pena o sanción a cada uno de los actos criminales, pero siempre se encontraron con la dificultad de establecer claramente, la razón de dicha imposición.

Es por eso que se han determinado varias corrientes, que tratan de fundamentar la punibilidad de la tentativa, entre las que se hallan las teorías predominantes como son la objetiva y la subjetiva.

Con respecto a estas teorías Carlos Fontan Balestra expresa: a). Teorías objetivas, que seleccionan el comienzo de la ejecución, como actividad indispensable para que la tentativa sea punible.⁸ La teoría correcta que se origina en Romagnosi y es desarrollada por Carrara, sostiene que la tentativa se pena por el peligro corrido por el bien jurídico protegido. Se requiere, pues, actos de ejecución con las características que se señalan: típicos e idóneos. Por lo demás la pena es menor que la que corresponde al delito consumado, por una razón de cuantía penal, que debe pesar en la balanza de la justicia.⁹

En la teoría objetiva se desprende que la punición de la tentativa se da en razón de la ejecución o comienzo de ejecución del delito, que se encuentre tipificado, a más de que sea idóneo para que cause un peligro inminente al bien jurídicamente protegido, señalando que la pena es inferior al del delito consumado en razón de la cuantía penal.

En cambio que las teorías subjetivas, rechazan la teoría objetiva, en cuanto se refiere al comienzo de ejecución, encasillándose simplemente a las acciones manifiestas por igual a una intención criminal y merecedora de pena: así lo hace notar Carlos Fontan Balestra que dice:

⁸ Fontan Balestra, tratado de Derecho Penal, tomo II

⁹ Tratado de Derecho Penal, tomo II

b) Teorías Subjetivas: son las que tratan de captar cualquier acto que sea revelador de una intención criminal.

Se prescinde pues de la exigencia del comienzo de ejecución y quedan equiparadas, para el lado extremo, actos preparatorios y de ejecución, del delito tentado y consumado, pues todas son reveladoras por igual de una intención criminal y merecedora de pena¹⁰.

A más de las corrientes doctrinales anotadas existen criterios distintos que hacen referencia a la punibilidad de la tentativa y estos son:

a). Criterio de la sanción menor.- Para el caso de la tentativa se basa en la corriente objetiva en la que se manifiesta que la punición de la tentativa se considerará en razón de la cuantía penal, que resulte del peligro que corrió el bien jurídico protegido, indudablemente que dicho peligro se concibe en los actos externos o en el comienzo de ejecución de un delito, por lo cual se le faculta al Juez para que sancione los distintos delitos conforme al resultado producido por el agente, esto quiere decir que si ha sido consumado el delito, la pena corresponderá al delito propiamente dicho, caso contrario, será sancionado con la pena que resulte de la opinión o dictamen del Juez, en menor grado de cada caso de tentativa, por cuanto se ha violado el ordenamiento jurídico penal.

¹⁰ Fontan Balestra, Derecho Penal, tomo II

Actualmente y en especial en nuestra legislación penal ecuatoriana se basa en esta corriente, en virtud de que si en realidad en la tentativa de delito, no se produce el resultado deseado por el agente, no es menos real que la ejecución de una actividad delictiva, dé cómo resultado ya sea una alarma social, el peligro corrido por el ofendido como puede también sufrir un daño material inferior en proporción al consumado, por lo tanto la sanción equivaldrá necesariamente al resultado de la acción delictiva , en este caso la tentativa se castiga con pena menor a la del delito consumado; por cuanto la alarma, la lesión y el peligro son inferiores.

b).Criterio de la equiparación de penas.- Se concibe según este criterio que, el delincuente de la tentativa, debe ser sancionado, no por el resultado obtenido, si no más bien debe ser penado en relación al resultado querido, por cuanto se dice que su intención fue dirigida a consumir el delito y que por circunstancias ajenas imprevistas a su voluntad no lo logró como era su aspiración, pero que habiendo actuado con dolo de consumación, la pena o sanción que se deba imponer al delincuente será igual a la que se impone para el delito consumado. Con esta doctrina se dice, que se trata de frenar o debilitar el castigo a la criminalidad.

c). El criterio que atiende a la peligrosidad revelada por el delincuente.- En cuanto a esta posición doctrinaria, la pena al delincuente sea por un delito consumado o no, se deba considerar su condición psíquica, la

habitualidad, reincidencia, la misma que exprese peligrosidad que demuestre el agente del delito, y más todavía se manifieste su temibilidad delincencial, que haga tomar una reacción defensiva en la sociedad, por lo que para esta corriente será indiferente que el delito se consuma o no pase de la tentativa.

En acuerdo a lo expuesto, el tratadista Carlos Fontan Balestra dice que: “En esta tendencia se sitúa el positivismo penal, al sostener que el fundamento y la medida de la sanción se encuentran en la peligrosidad del autor. Así resulta también, que si el comienzo de ejecución no revela peligrosidad en el autor, el hecho queda impune”.¹¹

En definitiva el criterio que atiende a la peligrosidad revelada por el delincuente, se tomará en cuenta posteriormente a la ejecución de la tentativa o del delito consumado, para la imposición de la sanción o pena.

¹¹ Fontan Balestra, Tratado de Derecho Penal, tomo II

1.3 Características de la tentativa.

Al explicar las características de la tentativa, hay que hacerlo tomando en cuenta la relación del esquema del delito y sus consecuencias.

Respecto al esquema del delito, que es una figura accesoria. Además de las figuras delictivas autónomas, existen formas accesorias vinculadas con ellas, en donde el delito básico asoma representado tan sólo por un principio de ejecución. Cuando se los trata aisladamente no tiene valor, pero cuando se las relaciona con el delito principal son causa de extensión del tipo y de la pena a situaciones que de lo contrario resultarían atípicas. Es por eso que no es posible hablar de tentativa en abstracto, sin que tenga relación con un delito determinado.

Obteniendo en consideración el resultado, la figura jurídica llamada tentativa, de acuerdo con la mayoría de los autores es un delito imperfecto, ya que no se llega a la fase de la culminación del acto delictivo que es la consumación; esta concepción con respecto a la tentativa tiene su plena validez si tomamos el punto de vista previsto por la teoría objetiva; si nos fijamos, en cambio, la teoría subjetiva, esta concepción no tendría ninguna razón, ya que de conformidad con la posición doctrinaria que defiende la teoría subjetiva, la intención

criminosa resulta ya una conducta delictiva que merece el correspondiente castigo o pena.

1.4 Esencia y límites.

Al hablar de la esencia de la tentativa las teorías: subjetiva, sintomática y objetiva, tratan de explicarla.

Teoría Subjetiva.- Esta teoría manifiesta que la esencia de la tentativa se encuentra en la voluntad del agente manifestada en una conducta que tiende a la consecución del delito que de por sí ya demuestra la peligrosidad del delincuente, por lo que tiene que ser penada. Esta teoría es sostenida principalmente por Von Buri y algunos penalistas franceses como: Saleilles, Garcon y Vidal.

Esta teoría es refutada basándose en que la intención no es suficiente para justificar el castigo de una conducta típica que solo se ha realizado de una manera parcial, una disposición ideal.

Teoría Sintomática.- Esta teoría es sostenida por los doctrinarios conocidos también como positivistas que concluyen expresando que si la acción antijurídica no ha producido el evento esperado carece de toda importancia penal a lo que se agrega como un requisito trascendental la consideración de que dicha conducta no puede ser castigada si la voluntad del sujeto determinado no deja ver una personalidad peligrosa.

Teoría Objetiva.- Esta teoría parte de otros puntos de vista, es totalmente contraria a las teorías subjetiva y sintomática; sosteniendo que la esencia de la tentativa la encontraremos en el principio de ejecución del acto delictuoso y que el castigo dependerá del peligro en el que se halle el bien jurídico que trata de ser agredido, partiendo de ahí que mientras no exista el peligro inmediato, no cuenta la intención criminal.

Dentro de los límites de la tentativa, se distingue un límite inferior, que separa los actos preparatorios de los actos de ejecución; y un límite superior que la separa del delito consumado.

En el límite inferior, es de orden cualitativo, en razón de que deslinda una actividad punible de otra que no lo es; y en el límite superior, que se encuentra dentro de las acciones ejecutivas, por lo tanto es cuantitativa.

1.5 Elementos estructurales de la tentativa en el delito de homicidio.

El principio de ejecución de un acto o de actos encaminados directamente a causar la muerte, la intención de alcanzar la muerte o la extinción de una vida humana y la interrupción de la actividad criminal que se deba a causas ajenas a la voluntad del agente, son los elementos de la tentativa en el delito de homicidio.

El esquema de la tentativa consta de dos elementos: uno objetivo, que es el comienzo de la acción ejecutiva; y el otro subjetivo, que es la voluntad dirigida hacia la consumación del delito de homicidio. Así del mismo modo se dan dos elementos negativos, uno objetivo, que es la no ejecución de todo el proceso que requiere la consumación y el otro subjetivo: que la interrupción se produzca por causas ajenas a la voluntad del agente.

a). Aspecto Objetivo: Comienzo de la ejecución.

Este principio es caracterizado por la realización del delito de homicidio y está constituido por actos idóneos y directamente encaminados a la consecución del fin propuesto que es la extinción de una vida humana.

Esta precisión de la tentativa se encuentra tanto en la doctrina como en el Derecho Positivo Francés.

El problema fundamental del principio de ejecución es la delimitación con los actos preparatorios, ya que en la práctica esta es difícil de precisar y es de gran importancia en vista de que no está sujeta a pena o sanción.

En la doctrina y con universalidad se han formulado: la teoría subjetiva y la teoría objetiva que a su vez, desde su fundamento, ha ubicado a los doctrinarios del derecho penal en dos grupos totalmente diferentes; por la importancia de esta clasificación, haremos un análisis previo al respecto.

Teoría Objetiva.- Esta teoría trata de resolver el problema desde dos puntos de vista; que son: la sustancial y la formal.

En lo que se refiere a lo sustancial se asienta en el principio de ejecución, en el peligro de lesión que sufre el bien jurídico protegido por la ley de carácter penal.

En cuanto a la delimitación objetivo - formal, se encuentran tratadistas como Beling para quien, la figura accesoria de la tentativa se vincula con la figura autónoma correspondiente, de manera que el principio de ejecución configura el delito con el cual se relaciona, en este caso

concreto el principio de ejecución crea el delito de homicidio por su relación directa.

El principio de ejecución de un delito se debe resolver con criterio objetivo, es decir saber separar claramente y establecer las diferencias entre los actos ejecutivos y los actos preparatorios.

Mas adelante hablaremos de la teoría o aspecto subjetivo

b). Intención de alcanzar la finalidad delictiva.

La situación de considerar a la tentativa como una actividad incompleta, implica necesariamente una diferencia entre la acción cumplida y el fin perseguido. De ello resulta una desigualdad entre la intención de matar, que no difiere del delito consumado y los actos realmente ejecutados, desde luego menores a los exigidos para la consumación.

Se dice por eso, que la voluntad de provocar la muerte, así como el delito de homicidio tiene también su *iter criminis*.

Es la intención del agente, lo que en verdad permite aclarar su comportamiento a falta de un resultado. También se dan dos casos en donde la tentativa se regula en función de la culpabilidad, cuando la ley exige que la interrupción del proceso ejecutivo se deba a causas ajenas a

la voluntad del agente, y que el desistimiento se produzca voluntariamente para evitar la sanción.

c). Aspecto subjetivo.

En consideración con este aspecto los actos preparatorios son equívocos, es decir pueden darse diversas interpretaciones; y los actos de ejecución son unívocos, o sea que se presentan de modo incuestionable orientados a obtener un determinado resultado criminal, querido y previsto por el agente activo de la comisión del hecho punible, en este caso el delito de homicidio. Pero la actividad desarrollada hacia la obtención de este delito puede ser común a varios otros delitos, así, se pretende matar a Santiago, pero el disparo es desviado por la impericia del ejecutante; en este caso habrá que establecer por los medios al alcance la intención del agente para cuyo objeto otorga una importancia trascendental a la personalidad interna del ejecutante del acto, de ahí el nombre de teoría subjetiva. En consecuencia esta posición se reduce a una cuestión de prueba.

Actualmente para que un hecho constituya delito no basta que el agente lo haya realizado materialmente y que se presente como lesivo de determinado bien jurídico, si no que es necesario que lo haya realizado también con culpabilidad determinando su responsabilidad.

Cuando nos referimos a una figura de delito, en este caso concreto el homicidio, debemos en su estudio conocer a los elementos materiales que lo conforman, y determinada esta investigación, solo nos queda considerar el elemento subjetivo, llamado también psicológico o normativo, comprensivo de la responsabilidad en este caso penal, siendo este el genero y el dolo o la culpa sus especies.

En cuanto al estudio de la responsabilidad que acarrea en el tipo penal del homicidio, esta se constituye por el dolo, el mismo que en la definición legal de este tipo esta comprendida la expresión “intención de dar la muerte”, concretamente cuando hablamos de la tentativa esta va contenida con el dolo eventual y aun con mas razón cuando es la tentativa en el delito de homicidio.

d). Interrupción de la ejecución de delito.

Este es el elemento primordial de la tentativa y sobre todo en el delito de homicidio que es el que sobre todo nos interesa en nuestro estudio que la interrupción del proceso ejecutivo proceda de causas ajenas a la voluntad del agente.

Las causas que establecen la interrupción pueden ser voluntarias o internas y causales o externas.

Cuando se trata de causas voluntarias o internas se da origen a la tentativa abandonada, es decir no sujeta a sanción; las causales o externas en cambio producen lo que se han denominado como tentativa impedida, que es generalmente la castigada por la ley.

Las causales o externas, se subdividen a su vez en: físicas o materiales que son las que actúan sobre el cuerpo del sujeto activo, o también pueden estar relacionadas con el medio empleado que no resultó ser el idóneo; y las morales, que son de naturaleza psíquica que obran sobre la voluntad y le obligan a abandonar el proyecto criminal.

El desistimiento por el contrario obedece a la voluntad del agente es decir que la intención se presenta por propia iniciativa del potencial delincuente, por estímulos interiores, sin que aparezcan causas exteriores que determinen el cambio de la conducta que obligue al desistimiento.

CAPITULO 2. “EL ITER CRIMINIS”

2.1 Concepto.

2.2 Fases interna y externa: Ideación, deliberación, decisión, preparación, inicio, consumación, agotamiento. (Conceptos y consecuencias).

CAPITULO 2. “EL ITER CRIMINIS”

2.1 Concepto.

El ser humano nunca se podrá liberar de la sociedad, tanto en su actuación pública como privada, por el simple hecho de que toda la actividad del hombre se da dentro de la sociedad y para ella. Por lo tanto existe una interrelación entre el actuar humano y el actuar social naciendo de ella resultados positivos y negativos.

La sociedad actúa en forma positiva cuando consigue que el hombre conviva pacíficamente dentro de la sociedad, lo que solamente será posible a través de la educación, civilización y desarrollo.

Al contrario la sociedad actúa en forma negativa cuando se lo condena al hombre al cometimiento de actos inmorales o ilegales, esto lo empuja a la comisión de diversos delitos.

Al ser el delito un acto humano, solo el hombre es sujeto de delito; esto no quiere decir que en este acto negativo de la sociedad interviene el hombre en forma exclusiva, sino que se dan una variedad de circunstancias, se presentan factores tanto de carácter físico, como

sociales que ejercen una poderosa influencia capaz de llevar al hombre a la comisión del delito.

Estas fuerzas mueven la voluntad del hombre hacia la actividad delictiva. Por lo que el delito no se produce en forma aislada o inmotivada, obedece a la acción de varias fuerzas como son: su origen, su ejecución y su propagación.

Dentro de las fuerzas que influyen a la comisión de un delito están la fuerza moral, la fuerza física y el medio circundante que juega un papel preponderante en la actividad delictiva.

El hecho delictivo es un proceso psicológico que se desarrolla en la mente del autor y que luego da paso a la exteriorización mediante actos que conllevan a la concretización del delito.

Desde el momento mismo en que aflora la idea criminal en la mente del autor, hasta el momento que se materializa, atraviesa una serie de etapas a lo que se le conoce con el nombre de *iter criminis*, que quiere decir “camino del crimen” o “camino del delito”.

En este camino del delito, cuando comienza a ponerse en camino un plan delictivo, el autor realiza normalmente actos preliminares, como por ejemplo, busca los medios necesarios e idóneos para llevar a efecto su cometido.

El hecho delictivo es un proceso psicofísico que se genera en la mente del autor y que mas tarde se exterioriza en actos, constituyéndose ella en una “vida del delito”, desde el instante que surge la idea criminal en el pensamiento del agente, hasta el momento en que ella se concretiza en una realidad material, atravesando etapas que se suceden y cuya totalidad se denomina *iter criminis*.

Jorge Frias Caballero, en su obra “Proceso Ejecutivo del Delito” al referirse al *iter criminis* expresa lo siguiente: “hace una curva a partir de la concepción mental, que se extiende hacia la vida física concatenando momentos psicológicos y materiales, alumbrando por fin en el mundo de los hechos”, llegando finalmente a lo que Carrara llamó “objetividad material y jurídica, ora en forma de chispazo fugaz que salta instantáneo y violento desde la altura de la idea a la materialidad de la acción ora a guisa de movimiento maduro y tardo, cauteloso y certero, que se elabora serenamente en la mente y se realiza fríamente en la consumación. Mas no siempre la acción criminal recorre todo este camino sea a modo de circuito eléctrico, sea a modo de acaecer lento y medurado. Como toda conducta humana, muévase la acción criminal dentro de lo temporal y lo espacial. Los actos, soldando eslabones, forjan la cadena de la conducta, pero esta conducta no siempre realiza toda la curva. Cuando ello ocurre surgen formas anormales de conducta delictuosa”.¹²

¹² Jorge Frias Caballero, Proceso Ejecutivo del Delito.

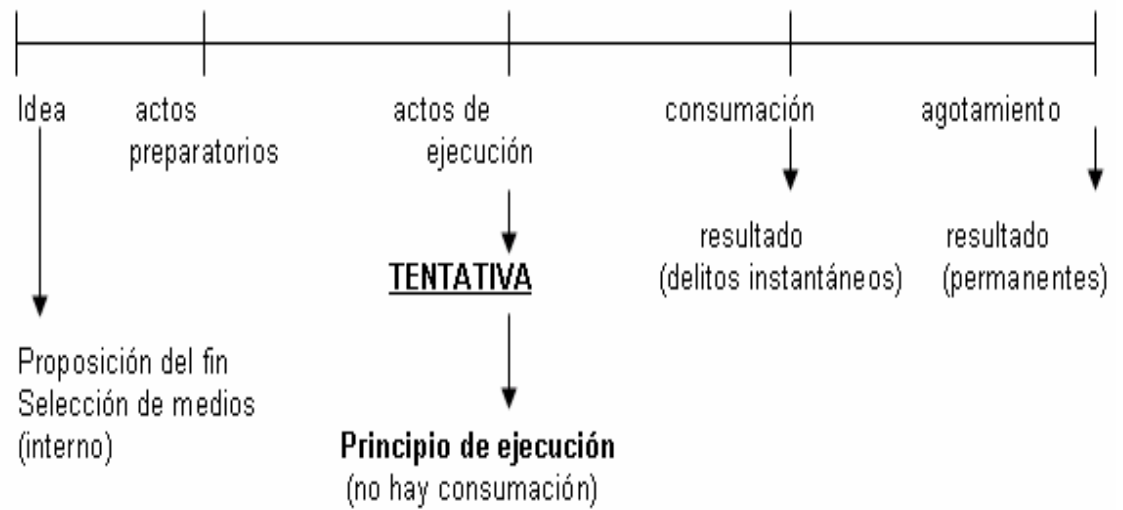
Federico Puig Peña, expresa al respecto: “que el delito no surge de la realidad de la vida, como Minerva, de repente y totalmente completo, sino que recorre un camino, una vía, el *Iter Criminis*, que empieza desde que surge la idea criminal en la mente del autor y llega hasta el momento en que se agotan los efectos del delito”.¹³

El *Iter Criminis* comprende dos fases fundamentales una fase interna y, una fase externa o material, entre las que se interpone una tercera que es la resolución manifiesta, que en ciertos casos la ley castiga.

A medida que se van cumpliendo las diferentes etapas que nos llevan al cometimiento del delito, a si mismo se va aproximando la violación al bien jurídicamente tutelado por la ley, y llegando a la frontera entre el actuar aún lícito o Jurídico, irrelevante y el actuar ilícito en sentido penal, Jurídicamente relevante.

¹³ Federico Puig Peña, Derecho penal.

Iter criminis: Camino del delito.¹⁴



No todo *Iter criminis* puede ser penado, porque de ser así, se desmoronaría la seguridad jurídica, ya que estaríamos penando la idea, es decir, etapas que son puramente internas, que están en la mente del autor.

Partiendo de esta premisa es que la ley amplíe la tipicidad con la fórmula de la tentativa hasta abarcar los actos que implican un comienzo de ejecución del delito.

¹⁴ Dr. Guillermo Hassel, Facultad de Abogacía de la Universidad Católica de Santa Fe Argentina

2.2 Fases interna y externa: Ideación, deliberación, decisión, preparación, inicio, consumación, agotamiento. (Conceptos y consecuencias).

Fase Interna:

Las etapas dentro de la fase interna o llamada también psicológica del *Iter Criminis* son: la ideación, la deliberación y la resolución delictual.

Llamamos a esta etapa ideación al instante mismo en que se produce o surge la idea de cometer un acto delictuoso en el agente o delincuente, en otras palabras es el preciso momento en que nace la idea y en la mente surge la intención de realizarlo. Idea que puede ser rechazada o aceptada por parte del delincuente, en donde puede influir negativamente la sociedad como manifestamos anteriormente

Podemos decir que la etapa de ideación es el momento que el individuo se siente seducido con la idea de cometer el delito y es lo que primero surge en el camino del crimen.

En el proceso del *iter criminis* la siguiente etapa que le sigue a la ideación es la deliberación, es decir, el meditar sobre la idea de delinquir, es la etapa donde se examinan los pro y los contras de la

comisión del delito, aquí se produce una lucha interna del individuo por poder determinar si debe o no debe dar paso a la comisión del crimen, además aquí aflora también el temor al castigo, a la pena que el Estado mediante normas jurídicas impone para la protección del bien jurídico por este tutelado.

La tercera etapa es la resolución delictual que se la conoce también con el nombre de etapa de intención o voluntad de delinquir, esta fase es la culminación del proceso, en donde el agente como producto de la deliberación decide llevar a cabo la comisión del delito, con esta etapa queda concluido el proceso interno o psicológico del *iter criminis*.

El *iter criminis* surge como un proceso psicológico que con la maduración de la idea se convierte en acción.

Ahora bien, el *iter criminis* dentro del derecho ecuatoriano no es penado, la violación subjetiva de la norma penal, la intención de llevar adelante la ejecución de un acto tipificado como delito y sancionado penalmente es insuficiente para la aplicación de la punición en nuestro ordenamiento.

Luis Bramont, dice al respecto: “los hechos constitutivos de la fase interna escapan al Derecho Penal, porque, siendo el Derecho relación entre personas, los pensamientos íntimos no son objeto de su consideración; porque castigarlos significaría invadir el campo de la

conciencia; porque, aún cuando se les suponga conocidos, no causan daños ni violan precepto penal alguno”.¹⁵

Sobre este mismo tema Maggiore dice: “Solo puede interesar a la conciencia moral y religiosa, como tentación o pecado del pensamiento. Para reprimirlo sólo están llamados el sentimiento del deber y Dios, La resolución criminal, mientras permanezca en la interioridad del alma, no cae bajo la acción de la justicia penal...”¹⁶

Hans Welzel, dice: “que tampoco la voluntad mala es penada como tal, sino solamente la voluntad mala que se concreta: esto no sólo porque la mera voluntad no es todavía captable y porque la moralidad no puede ser impuesta, sino, también, por el abismo profundo que separa, al fin y al cabo el pensamiento del hecho”.¹⁷

Fase Intermedia:

Como ya lo manifesté anteriormente cuando hablamos de las fases del *iter criminis* que entre la fase interna y la externa existe una etapa intermedia que vendría a ser la resolución manifiesta, que es castigada solamente en ciertos casos previstos por la ley, exteriorizada que alcanza su plena objetividad en la vida.

¹⁵ Luís Bramont Arias, Código Penal

¹⁶ Giuseppe Maggiore, Derecho Penal

¹⁷ Hans Welzel, Derecho Penal.

La doctrina y la legislación penal comparada de manera general admiten como resolución manifiesta a la proposición, la conspiración y la provocación, que son castigadas solo en los casos prescritos en la ley penal.

Una vez que en la fase interna se da la resolución criminal, esta se puede poner de manifiesto hacia el mundo exterior de dos formas: mediante la acción del sujeto hacia la comisión del delito; o, cuando la resolución se exterioriza por medio de la comunicación voluntaria a terceras personas.

En el caso de exteriorización jurídicamente hablando no podría entenderse como una acción que da inicio a la comisión del delito, ni tampoco como acto preparatorio del hecho delictivo, tratándose únicamente de una resolución delictual expresada o puesta de manifiesto, la misma que castiga la ley en determinados casos.

En cuanto a esto Luis Bramont dice: “es la resolución manifestada de cometer un delito, en la cual la ley castiga, no propiamente la idea resolutive, sino su expresión, lo que ya constituye un acto externo aunque no materializado; en otros términos, la idea criminosa aflora al exterior, surge ya en el mundo de la relación, pero simplemente como idea o como pensamiento exteriorizado en la mente del sujeto.

La manifestación no es incriminable; y sólo por excepción, existen figuras de delitos cuyo tipo se agota con la manifestación ideológica”.¹⁸

Jiménez de Asúa, manifiesta: “la manifestación de la voluntad presupone que el individuo ha salido de lo interno y ha realizado un acto, pero un acto de voluntad, no un acto en sentido estrictamente jurídico. Pero si estudiamos a fondo este acto, vemos que no es constitutivo de tentativa, ni siquiera de acto preparatorio. ¿Por qué estas resoluciones manifestadas, cuando son puras, no constituyen un delito sui generis?

Porque en la mayor parte de los casos falta la infracción de la objetividad jurídica. Por ejemplo: en la proposición y en la conspiración. En cambio, en la amenaza sí la hay: la pérdida de la seguridad. Y por esto es un delito. No hay otro remedio técnico que considerarlas como resoluciones manifestadas, porque no se trata de actos preparatorios, ni de tentativa, y como tales resoluciones manifestadas, sólo excepcionalmente se les puede considerar punibles y únicamente por vías de precaución”.¹⁹

En nuestro Código Penal, en el Art. 17 se expresa:

“La conspiración y la proposición para cometer un delito sólo serán reprimidos en los casos que la ley determina.

¹⁸ Luís Bramont Arias, Código Penal.

¹⁹ Luís Jiménez de Asúa, la Ley y el Delito.

Se entiende que hay conspiración cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito; y existe proposición cuando el que ha resuelto cometerlo propone su comisión a otro u otras personas.

Si la conspiración a la proposición, aún en el caso de estar reprimida por la ley, deja de producir efectos por haber sus autores desistido voluntariamente de la ejecución, antes de iniciarse procedimiento judicial contra ellos, no se les aplicará pena alguna”.²⁰

Fase Externa:

Esta fase corresponde en todo caso a la materialización o concretización de la voluntad delictual, aquí se abandona ya la fase psicológica de las intenciones, o de la resolución simplemente expresada y se da paso a la concreción del delito.

En esta fase externa se pueden distinguir tres momentos sucesivos que son: previos a la ejecución, la ejecución y posterior a la ejecución.

En el momento previo a la ejecución corresponden los actos preparatorios, al momento de ejecución le corresponde la tentativa, frustración y consumación; y en el momento posterior corresponde el agotamiento.

²⁰ Código Penal Ecuatoriano, edición 2007

Con estos actos preparatorios se da comienzo a la fase externa. Los actos preparatorios son todos los pasos idóneos que se den y que sirvan para la ejecución de un delito, pero que no forman parte de él, aún cuando se refiere a ese delito en la intención del agente, como por ejemplo el hecho de comprar un revolver para luego cometer un homicidio, o adquirir una sustancia tóxica con el propósito de dar a ingerir a determinada persona, etc.

Resulta en verdad difícil tratar de diferenciar los actos preparatorios de los que dan inicio a la ejecución del delito por la dificultad en determinar el momento en el cual los actos preparatorios se convierten en los actos que dan inicio a la ejecución del delito.

Me atrevo a decir que son actos de ejecución aquellos que se realizan por el agente que tenga ánimo de delinquir.

Jiménez de Asúa, define a los actos preparatorios así: “Aquella parte del obrar humano que, si bien incide en la parte externa del delito por implicar un comportamiento corporal que trasciende de la simple resolución interna, tiende a la búsqueda y provisión de los medios e instrumentos, al acecho y vigilancia del sujeto pasivo para hallar la ocasión propicia..., a asegurar la huida de los delincuentes y, en general, a la realización de los preámbulos del delito”.²¹

²¹ Luís Jiménez de Asúa, tomo VII

Sebastián Soler, al referirse a los actos preparatorios manifiesta: “Aquellas actividades que por sí mismas son insuficientes para poner en peligro un bien jurídico determinado y para mostrar su vinculación con el propósito de ejecutar un delito determinado, (peligro corrido y para mostrar su vinculación con el propósito de ejecutar un delito determinado) porque la acción no haya alcanzado desarrollo suficiente, deteniéndose en sus etapas iniciales y equivocadas, pues la ley requiere que se comience la ejecución, para calificar el hecho como tentativa. Antes de ejecutar es posible o, a veces necesario realizar otras acciones no ejecutivas, sino preparatorias. Así, el que piense robar, prepara antes los instrumentos con los cuales a de forzar la puerta; el que piensa falsificar un documento ensaya antes la imitación de la letra o estudia la calidad de los reactivos a emplear. He aquí actos preparatorios, ninguno de ellos importa comenzar la ejecución del delito; tienen con la consumación de éste solamente una relación remota subjetiva y equivocada”.²²

En cuanto a la actividad ejecutiva o actos ejecutivos comprende la tentativa, el delito frustrado y el delito consumado. En principio la ley penal interviene sólo desde el momento mismo de la tentativa o conato.

²² Sebastián Soler, Derecho penal Argentino.

CAPITULO 3 “UN CASO ESPECIFICO DE TENTATIVA EN EL DELITO DE HOMICIDIO”

3.1 Síntesis del Juicio Penal por tentativa de Homicidio

3.2 Análisis Jurídico.

CAPITULO 3 “UN CASO ESPECIFICO DE TENTATIVA EN EL DELITO DE HOMICIDIO”

3.1 Síntesis del Juicio Penal por Tentativa de Homicidio.

En el juicio penal que, por tentativa de asesinato a Jackeline Egas Ruíz, sigue Galo Egas en contra de Carlota del Salto, se resuelve:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- SALA DE LO PENAL.-

Quito, a 30 de septiembre de 1993, las 11h00.-

VISTOS: El Tribunal Segundo de lo Penal de Pichincha en la parte expositiva de su sentencia manifiesta que Galo Egas ha denunciado que: el día jueves 26 de febrero de 1987, a eso de las 9h00, cuando su hija la señorita Jackeline Egas Ruíz se ha encontrado en su lugar de trabajo, ubicado en el segundo piso del Edificio "Ferro Torre" situado en la Av. 10 de Agosto y Mariana de Jesús, de esta ciudad de Quito, en forma audaz, despiadada y cobarde, la señora Carlota Elvira del Salto de Ortiz y su hija Mónica Ortíz, le han arrojado un ácido en el rostro y cuerpo, lugar de trabajo al que han ingresado en forma violenta, inclusive empujando al mensajero llamado Raúl Ruiz, para en forma inmediata

salir en precipitada fuga, este delito lo ha cometido con premeditación y alevosía y con un plan preconcebido, que Jackeline Egas Ruiz ha sufrido quemaduras en el rostro y en el cuerpo por lo que ha sido trasladada de inmediato a la "Clínica Internacional", en donde ha quedado con tratamiento reservado y según el diagnóstico previo hay serias posibilidades de que pueda perder la vista; el Tribunal Segundo Penal, luego del análisis que hace en la parte motivada, a la sindicada Carlota Elvira del Salto le impone la pena de dos años de reclusión menor ordinaria, como autora del delito de tentativa de homicidio, aplicando los Arts. 449, 16 y 46 del Código Penal; habiendo interpuesto recursos de casación, la Agente Fiscal Primero de Pichincha, el acusador particular José Egas Sevilla y la sentenciada Carlota Elvira del Salto, para resolver se considera: PRIMERO.- Esta Sala de lo Penal es competente para conocer el recurso en virtud de las Reformas a la Constitución Política del Estado promulgadas el 23 de diciembre de 1992; SEGUNDO.- En esta instancia: A) José Egas Sevilla en su escrito de fundamentación del recurso (fs. 8) entre otras cosas expresa: "1.- La acusación particular sostiene que la figura penal que subsume la conducta de la acusada no es, ni puede ser otra que la de tentativa de asesinato, porque existen los siguientes hechos constitutivos: dada la naturaleza y la cantidad de ácido utilizado es incuestionable que la agresora no quiso únicamente herir o causar lesiones irreparables en el rostro de la agredida, sino que buscaba su muerte. Esto se corrobora con la afirmación de los peritos y con la amenaza de muerte que, previamente, la noche anterior, en mi propia casa había formulado en

contra de mi hija, a quien efectivamente agredió el día siguiente y tan sólo pocos momentos después de arrojar botellas con líquido al parabrisas del vehículo en movimiento que conducía mi hija..... 2.- En definitiva, existe alevosía porque el ataque se produce aprovechando un descuido de la agredida y en momentos en que ella había dado la espalda a la agresora, se actuó sobre seguro y aprovechando que la víctima no podía defenderse". "Adicionalmente, al utilizar ácido que destruye tanto y tan rápido, se actuó con ensañamiento porque se buscó aumentar deliberada e inhumanamente el dolor de mi hija, cuya muerte era el objetivo final de la agresora". "Hacer intervenir o hacerse ayudar por un menor de edad para cometer un delito es, obviamente, una circunstancia agravante, que por no estar expresamente mencionada en la enumeración del Art. 450 del Código Penal, es una agravante no constitutiva o modificatoria de la infracción". Y, en definitiva, expresa que las normas violadas son los Arts. 450, 46 y 72 del Código Penal; B) El señor Ministro Fiscal General fundamenta el recurso pidiendo que se case la sentencia, declarando a la encausada autora y responsable del delito de tentativa de asesinato, delito que se tipifica y sanciona en el Art. 450 numeral 1 en concordancia con los Arts. 16 y 46 del Código Penal y sin lugar a considerarse atenuantes por existir la agravante de alevosía; y, C) Por su parte, la sindicada Carlota Elvira del Salto Chacón fundamenta su recurso de casación manifestando que las leyes violadas son los Arts. 16 y 449 del Código Penal porque la Ley que debió aplicarse es el Art. 466

del mismo Cuerpo Legal que sanciona los golpes o heridas que han causado una enfermedad o incapacidad para el trabajo que pase de 90 días o una incapacidad personal para el trabajo o una enfermedad grave o la pérdida de un órgano no principal, y afirma: "La jurisprudencia ecuatoriana es uniforme en cuanto a calificar como delito de lesiones las causadas con instrumento contundente, cortante y aún con arma de fuego, si no reúne las condiciones de idoneidad y univocidad para causar la muerte" TERCERO.- El recurso de casación no faculta al Juzgador realizar un nuevo examen de la prueba actuada dentro del proceso, y tiene como objetivo corregir y enmendar los errores de derecho que vicien la sentencia judicial, por uno de los motivos consignados en el Art. 373 del Código de Procedimiento Penal. CUARTO.- La sentencia en su considerando tercero, declara comprobada conforme a derecho la existencia de la infracción con las constancias procesales: reconocimiento legal previo de Jackeline Egas Ruiz, ampliación del reconocimiento médico legal; historia clínica y resumen proporcionados por la "Clínica Internacional" de Quito en la que ha recibido los primeros auxilios, protocolización y traducción de la historia clínica de Jackeline Egas Ruiz otorgada por el Centro de Salud "D' Oleby Profesional Health Services"; protocolización de la traducción de planilla de gastos; reconocimiento del lugar de los hechos "EDIF. Villacís Pazos" ubicado en la Av. 10 de agosto N° 3815, 2o. piso, de esta ciudad, en donde trabajaba la agraviada; reconocimiento médico legal de la paciente practicado por el Juzgado Primero de lo Penal de Pichincha el 2 de septiembre de 1987, con la intervención de médicos legistas

legalmente nombrados y posesionados, en cuyo informe finalizan manifestando: "Consideramos que de acuerdo a las lesiones en manos y su apariencia física facial no podría desempeñarse en sus actividades como Secretaria en los próximos dos años, durante los cuales necesitará además una asistencia psicológica permanente. Coincidimos con el criterio del cirujano plástico tratante en los EE. UU., quien ha citado a la paciente para un año después de que fuere dada de alta para reiniciar cirugía"; reconocimiento químico en el lugar de los hechos y en las prendas de vestir con intervención de los peritos Licenciado Marco Cuesta y Doctor Carlos Ruíz, que concluyen expresando: "Que el líquido utilizado mediante el cual se ocasiona las graves lesiones a la señorita Jackeline Egas y el deterioro de las prendas de vestir, como de la alfombra y objetos adyacentes fue causado por un ácido fuerte. Que este ácido fuerte corresponde a ácido sulfúrico. Que este ácido a más de ocasionar lesiones en el organismo por contacto o por ingestión es idóneo para causar la muerte, también puede causar los mismos efectos sólo por inhalación. Que la casuística criminalística nos permite asegurar que este tipo de ácidos han sido utilizados como agentes para causar graves lesiones o muerte. Que debido a la cantidad de ácido y ataque a zonas vitales es evidente y natural que es medio idóneo para causar la muerte. (fs. 81 a 93)"; y, secuencia fotográfica de un dato de prensa en el que consta Jackeline Egas Ruiz, candidata a Reina de Quito y fotografías de las lesiones causadas a consecuencia de las quemaduras de las diferentes partes de su cuerpo "que por sí solas revelan la gravedad de las mismas".- QUINTO.- La doctrina de la tentativa, fundada en la

antigua fórmula del "Principio de Ejecución", siguió la nueva orientación de "la idoneidad y la univiosidad" introducida por Rocco en las reformas al Código Penal italiano y después fue aprobada casi por unanimidad, en la Conferencia Internacional de Unificación del Derecho Penal en Varsovia, orientación que también aceptó y la contiene nuestro Código Penal ecuatoriano en su Art. 16. El penalista italiano Rocco al respecto dice: "Para la represión de la tentativa se requiere que los actos tengan un valor causal y un valor sintomático. El valor causal, consustancial con la idoneidad concierne a la capacidad para producir por sí mismo un resultado dañoso determinado. El valor sintomático, consiguiente a la univiosidad, atañe a la intención dirigida inequívocamente a la comisión de un delito. No es menester la difícil empresa de pesquisar el comienzo de ejecución, basta con que el acto tenga en sí mismo capacidad para producir un resultado y aptitud para demostrar la intención de cometer un delito". En el presente caso, la encausada, en su agresión, ha empleado ácido sulfúrico, que según los peritos "a más de ocasionar lesiones en el organismo por contacto o por ingestión es idóneo para causar la muerte", y, ha sido trastornado en la cabeza de la víctima, lo cual demuestra que ha habido intención de causar la muerte; es decir, se cumple con los requisitos de idoneidad para producirla y el de univiosidad de la intención. El autor Raúl Goldstein en la definición de Tentativa expresa: "Los actos que no se cumplieron para llegar al resultado típico deben haber sido, en el aspecto negativo de su realización, independientes de su voluntad; circunstancias ajenas a su voluntad dice el Código Penal argentino", y luego menciona

que es inmensa la clase de circunstancias interruptivas de la actitud ilícita, comenzando por aquellas que revisten los caracteres del hecho fortuito, hasta la naturaleza física actuantes sobre la persona del autor o sobre el medio de que se vale; la circunstancia de no haber sido vertido todo el ácido sulfúrico en la cabeza, sea por la falta de destreza de la encausada o por el movimiento del cuerpo de la agraviada, pudo haber interrumpido la acción de quitarle la vida. No se trata, pues, de delito de lesiones sino de delito contra la vida, en su grado de tentativa. En todos los fallos mencionados por la encausada en su escrito de fundamentación del recurso, la Sala de la Corte Superior (anterior) califican los delitos como lesiones, porque los actos ejecutados, los instrumentos utilizados y la localización de las mismas, no revelan la intención de causar la muerte. SEXTO.- En la sentencia del tribunal Penal no se anota que se haya rendido prueba sobre los hechos que se dice han ocurrido la noche anterior entre la encausada y la agraviada en la casa de ésta y luego en la calle pocos momentos antes de ser agredida; ni que se haya testificado que la agresión fue cuando ésta se encontraba de espaldas, a traición; de manera que no se toman en cuenta por no probados estos hechos, para una calificación. En cambio es evidente que intentar dar la muerte vertiendo ácido sulfúrico en la cabeza y el cuerpo es ensañamiento, es aumentar deliberada e inhumanamente el dolor de la ofendida, circunstancia constitutiva de delito que convierte el homicidio en asesinato, por estar contemplada en el numeral 4 del Art. 450 del Código Penal, en el grado señalado de tentativa.- SEPTIMO.- El Art. 29 del Código Penal, en los numerales 6 y 7, establece las atenuantes de

ejemplar conducta posterior del culpado y conducta anterior sin ninguna peligrosidad, circunstancias, la primera, que no han sido justificadas por la encausada con la prueba de tan sólo "conducta buena" que trae la sentencia del inferior, y que la segunda, no influye para la reducción de la pena por resultar única.- Por lo expuesto, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, esta Sala de lo Penal estima procedente el recurso y enmendando la violación de la Ley casa la sentencia, y a la encausada Carlota Elvira del Salto, cuyo estado y condición constan de autos, como autora de tentativa de asesinato en la persona de Jackeline Egas Ruiz, de conformidad con lo dispuesto en los Arts. 450 numeral 4, 16 inciso 1º y 46 del Código Penal, le impone la pena de Cuatro Años de reclusión mayor ordinaria que cumplirá en el Centro de Rehabilitación de Mujeres de Quito, descontándose el tiempo que hubiere permanecido presa por la misma causa.-²³

²³ www.derechoecuador.com.

3.2 Análisis Jurídico del Caso Específico.

La doctrina que se ha vertido referente a la tentativa, se basa en el "Principio de Ejecución", Este principio es caracterizado por la realización del delito de homicidio y está constituido por actos idóneos y directamente encaminados a la consecución del fin propuesto que es la extinción de una vida humana, el principio de ejecución no tiene lugar al exteriorizarse en hechos la voluntad criminal, si no al darse comienzo a la realización del acto típico que llaga a poner en peligro el bien jurídico tutelado por la ley, también debe comprender "la idoneidad y la univiosidad" incorporadas por Rocco en las reformas al Código Penal italiano que expresa en el artículo 56 de dicho Código Penal Italiano que dice:

“Quien realiza actos idóneos, dirigidos de forma inequívoca a cometer un delito, responde de delito intentado si la acción no se realiza o no se verifica el resultado”. Y después en la Conferencia Internacional de Unificación del Derecho Penal en Varsovia, orientación que también contiene nuestro Código Penal ecuatoriano en su Art. 16 que nos dice que: “Quien practica actos idóneos conducentes de un modo inequívoco

a la realización de un delito, responde por tentativa si la acción no se consuma o el acontecimiento no se verifica”.

El penalista italiano Rocco al respecto dice: "Para la represión de la tentativa se requiere que los actos tengan un valor causal y un valor sintomático. El valor causal, consustancial con la idoneidad concierne a la capacidad para producir por sí mismo un resultado dañoso determinado. El valor sintomático, consiguiente a la univiosidad, atañe a la intención dirigida inequívocamente a la comisión de un delito. No es menester la difícil empresa de pesquisar el comienzo de ejecución, basta con que el acto tenga en sí mismo capacidad para producir un resultado y aptitud para demostrar la intención de cometer un delito".²⁴

En este presente caso concreto, la encausada, en su agresión, ha empleado ácido sulfúrico, que según los expertos del tema nos dicen "a más de ocasionar lesiones en el organismo por contacto o por ingestión es idóneo para causar la muerte", y, ha sido trastornado en la cabeza de la víctima, todo esto que determinan los peritos demuestra que ha existido toda la intención de causar la muerte; con esto se cumple con los requisitos de idoneidad para poder lesionar el bien jurídico tutelado y el de univiosidad de la intención.

²⁴ Rocco, derecho Penal Italiano.

Fontan Balestra: “Tentativa es comienzo de ejecución de un delito determinado, con dolo de consumación y medios idóneos, que no llega a consumarse por causas ajenas a la voluntad del autor”.²⁵

La falta de consumación debe ser ajena a la voluntad del autor, existe una gran variedad de clases de circunstancias que interrumpen la actividad delictiva, comenzando por aquellas del hecho fortuito, hasta el físico que actúa sobre la persona del autor o sobre el medio de que se vale; por eso la circunstancia de no haber sido vertido todo el ácido sulfúrico en la cabeza de la víctima, sea por la falta de destreza de la encausada o por el movimiento del cuerpo de la agraviada, pudo haber interrumpido la acción de quitarle la vida.

No se puede hablar o decir, que se trata solo de un delito de lesiones sino de un delito que atenta contra la vida, en su grado de tentativa por cumplir con los requisitos que determinan al homicidio y luego en la tentativa como el principio de ejecución, idoneidad, univiosidad y la no consumación por factores ajenos al autor, teniendo que enmarcar que es la intención del agente, lo que en verdad permite aclarar su comportamiento a falta de un resultado.

La Sala de la Corte Superior califica a este delito como lesiones según se desprende del proceso antes citado, porque los actos ejecutados, los instrumentos y medios utilizados y la localización de las lesiones, no

²⁵ Fontan Balestra, Tratado de Derecho penal.

revelan la intención de causar la muerte y no toma en cuenta el criterio que emiten los peritos calificados que determinan todo lo contrario al decir "a más de ocasionar lesiones en el organismo por contacto o por ingestión es idóneo para causar la muerte"

Por lo tanto y es acertado el criterio emitido por la Sala, que es notorio que la intención de atentar con la vida vertiendo ácido sulfúrico en la cabeza y el cuerpo es ensañamiento, es aumentar deliberada e inhumanamente el dolor de la ofendida, circunstancia constitutiva de delito que convierte el homicidio en asesinato, por estar contemplada en el numeral 4 del Art. 450 del Código Penal que nos dice:

“Es asesinato y será reprimido con reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años, el homicidio que se cometa con alguna de las circunstancias siguientes:

4a.- Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido”, en el grado señalado de tentativa.²⁶

La Sala también hace referencia a las atenuantes que la encausada presenta a su favor y las analizan para ello se basan en el Art. 29 del Código Penal, en los numerales 6 y 7, que establece:

²⁶ Código Penal, edición 2007

“Son circunstancias atenuantes todas las que, refiriéndose a las causas impulsivas de la infracción, al estado y capacidad física e intelectual del delincuente, a su conducta con respecto al acto y sus consecuencias, disminuyen la gravedad de la infracción, o la alarma ocasionada en la sociedad, o dan a conocer la poca o ninguna peligrosidad del autor, como en los casos siguientes:

6o.- Ejemplar conducta observada por el culpado con posterioridad a la infracción;

7o.- Conducta anterior del delincuente que revele claramente no tratarse de un individuo peligroso”²⁷

Estas atenuantes anteriormente citadas que hablan de ejemplar conducta posterior de la infracción del culpado y conducta anterior de la infracción sin ninguna peligrosidad, circunstancias que atenúan el delito, pero en este caso en particular la primera atenuante, se dice en autos que no han sido justificada por la encausada con la prueba de tan sólo "conducta buena" que trae la sentencia del inferior por lo tanto no es tomada en cuenta, y en tanto que la segunda, no influye tampoco para la reducción de la pena por resultar única.

Según lo manifestado para que exista el delito homicidio debe contener los elementos esenciales o constitutivos, y elementos accidentales o accesorios, los primeros son los presupuestos de hecho o de derecho

²⁷ Código Penal, edición 2007

para que la infracción exista, este delito es de tipo genérico, pero dentro de este, hay especies agravadas o atenuadas por diferentes características de la infracción, por ejemplo genéricamente el homicidio es la muerte de un hombre por la obra de otro hombre y específicamente el homicidio puede ser asesinato.

Ahora bien no se llegó a la culminación de la infracción entonces estaríamos frente a la tentativa de asesinato por todas las características que ya anotamos anteriormente.

En cuanto a la sentencia que en mi criterio esta bien casada, la Sala, toma en cuenta los agravantes y no los atenuantes, por no haber sido probados en el momento procesal oportuno, mientras que de los atenuantes existió prueba suficiente por lo tanto la sentencia como autora de tentativa de asesinato, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 450 numeral 4, 16 inciso 1º y 46 del Código Penal, y le impone la pena de Cuatro Años de reclusión mayor ordinaria.

CONCLUSIONES.

Ya que hemos finalizado con este estudio de lo que abarca la tentativa creo que estamos en la capacidad para establecer ciertas conclusiones:

1.- Que la tentativa es un delito no consumado por circunstancias ajenas a la voluntad del agente, el cual no ha realizado todos los actos que la infracción requiere en este caso concreto del homicidio al no haber podido terminar con la vida del ofendido por situaciones totalmente aparte de su voluntad.

2.- A la tentativa la doctrina la considera como la institución jurídica que abarca a las demás infracciones in consumadas, y no debe ser así ya que deben ser tomadas como delitos in consumados autónomos por sus propias particularidades.

3.- La tentativa ha merecido una pena inferior al delito consumado por la simple razón de que no puede ser castigado de igual manera que el delito ya realizado y concluido, ya que no se realiza en su totalidad.

4.- Existe un concurso eventual de sujetos admitida generalmente por la tentativa.

BIBLIOGRAFIA

- DONNA, Edgardo Alberto. Derecho Penal, parte especial, tomos I, II, III. Editorial Rubinzal-Culzoni. Edición 2004, Buenos Aires – Argentina.
- NAUCKE, Wolfgang. Derecho Penal. Editorial Astrea. Edición 2006, Buenos Aires – Argentina.
- ROXIN, Claus. Derecho Penal, parte General. Editorial Civitas. Edición 2006, Madrid – España.
- CERESO Mir, José. Temas Fundamentales del Derecho Penal. Tomos I, III. Editorial Rubinzal-Culzoni. Edición 2006, Santa Fe – Argentina.
- JOACHIM Hirsch, Hans. Derecho Penal, obras completas, tomos II, III, IV. Editorial Rubinzal-Culzoni. Edición 1999, Buenos Aires – Argentina.
- WELZEL, Hans. El Nuevo Sistema del Derecho Penal. Editorial B de F. Edición 2001, Buenos Aires - Argentina.
- BINDER, Alberto M. Justicia Penal y Estado de Derecho. Editorial AD-HOC. Edición 2004, Buenos Aires – Argentina.
- BINDER, Alberto M. Introducción al Derecho de Procedimiento Penal. Editorial AD-HOC. Edición 2005, Buenos Aires – Argentina.
- CABANELLAS de la Torre, Guillermo. Diccionario Jurídico Usual. Edición 1998. Editorial Heliasta.

- ESPASA. Diccionario Jurídico Espasa. Editorial Espasa, Calpe S.A. Edición 2000.
- SANTOS Azueala, Héctor. Nociones de Derecho. Segunda Edición. Edición 1999.
- VIÑAMAGUA Montoya, Ángel, Manual de Ciencia Penal. Tercera edición. Edición 2001.
- Código penal Ecuatoriano, vigente.
- VACA Andrade, Ricardo. Manual de Derecho Procesal Penal.
- REYES Echandia Alfonso. Culpabilidad. 1999
- FONTAN Balestra, Carlos. Tratado de Derecho Penal.1977
- PEREZ, Luis. Manual de Derecho Penal, parte general y especial
- REYES Echandia, Alfonso. Derecho Penal. 1990
- MUÑOZ Conde, Francisco. Teoría general del delito. 1990
- MIR Puig, Santiago. Derecho Penal, parte general. 1985
- ETCHEVERRI, Alfredo. Derecho Penal, parte general.
- LEVENE, Ricardo. El delito de homicidio. 1977
- Diccionario explicativo de Derecho Penal Ecuatoriano. 1977 (Aníbal Guzmán Lara).
- PUIG PEÑA, Federico, derecho Penal, Madrid- España, Tomo II
- GUISEPPE, Maggiore. Derecho Penal. 1989
- Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano, vigente.
- LABATUT Gleba, Gustavo. Derecho Penal. Tomo I, Novena edición. Edición 1995.
- ALMEIDA Sánchez, Víctor. Interpretaciones, Interrogantes y Aplicaciones Penales. Edición 1991.

- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de Derecho Penal. Cuarta edición. Edición 1970.
- NORIEGA PUGA, Marco, La Tentativa y el Desistimiento, Tercera edición, 1998.
- ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, El Homicidio Simple, 1990
- www.lahora.com.ec/paginas/judicial.htm.
- www.google.com.ec.
- www.derecho.com.
- www.boletinjudicial.com.
- www.missingkids.org.
- www.derechoecuador.com.
- www.iuscontenidos.com.ar.
- www.unifr.ch/derechopenal/ley.htm.