

Universidad Particular San Gregorio De Portoviejo



Artículo Científico Previo a La Obtención Del Título De Abogado

Tema:

La tentativa de asesinato.

Título:

**“ El desistimiento de la acción en el delito de tentativa de asesinato dentro de la
legislación ecuatoriana”**

AUTORES:

Fernando Andrés Vélez Pisco. CI: 1312774225

Klever Marcelo Caiza Sangurima. CI: 220010404-6

TUTOR:

AB. Henry Stalin Villacis Londoño

Portoviejo, Manabí, Ecuador

octubre 2022 – marzo 2023

Cesión de Derecho Intelectual

Fernando Andrés Vélez Pisco, Klever Marcelo Caiza Sangurima, declaramos ser los autores del presente trabajo investigativo, cuyo contenido es auténtico y original que no infringe derechos de propiedad intelectual de terceros. En ese sentido, asumimos la responsabilidad correspondiente ante cualquier falsedad, ocultamiento u omisión de la información obtenida en el proceso de investigación.

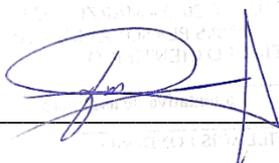
De manera expresa cedemos los derechos de autor y propiedad intelectual del artículo científico “El desistimiento de la acción en el delito de tentativa de asesinato dentro de la legislación ecuatoriana”, a la Universidad San Gregorio de Portoviejo, para que publique el texto impreso y electrónico por ser la institución de Educación Superior que nos acogió en todo el proceso de desarrollo del mismo.

Portoviejo, 25 de febrero del 2023

f. 

Fernando Andrés Vélez Pisco

C.C 1312774225



Klever Marcelo Caiza Sangurima

C.C 220010404-6

3. Contenido del artículo

El desistimiento de la acción en el delito de tentativa de asesinato dentro de la legislación ecuatoriana.

The withdrawal of the action in the crime of attempted murder within Ecuadorian legislation.

Autores

Fernando Andrés Vélez Pisco. Universidad San Gregorio de Portoviejo.

e.favelez@sangregorio.edu.ec

Klever Marcelo Caiza Sangurima. Universidad San Gregorio de Portoviejo.

e.kmcaiza@sangregorio.edu.ec

Tutora

Ab. Henry Stalin Villacis Londoño. Universidad San Gregorio de Portoviejo.

hsvillacis@sangregorio.edu.ec

Resumen

La tentativa radica en que toda acción que va dirigida a una lesión de un bien jurídico protegido que genere una conmoción social que este transgrede las leyes morales que se encuentran plasmadas en el COIP recibirá una sanción de uno a dos tercios de-la que le correspondería si el delito se habría consumado. La tentativa solo existe en los delitos que son intencionados, es decir, que van dirigido por el autor hacia el perjuicio o lesiones de un bien jurídico ajeno, sea este la propiedad, la integridad, la vida, entre otros, etc. Para que la tentativa sea considerada como tal, los actos deben ser de ejecución y no de preparación y deben ser ejecutados de forma idóneas e inequívocas para que se pueda alcanzar su resultado.

Eso en cuanto a la tentativa, pero cuando se trata del desistimiento de la acción este tiene que tener la plena voluntad de desistir la acción, mediante actos subjetivos del comportamiento de abstención de los actos.

La tentativa solo existe en delitos que son intencionales, es decir, que van dirigidos por el autor hacia el perjuicio o lesión de un bien jurídico ajeno, sea este la propiedad, la integridad, la vida etc.

Palabras clave: Acción; asesinato; desistimiento; hechos; tentativa

Abstract

The attempt is that any action that is aimed at injuring a protected legal right that generates a social commotion that violates the moral laws that are embodied in the COIP will receive a sanction of one to two thirds of what would correspond if the crime would have been consummated. The attempt only exists in crimes that are intentional, that is, that are directed by the perpetrator towards the damage or injury of another legal right, be it property, integrity, life, among others, etc. In order for the attempt to be considered as such, the acts must be of execution and not of preparation, and they must be carried out in an appropriate and unequivocal manner so that the result can be achieved.

That in terms of the attempt, but when it comes to the withdrawal of the action, this must have the full will to withdraw the action, through subjective acts of the behavior of abstention from the acts.

The attempt only exists in crimes that are intentional, that is, that are directed by the perpetrator towards the damage or injury of another legal right, be it property, integrity, life, etc.

Keywords: Action; murder; withdrawal; facts; attempt

4. Cuerpo del artículo

Introducción

En el COIP existe la tentativa, la cual se puede enmarcar a cualquier delito como el de tentativa de robo, de violación, de asesinato, entre otros. Pero el que más llama la atención para esta investigación es el delito de tentativa de asesinato. Por otra parte, la Fiscalía tiene un rol muy importante dentro de las investigaciones, porque si no realiza una buena investigación este perjudicaría a ambas partes, por lo que el denunciante no ganara el caso y el denunciado puede pagar una condena injusta por no realizar una buena investigación por parte de la Fiscalía.

Pero lo que denota suma importancia es el desistimiento de la acción.

¿Se debería declarar la inocencia del acusado por el desistimiento de la acción en el delito de tentativa de asesinato?

Es claro que es de suma importancia realizar una investigación referente al desistimiento de la acción en un delito de tentativa de asesinato y en cualquier otro delito en el cual existe este tipo de acción.

Metodología

El Proyecto de Artículo Científico representa metodológicamente una investigación de carácter cualitativa, en virtud de la cual se determina que la recolección de datos sería basada en normas, legislación comparada, jurisprudencia, doctrina nacional e internacional, consecución de los objetivos propuestos, desarrollo del marco teórico con sus respectivos subtemas, y conclusiones.

Así también, se usó como técnica de investigación al Árbol de Problemas. Según el autor Martínez y Fernández (2008) consideran que esta técnica “consiste en desarrollar ideas creativas para identificar las posibles causas del conflicto, generando de forma organizada un modelo que explique las razones y consecuencias del problema”. (p. 6)

En base a todo lo expuesto, de manera general la presente indagación se desarrolló a través del estudio jurídico, documental y analítico, a partir del análisis de fuentes bibliográficas y cuerpos legales de los últimos años que referencian al objeto de estudio.

Fundamentos teóricos

En el siguiente punto nos trata de introducirnos a la historia de la tentativa y cómo surgió, a la vez que Vargas, Fidel S. Rojas (Jakobs, 2009) nos manifiesta que;

El antecedente conceptual más remoto de lo que conocemos como tentativa lo encontramos en la expresión “conatus” utilizada por los postglosadores de la época del Renacimiento y la ilustración europea temprana, donde destacaron los “prácticos” italianos y alemanes, quienes emplearon los conceptos de “conatus remoto” y “conatus próximo” para definir con el primero el alcance de los actos iniciales de ejecución o en todo caso, el extremo límite de los actos preparatorios; y abarca con el segundo la tentativa propiamente dicha y el delito frustrado ideas que fueron tomadas y desarrolladas por Feurmabach, Giovanni, Carmignani y Francesco Carrara. (Pág. 163)

De la misma forma se puede evidenciar que la tentativa inicia con la ejecución de un acto. Por lo tanto, se tiene que tener presente un concepto actual sobre lo que es la tentativa y como ha cambiado en el transcurso del tiempo por lo cual el autor Stein, Javier Villa (2008, pág. 289) nos indica que “cuando el autor pasa el límite máximo de los actos preparatorios e inicia los actos ejecutivos, estamos frente a la tentativa”.

Por tanto, en el concepto contemporáneo de tentativa y los conceptos actuales, se puede evidenciar que ambos persiguen un mismo fin que es el acto y su preparación de causar un daño. Así mismo se puede decir que la tentativa no solo depende de los actos preparatorios, porque existe la tentativa inacabada, por lo que Soto, J. M (2013) nos explica que:

Mientras los actos preparatorios son equívocos la tentativa es inequívoca, esto es que los actos preparatorios pueden tener más de una finalidad, mientras la tentativa debe exponer una sola finalidad indiscutible, por ejemplo, una persona que porte arma de

fuego sin permiso, aunque persiga la finalidad de matar, mientras no lleve a efecto la ejecución del acto, se mantiene en un mero acto preparatorio, ya que portar un arma de fuego no es un acto inequívoco de matar. Para que exista tentativa en este caso el autor debe no solo apuntar contra la víctima, sino dispararle sin que llegue a consumarse la muerte. Solo con el disparo contra la víctima, se entenderá que existe un acto idóneo e inequívoco de matar. (Pág. 47)

Por otro lado, para que exista el delito de tentativa el autor tiene que realizar todo el acto en la cual se sujete a la parte objetiva como subjetiva, en la cual este quiere concluir la acción, es decir, si el autor quiere matar a una persona este tiene que realizar la acción de matar en este ejemplo se puede decir que dispare a la persona afectándole un órgano vital como el corazón y que por causas ajenas a la voluntad del autor, la víctima sobrevive, esta es una real tentativa, por lo que el autor tuvo la intención de matar a la víctima solo que por causas ajenas de la voluntad del autor no llegó a consumar la acción, además que, para que exista una tentativa de asesinato, hay que tener un claro concepto de lo que es la acción de matar, por lo cual el autor Martín, K. G. (2015) nos dice que;

Se conoce como asesinato a la acción de matar a una persona cuando en ese hecho delictivo concurren determinadas circunstancias de agravación. Equivale a lo que algunas legislaciones, como la argentina, llaman homicidio calificado, que se configura por su comisión alevosa, premeditada o ensañada, así como también por realizarse mediante precio, recompensa o promesa. La agravación del homicidio simple para convertirse en calificado o asesinato, puede también estar determinada por los vínculos de parentesco entre el agresor y la víctima. (Pág. 128)

Todas estas observaciones se relacionan con la intención, la cual en nuestro cuerpo legal la conocemos como dolo, en la cual se demuestra la intención que tiene el autor material del hecho de causar un daño a la víctima, al mismo tiempo FERNANDA., AB. GALLARDO

MUÑOZ MARIA (2018) nos indica ciertas características que tiene que tener el autor para poder calificar una tentativa.

El dolo. - La tentativa solo existe en los delitos que son intencionales, es decir, que van dirigidos por el autor hacia el perjuicio o lesión de un bien jurídico ajeno, sea este la propiedad, la integridad, la vida etc. Si de los actos objetivos no logra apreciarse el dolo, no existiría tentativa. La tentativa dicha de manera sencilla, no es posible en el delito culposo.

Así, el guardia de seguridad que deja accidentalmente caer su arma de fuego escapándose un proyectil que pasa muy cerca del rostro de una persona, no tiene el dolo de matar, por lo que no existe tentativa de homicidio.

Una de las tareas más complejas del proceso penal y de la actividad probatoria está en determinar con precisión, el contenido subjetivo de la actuación, es decir, la intención real del procesado, ya que un resultado puede consumarse sin intención, y en otras ocasiones puede existir ocasión sin que exista el resultado.

Ejecución de actos idóneos e inequívocos para alcanzar el resultado. - Sobre este presupuesto es importante destacar la presencia de la teoría de la univocidad de carrara en la legislación nacional, que como dijimos, exige que para que la tentativa sea tal, los actos deben ser de ejecución y no de preparación, y deben ser ejecutados de manera idónea e inequívoca para alcanzar el resultado. Si disparas un arma de fuego que resulta ser en realidad un arma de juguete, no existe tentativa por más dolo con que se actúe.

Interposición de un obstáculo que impide la consumación. - Entre la ejecución de los actos y medios con que el autor espera alcanzar el resultado debe interponerse un obstáculo ajeno a su dominio o voluntad. Puede ser una circunstancia no esperada como la falta de puntería al disparar, o el socorro eficaz a la víctima que impiden la

consumación. En el primer caso este fenómeno de la falta de puntería es un claro ejemplo de tentativa incompleta, y el segundo es un ejemplo evidente de tentativa completa.

La no consumación. - Sobre la consumación no se ha escrito mucho, sin embargo, algunos tratadistas le han dedicado un espacio de reflexión a este elemento tanto de la tentativa como del iter criminis. Se entiende que un delito se ha consumado cuando se ha alcanzado el tipo, es decir se ha cumplido estrictamente lo que el tipo exige objetiva y subjetivamente. La consumación implica, así como la tipicidad, una estricta observancia de los elementos descritos en el tipo en la ley. Se entiende por ejemplo que se ha consumado un robo, cuando la persona se apodera de un bien mueble ajeno, pero este apoderamiento implica a su vez el hecho de que la víctima se haya despojado completamente de su propiedad. En el caso de los delitos contra la vida, existe consumación cuando la persona muere. (Pág. 55)

Asimismo, no se puede imputarle a una persona la tentativa cuando existe un delito culpo, porque dentro de este tipo penal no existe lo más relevante para poner sancionar a este, que sería el dolo, por lo tanto, para Bardavío Antón, C (2022) nos indica que:

La teoría del paradigma del bien jurídico argumenta que lo penalmente relevante en la tentativa es la peligrosidad concreta de la acción desde una perspectiva ex ante, por lo que el desvalor del resultado es necesario en cuanto afecta inmediatamente al bien jurídico protegido. (Pág. 45)

Por tanto, se puede decir que lo mas importante para poder acusar a una persona por el delito de tentativa es la peligrosidad que este le genere a la víctima. Aunque, Mañalich, J. P. (2019, pág. 197) nos indica que “Como criterio para el inicio de la tentativa de un delito cualquiera solo puede venir en consideración una fórmula que resulte propiamente insensible a la especificidad de la estructura típica del delito de cuya posible tentativa se trata”.

Por otra parte, el desistimiento de la acción puede modificar el hecho y, además, se puede declarar la inocencia del acusado como lo indica Mañalich, J. P. R (2020) que nos dice que:

El comportamiento posterior del hechor pueda constituirse como un desistimiento excluyente de la punibilidad de la tentativa de homicidio que le es imputable, a pesar de que ese comportamiento posterior indudablemente representa un impedimento (eficaz) de la consumación del potencial homicidio. (Pág. 37)

En cuanto, existen diferentes puntos de vista al respecto de la consumación de la tentativa. Dado que Jakobs (1992, pág. 65) nos dice que “el delito tentado se consuma, si la tentativa ha avanzado máximamente, esto es, si el hechor ha alcanzado la conclusión de la tentativa”.

A su vez, se puede desistir de la acción y este desistimiento acarrea una gran controversia por lo que, se puede declarar la inocencia del autor como lo manifiesta Jakobs (Jakobs, 2009) nos dice que:

Roxin hablaba sobre el cambio de posiciones, y que dicho penalista lo ilustra en el siguiente ejemplo: cuando el autor actuante con intención homicida supone al principio que quizás pueda haber alcanzado mortalmente a la víctima, existe una tentativa acabada que exige un auxilio activo. Pero si mas tarde reconoce que la victima solo ha sido herida levemente y su vida no corre peligro, la tentativa acabada hasta entonces se transforma en una inacabada y ahora el autor puede desistir mediante una simple renuncia a más ataques. (Pág. 431)

Hay que mencionar, además, que la ayuda que realice el autor del hecho tiene que ser un acto voluntario y no ser un acto en el cual allá sido detenido por un tercero, por lo que MAÑALICH, J. P. R. (2020) nos manifiesta lo siguiente:

Al desistir, el autor de la tentativa “revocaría” su previo quebrantamiento de la norma. Pues esta última jerga vuelve ininteligible la consideración de que aquello de lo cual el autor se desiste es el quebrantamiento de una norma jurídico-penalmente reforzada, que ex post llega a exhibir el estatus de una tentativa. Esto es crucial para captar el sentido preciso en el cual el desistimiento (voluntario) puede volver retributivamente innecesaria la reacción punitiva a la respectiva tentativa. (Pág. 163)

Teniendo en cuenta que, el desistimiento de la acción tiene que ir de la mano con la voluntariedad como nos manifiesta el autor Jakobs (2009) que nos manifiesta lo siguiente;

Es mas coherentes el uso de la frase “evitamiento o impedimento voluntario del resultado”. Ejemplo de esta situación se dan cuando el mismo agente infractor auxilia y salva la vida de aquel a quien arrojó en estado de inconciencia al mar; el que apaga el fuego solo o con auxilio de terceros del incendio que provocó; el que conduce donde un medico a la victima u otorga antídotos eficaces contra el veneno que suministro a éste; el saboteador o terrorista que avisa a la policía indicando el lugar, ubicación precisa y tiempo de activación de la bomba que acaba de colocar. (Pág. 436)

Hay que mencionar, además, que una vez que se allá desistido de la acción voluntariamente el agente, la tentativa tiene en común una discrepancia con la imprudencia como lo manifiesta el autor Mañalich (2019) que nos dice lo siguiente:

La tentativa y la imprudencia tienen en común una discrepancia entre las circunstancias efectivamente existentes y las circunstancias que el agente se representa como existentes. Esto determina que tanto la tentativa como la imprudencia puedan ser entendidas como estructuras de imputación que, al descansar en la existencia de tal discrepancia, se distinguen por consistir en sendas formas de error. (Pág. 264)

Por otra parte, la teoría del delito es de suma importancia para este caso, por lo cual existen diferentes tipos de tentativa, como son las de tentativa absoluta, delito frustrado o de delito imposible como lo manifiesta Jakobs (2009) nos dice que;

Procede en la tentativa inacabada, no así en el delito frustrado ni en la tentativa absoluta inidónea o delito imposible. La razón de esto radica en que no puede haber lugar a desistirse cuando se han agotado los actos ejecutivos en el proceso que debió generar la consumación del delito. (Pág. 441)

Para desistirse tiene que existir la posibilidad objetiva racional de practicar aún otros actos ejecutivos en la mira de la consumación, consecuentemente la renuncia tiene que producirse cuando todavía le es al agente posible continuar con éxito hacia el logro de su fin típico, siendo el resultado consumidor, viable y alcanzable.

Asimismo, y en el caso de que el agente decida no continuar con los actos que inidóneamente practicaba, ya sea a nivel de comportamiento o de los medios totalmente ineficaces de los que hace uso, ello resulta irrelevante por lógica y sentido jurídico, para dotarle a su actitud del carácter jurídico propio del desistimiento, por cuanto al no existir acto de ejecución relevante, es inadmisibles dogmática y jurídicamente la tentativa desistida.

No sucede lo mismo en la tentativa de idoneidad relativa, donde sí, al determinarse niveles de peligro para el bien jurídico, es factible el desistimiento.

Está claro que, el desistimiento es, pues, figura típica que congloba acto, medios y objeto, posible y realizables, características propias de la tentativa inacabada, no así del delito frustrado o del imposible Jakobs (2009) nos dice que:

El desistimiento es una de las formas concretas en que se materializan el delito imperfecto, siendo a la vez una circunstancia personal privilegiada de excepción de pena. Para su existencia jurídica el legislador ha determinado que se origine en una decisión voluntaria atribuible a la capacidad de poder actuar en contra del proceso

delictivo, esto es, se desista de actuar ejecutivamente y se ultime el elemento subjetivo del delito que le penetra y dirige. (Pág. 446)

Además, este autor nos manifiesta al respecto que en el caso de que el delito no llegue a consumarse este sea considerado como delito imperfecto, ya que consiste en que el sujeto activo con el objeto de cometer el delito comienza la ejecución del mismo con los medios apropiados para ello, pero por causas ajenas a su voluntad, no realiza todo lo necesario para que el delito se consuma, como dice Baquerizo, Zavala (1992) nos dice que:

Si el acto es una manifestación de voluntad, lo que no han podido negar los más intransigentes causalistas, es evidente que dentro del acto está encerrada la voluntad, la que, a su vez, contiene los móviles, los motivos y las representaciones que fueron los presupuestos que, en la deliberación interna, provocaron la resolución de actuar en tal o cual manera. (Pág. 31)

Mas aún, lo que nos manifiesta este autor es que el acto es algo que se encuentra inherente en el ser humano, ya que toda acción conlleva a un resultado en el cual puede ser bueno o malo, dependiendo de la acción del autor, por lo que Pasquel, A. Z. (2021) nos dice que:

La conducta es un hacer voluntario final, que tiene un aspecto interno que es la proposición del fin y selección de los medios para conseguirlo, y un aspecto externo que es la puesta en marcha de la causalidad. La conducta es sinónimo de acción y de acto, y sin el tipo no se pueden distinguir las omisiones del no hacer. (Pág. 27)

Como ya se ha venido analizando, también nos manifiesta al respecto de la acción y el acto, que vendrían siendo lo mismo, ya que este autor los considera como sinónimos desde el punto de vista del autor, en el cual toda acción o acto conlleva a un resultado, por lo que Antón, Carlos Bardavío (2022) nos dice que:

La teoría del paradigma del bien jurídico argumenta que lo penalmente relevante en la tentativa es la peligrosidad concreta de la acción desde una perspectiva ex ante, por lo que el desvalor del resultado es necesario en cuanto afecta inmediatamente al bien jurídico protegido. (Pág. 39)

Teniendo en cuenta que, lo mas importante de la tentativa para poder acusar a una persona es la peligrosidad que esta persona genere a la víctima se le podrá imponer una pena por este delito, por lo que Mas, Catalina Salvà (2021) nos manifiesta lo siguiente:

La tentativa es idónea cuando el sujeto lleva a cabo todos o parte de los actos descritos en el tipo penal, creando un peligro real y concreto para el bien jurídico protegido, pero el resultado no se llega a producir por factores que no eran cognoscibles ex ante por el autor, ni tampoco por el observador con plenos conocimientos ex ante. Por otro lado, la tentativa es inidónea cuando el individuo realiza los actos propios del tipo penal y, sin embargo, el peligro que crea para el bien jurídico tutelado es abstracto. (Pág. 19)

Todas estas observaciones se realizan también con los planes que tiene el autor al momento de realizar una acción, por lo que el desistimiento de esta acción tiene que ser voluntaria por parte del autor, Jakobs (2009, pág. 164) nos dice que:

“El desistimiento presupone interrupción material del proceso ejecutivo del delito y cesación de la voluntad final de la acción del agente”.

Es importante recalcar que en la estructura óptica jurídica del desistimiento, encontramos en un primer nivel una decidida voluntad de delinquir que se materializa y expresa en los actos ejecutivos que hacen tentativa, los que pueden recorrer determinados grados de desarrollo, y en un segundo nivel, una omisión voluntaria (abandono de un hecho) a seguir actuando en función al fin típico e incluso puede darse que a la acción ejecutiva típica le siga una acción irrelevante que igualmente implique desistimiento. Ejemplo, el que,

mediante actos iniciales de violación sexual, varía su conducta y procede a calmar a la víctima, disculpándose y ayudándola a recobrase. En este caso la acción inicial le ha seguido otra de distinta naturaleza, existiendo de por medio la omisión a continuar la ejecución.

Otro punto es claro al decir que en el desistimiento de la tentativa se encuentra un primer nivel el cual es que, el autor tiene que tener una decidida voluntad de delinquir y esta tiene que materializarse, en un segundo nivel tenemos que el autor tiene que con su propia voluntad desistir de la acción. Para Jakobs (2009) nos dice que:

La estructura que tiene que tener la tentativa desistida son los siguientes elementos o componente estructurales: a) la existencia de actos iniciales o de desarrollo de ejecución delictiva, que supongan tentativa inacabada; b) la decisión voluntaria de cesar en la ejecución del delito, componente subjetivo conocido más escuetamente con el termino voluntario, es decir no sujeto a coacción o fuerza externas, bloqueadoras de la acción final; c) la cesación de actos, en un contexto de acción posible ulteriormente, caracterizada por su eficacia frente al bien jurídico protegido; y d) la no producción del resultado. (Pág. 463)

Por otra parte, que pasa con los delitos que son cometido por más de dos personas, en el caso de un delito colectivo, puesto que, las otras personas no permiten que se consume el hecho Rivero, M. D. C. G (2022) nos dice que:

Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquel o aquellos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito. (Pág. 16)

Hay que mencionar, además, que una vez que las demás personas impidan la consumación del hecho, estos quedaran exentos de responsabilidad penal. Mientras tanto para

Antón, CB (2022, pág. 77) nos hace referencia sobre la deshonestidad de la norma “Otras teorías defienden que el Derecho penal constituye una norma preventiva u orientadora de conductas”.

Toda norma que estableciese deberes quedaría en saco roto si renunciase a evitar la consumación, por ello, para algunas teorías, el fin del Derecho es orientar al ciudadano de tal forma que rechace iniciar lo injusto, esto es, que se adecúe a la norma sin exigir el fatal e hipócrita moralismo kantiano consistente en estar de acuerdo con la norma y sentirla como propia.

Con respecto a la teoría del delito, tenemos que tener bien claro como es que se encuadra una conducta a una persona que comete un delito, por lo que denota suma importancia, por lo que existieron tratadistas en los cuales hacían una diferencia entre finalismo y causalismo por lo que Orellana Faz, K. E. (2020, pág. 52) nos dice que “Dentro del desarrollo del estudio de la dogmática jurídica penal ecuatoriano seguimos a la escuela finalista y funcionalista al momento de imputar un resultado”.

Entendemos que, por la ciencia penal, el delito contiene sus propios elementos, tiene una conducta penalmente relevante que es típica, antijurídica y culpable y esta a su vez tiene elementos que la excluyen.

En cuanto a, lo que podemos encontrar dentro de nuestro cuerpo legal es que, para que exista delito el autor tiene que cumplir con una conducta típica, jurídica y culpable, esto en cuanto al delito que se puede enmarcar a una tentativa ya que una vez que exista toda lo relevante para poder imponer una pena.

En el Derecho Penal Ecuatoriano, existen instituciones jurídicas acogidas en su norma, sin embargo, existe la carencia de las figuras de error de tipo y error de prohibición y las variantes que estas abarcan, consecuentemente, se entendería que la ley penal de nuestro Estado, es incompleta, dejando a merced de la injusticia, la aplicación de un juicio de

reproche fundamentado con todas las instituciones jurídicas posibles para la defensa del justiciable, incluso se podría exponer que la mayoría de la población de profesionales de derecho no posee el conocimiento profundo y estratégico de estas figuras, inclusive muchos las consideran nuevas en su totalidad, siendo una ideología totalmente errada, pues esta doctrina jurídica proviene del mundo occidental desde hace más de 50 años, evolucionado a través de su paso por las escuelas del derecho penal. Faz, Orellana (2020)

A su vez, el error de tipo y el error de prohibiciones es muy claro al respecto que uno nos habla sobre la tipicidad, que en este caso sería el primero mencionado anteriormente en este mismo texto y el otro nos hace referencia al respecto de la culpabilidad del autor, por cuanto: La descripción de la conducta prohibida enfocada desde el tipo penal objetivo que posee elementos descriptivos y normativos del tipo, en el tipo subjetivo se analiza el dolo y la culpa; la culpa es la transgresión al deber objetivo de cuidado, mientras que el dolo es la intención positiva y manifiesta del sujeto activo que perpetra o transgrede el tipo objetivo existiendo el elemento cognitivo y el elemento intelectual. (Pág. 18)

Lo que excluye al dolo en delitos de acción dolosa es el llamado error de tipo, doctrinariamente se conoce que es cuando el autor o agente de una acción penalmente relevante debe conocer previamente los elementos objetivos integrantes del injusto ya que este desconocimiento sobre la existencia de alguno de estos elementos repercutiría en la tipicidad excluyente directamente al dolo, de aquí proviene el denominado Error de tipo por recaer en la tipicidad.

El siguiente aspecto trata sobre el error de tipo y el error de prohibiciones en el cual nos indica Andrade, Faz (2022) cuál es la diferencia entre ambas definiciones por lo cual:

El error es la equivocación o falsa apreciación de la realidad y esa equivocación afecta al tipo, porque simplemente no se quiere cometer el acto, así pues, de lo que es

el error de tipo es cuando una persona asiste a una juguetería y compra un arma de juguete sin saber que el dueño del local equívocamente había colocado su arma real en la repisa de sus productos, posterior a esto el comprador dispara provocando un suceso perturbador sin el tener ni la intención ni culpa de lo ocurrido. (Pág. 142)

En este caso estaríamos frente a un error de tipo invencible, porque excluye tanto al dolo como a la culpa, y pese al escenario de peligro no hubo tipicidad y por ende no hubo delito, puesto que carecería de los elementos constitutivos que exige el artículo 18 del Código Orgánico Integral Penal para ser considerado una infracción.

Puesto que el error de tipo es una acción en la cual el autor no ha tenido ni la más mínima intención de querer cometer un hecho delictivo, por cuanto no se le debería de imputar una pena, es en cuanto:

Por otra parte, el error de tipo vencible, es aquel que supera el elemento de dolo, mas no el de culpa puesto que recae en la figura penalmente relevante culposa, pues transgreden el deber objetivo de cuidado afectando directamente al tipo subjetivo, por no tener la suficiente precaución al momento de la ejecución del acto, aunque este haya sido sin previa intención o planificación.

Andrade, Faz (2022) nos indica que:

Mientras tanto, el deber objetivo de cuidado es el que se siente mas afectado, por lo que el deber objetivo de cuidado depende de la parte subjetiva del autor y en la cual el autor tiene la posibilidad de actuar tanto como dolosamente como también desistir de la acción y no llegar a la consumación del hecho. (Pág. 63)

ya que para Creus (1988, pág. 73) “El error de tipo excluye el dolo ya que recae sobre los elementos que integran la acción típica en su objetividad sean ellos de hecho, o de derecho”.

Por otra parte, existen diferentes definiciones al respecto del delito y como se deben de configurar, por lo que Merino S., W (2014) nos dice que:

Por lo que estos Doctrinarios del Derecho Penal, conceptualizan al delito, de la siguiente forma: Acto humano culpable, antijurídico y sancionado con una pena Liszt. Acción típicamente antijurídica y correspondientemente culpable, que no está cubierta con una causa objetiva de exclusión penal. (Pág. 39)

Por lo cual Nieves, R. (2010, pág. 37) Señala que: “existe una relación causal cuando no se puede suponer suprimido el acto de voluntad humana, sin que deje de producirse el resultado concreto”.

Acerca del acto que tiene que cometer el autor de un hecho para que a este se le sea imputable un hecho tiene que tener mucha relevancia con el derecho, es decir que el acto que comete el autor tiene que estar tipificado en el cuerpo legal para así poder imponerle una pena por haber infringido está, Wiarco, Orellana (1993) nos dice que:

La excepción naturalística del acto o acción humana se basa en relación de procesos causales. La acción nace de un movimiento corporal que es un proceso, que va a producir un cambio en el mundo exterior, es decir, un efecto, y entre uno y otro se da una relación. (Pág. 52)

Por otra parte, la tentativa y la acción que comete el autor del hecho tiene mucha relevancia, por lo que, si el autor desiste de la acción de matar al momento de que a la víctima la deja mal herida, se debería declarar la inocencia del autor siempre y cuando este auxilie a la víctima y no sea detenido por causa ajena a su voluntad, como lo manifiesta Garcia, Richar (2021) nos dice que;

Así las cosas, la teoría funcionalista justifica un menor ámbito de punición de la tentativa inidónea, supersticiosa o irreal en comparación con la teoría de la impresión, en la que el simple hecho de matar con medios burdos puede ser punible para algunos,

aunque según el grado de lo burdo puede rebajarse o eliminarse la pena (menor merecimiento de la pena). (Pág. 63)

Al mismo tiempo diferentes autores nos manifiestan al respecto dentro de la tentativa que se puede delimitar entre la preparación y la tentativa inacabada como nos indica Bardavío, Carlos (2020) nos dice que:

Así también, en los postulados funcionalistas la esencia de la delimitación entre preparación y tentativa inacabada está en la disposición a realizar el comportamiento, es decir, en la representación del autor sobre el comienzo de la acción injusta se revela el comienzo de la ejecución más allá de lo preparado, más allá de los pensamientos o deseos, lo que fundamenta que el concepto de peligro inminente o potencial es únicamente descriptivo pero significativo para la determinación de la pena. (Pág. 153)

De este modo el concepto de inmediatez no ha de ser entendido como criterio cuantificable en lo potencial, temporal o material, sino como criterio subjetivo del plan (representación) del autor objetivamente probado mediante la organización irrogada por los roles suscritos en cada caso concreto.

Resultados

Como resultado tenemos que en el desistimiento de la tentativa de asesinato tiene que ser concreto en relación al caso, tiene que ser definitivo, esto es, no se puede desistir ahora para continuar el acto ilícito más tarde. El autor debe abandonar definitivamente el plan que quería cometer, pues solamente en esa acción se puede persuadir al juez para dejar al autor libre de pena.

Además, la representación mental de conclusión que tiene el agente no guarda relación con un estado de agotamiento de la ejecución delictiva, en este caso es correcto hablar de desistimiento de la acción.

Roxin nos da un claro ejemplo al respecto del desistimiento de la acción.

Ejem: Cuando el autor actuante con intención homicida supone al principio que quizás pueda haber alcanzado mortalmente a la víctima, existe una tentativa acabada que exige un auxilio activo. Pero si reconoce que la víctima que solamente ha sido herida levemente y su vida no corre peligro, la tentativa hasta entonces acabada se transforma en una inacabada y ahora el autor puede desistir mediante una simple renuncia a más ataques.

Es claro el ejemplo que nos da este autor en la forma que el autor puede desistir de la acción.

Discusión

En la legislación colombiana los legisladores de este país tienen otra clase de consideraciones al respecto sobre la tentativa, ya que debe ser penalizada aun cuando no pone en peligro el bien protegido ya que si bien el autor tiene la intención de causar daño a otra persona y no se lleva su consumación por causas ajenas a la voluntad, eso no quiere decir que no exista tentativa, ejemplo intentar matar a alguien con un arma siendo en realidad una pistola de juguete, los doctrinantes y juristas han considerado este actuar como una tentativa imposible, cuando los medios empleados por el autor son notoriamente ineficaces para causar el resultado lo que no resulta punible. Debe existir una norma que castigue la acción que está realizando la persona, pues existe el dolo en la intención de causarle daño a un ser humano y no es culposos. Es así que la discrecionalidad del Juez no debe desconocer la realización de una conducta dolosa, como sucede generalmente, desestimando la gravedad de la omisión de este tipo de conductas, ya que el fin principal del operador judicial debe ser velar por los intereses de los ciudadanos en función de los fines esenciales del Estado encaminados a prevenir el daño sin esperar a que se ocasione para luego resarcirlo, lo que generaría una Responsabilidad del Ente.

De la tentativa en la legislación ecuatoriana se dice que es dispositivo amplificadorio del tipo penal, forma ampliada o ampliatoria de la adecuación. Y es que el problema no se

centra únicamente en encontrar el límite preciso para separar los actos preparatorios de aquellos que comportan un principio de ejecución, sino que se llega a considerar a la tentativa como un delito con contenido propio de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, “porque su estructura es semejante a la de todo hecho punible”. No hay un delito autónomo que permita penalizar el intento o conato de conductas ilícitas en general, sino la sanción para la tentativa de un delito determinado en la parte especial del código penal.

Por lo cual es claro evidenciar que en ambas legislaciones tanto la colombiana como la ecuatoriana, tienen distintos tipos de pensamiento al respecto sobre lo que se considera la tentativa, es de suma importancia tener claro que en una legislación consideran que la tentativa se tendría que castigar con el simple hecho de actuar y tener esa intención dolosa de querer causar un daño, pero en la legislación ecuatoriana detallan que aquellos que se comportan a un principio de ejecución, sino que se llega a considerar a la tentativa como un delito con contenido propio de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, es decir que cumplan con todas las características de un delito.

Conclusiones

Como conclusión se puede decir que para que exista una real tentativa el sujeto activo tiene que llevar a cabo todo o en parte de los actos descrito en el tipo penal, creando un peligro real y concreto para que deje de existir la protección al bien jurídico protegido.

En el caso del desistimiento de la tentativa, para que pueda ser inimputable tiene que darse por la voluntariedad del actor, mediante actos subjetivos del comportamiento de abstención de los actos ulteriores. Además, se puede declarar inimputabilidad de la acción siempre y cuando esta no se encuentre enmarcada típicamente en el Código Orgánico Integral Penal. Ya que, no puede haber lugar a desistimiento cuando se han agotado todos los actos o en parte. Por cuanto para desistir tiene que existir la posibilidad objetiva, racional de practicar

aún otros actos en mira de la consumación, la renuncia tiene que producirse cuando al autor le es posible finalizar con éxito, y siendo el resultado alcanzable.

Es decir que el desistimiento es, una figura típica en la cual se congloba los actos, medios y objeto, posibles y realizables para que no exista una pena.

Entonces ¿se debería declarar la inimputabilidad del delito de tentativa de asesinato por el desistimiento de la acción?

Si, siempre y cuando el autor cumpla con ciertos esquemas valorativos como, el regreso a la legalidad, dominio de la situación y la razonabilidad. Este desistimiento tiene que ser un acto de voluntariedad realizado por el autor, y no sea detenido por otro acontecimiento.

Referencias

Alonso , B., & Olea , G. (2017). Obtenido de https://www.funcas.es/wp-content/uploads/Migracion/Articulos/FUNCAS_PS/026art05.pdf

Andrade, F. (2022). Error de tipo y error de prohibición en el derecho penal . *ULVR*, 17.

Antón, C. (2022). Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. *revista.mjusticia.gob.es*, 459 .

Antón, c. b. (2022). Fundamento de punibilidad de la tentativa: A la vez. *revista.mjusticia.gob.es*, 455.

Baquerizo, z. (1992). prólogo de Derecho Penal Básico de Edmundo Rene. *Disgraf*, 204.

Bardavío Antón, C. (2022). Fundamento de punibilidad de la tentativa: a la vez consideraciones sobre la punibilidad de la tentativa inidónea. *anuario de derecho penal y ciencias penales*, 455.

Bardavío, c. (2020). Fundamento de punibilidad de la tentativa. *Socio Director Bardavío*, 17.

Carrasco, G. (2022). *Importancia de la inclusión social de las personas con discapacidad.*

Código del trabajo. (2021). *De las obligaciones del empleador y del trabajador.*

Constitución de la República del Ecuador . (2008). *De las personas con discapacidad.*

Coronel y asociados. (2017). *Beneficios tributarios para personas con discapacidad.* Obtenido de Reglamento a la Ley Orgánica de Discapacidades: <https://asesoriacoronelyas.wixsite.com/coronel-gonzalez/single-post/2017/03/01/beneficios-tributarios-para-personas-con-discapacidad#:~:text=%2D%20Las%20personas%20con%20discapacidad%20se,SER Vicios.>

Creus. (1988). Derecho penal parte general. *Astrea*, 15.

Egas, j. z. (2015). Guayaquil. *Estudio Introductorio del COIP*, UEES.

Esteves, A. (2020). La labor en latinoamérica .

Faz, O. (2020). Error de tipo y error de prohibición vencible e invencible bajo la perspectiva del garantismo penal. *ULVR*, 3.

Fernanda., a. g. (2018). tentativa de asesinato y la valoracion de la prueba. programa de maestria en derecho penal y criminología, 5.P .

Flaz, L. (2015). EL delito y sus consecuencias . *ALM*, 6.

Fundación General Ecuatoriana. (2012). Centros Especializados de Empleo. Obtenido de [http://www.fge.org.ec/programa-cee/#:~:text=Los%20Centros%20Especiales%20de%20Empleo%20\(CEE\)%20nacieron%20hace%2020%20a%C3%B1os,t%C3%A9cnicas%20de%20capacitaci%C3%B3n%20y%20producci%C3%B3n.](http://www.fge.org.ec/programa-cee/#:~:text=Los%20Centros%20Especiales%20de%20Empleo%20(CEE)%20nacieron%20hace%2020%20a%C3%B1os,t%C3%A9cnicas%20de%20capacitaci%C3%B3n%20y%20producci%C3%B3n.)

Garcia, R. (2021). la toria del causalismo. *corpus lexx*, 4.

Gil, I. (2022). *Fundación Adecco*. Obtenido de Empleo ordinario y empleo protegido: <https://fundacionadecco.org/azimut/diferencias-entre-empleo-ordinario-y-empleo-protegido/>

Hans-Hernrich. (1993). tratado de derecho penal. *Editorial Comares*, 25.

Jakobs. (1992). Rücktritt als Tatänderung versus allgemeines Nachtatverhalten. *Zeitschrift für* , 104.

Jose, M. (2020). El desistimiento de la tentativa como revisión del quebrantamiento de la norma. *InDret.*, 271.

Laloma García , M. (2007). *Empleo protegido en España*.

Ley Orgánica de Discapacidades. (2012). *Deducción por inclusión laboral*. Obtenido de https://www.consejodiscapacidades.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/02/ley_organica_discapacidades.pdf

Mañalich. (2019). Tentativa, error y dolo. Una reformulación normológica de la distinción entre tentativa y delito putativo. *Política criminal*, 296.

Mañalich, J. P. (2004). La tentativa y el desistimiento en el derecho penal. *Revista de Estudios de la Justicia*, 6.

Mañalich, J. P. (2019). Inicio de la tentativa y oportunidad-para-la-acción. . *Revista chilena de derecho*, 801.

Mañalich, J. P. (2020). El desistimiento de la tentativa como revisión del quebrantamiento de la norma. *InDret.*, 270.

Mañalich, J. P. (2020). El desistimiento de la tentativa como revisión del quebrantamiento de la norma. *InDret.*, 273.

Martin, K. G. (2015). El Femicidio. *Revista Juridica UCSG*, 128.

Mas, C. S. (2021). la punibilidad de la tentativa inidónea. *Curs acadèmic*, 2.

Merino S., W. (2014). Derecho Penal parte general estudio aplicado al Código Organico. *Editorial Jurídica del Ecuador.*, 7.

Naranjo Martinez. (2019). *Regulación del porcentaje de inclusión para las personas con discapacidad*. Obtenido de <https://nmslaw.com.ec/nuevo-instructivo-porcentaje-inclusion-laboral-discapacidad/>

Nieves, R. (2010). Teoría del Delito y Práctica Penal. *Centenario S.A.*, 14.

O'Reilly, A. (2007). El derecho al trabajo decente de las personas con discapacidad. Obtenido de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/@publ/documents/publication/wcms_091966.pdf

Orellana Faz, K. E. (2020). Error de tipo y error de prohibición vencible e invencible bajo la perspectiva del garantismo penal. *ULVR*, 3.

Organismo internacional al servicio de Iberoamérica. (2012). *Del trabajo de las personas*. Obtenido de <https://www.segib.org/quienes-somos/>

Organización Internacional del Trabajo. (2008). Obtenido de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_emp/@ifp_skills/documents/publication/wcms_106328.pdf

Organización Internacional del Trabajo. (2020). Obtenido de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---ifp_skills/documents/publication/wcms_830414.pdf

Pasquel, A. Z. (2021). Teoría del delito y tentativa. . *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas.*, 203.

Plan de Creación de Oportunidades 2021 2025. (s.f.). *Oportunidades de empleo*.

Plan de la nación Creación de oportunidades. (2021-2025). Obtenido de <http://www.eeq.com.ec:8080/documents/10180/36483282/PLAN+NACIONAL+DE+DESARROLLO+2021-2025/2c63ede8-4341-4d13-8497-6b7809561baf>

Rivero, M. D. (2022). Delito de varios y desistimiento de algunos. Acerca de los presupuestos de la impunidad por el intento. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 75.

Sánchez, V. &. (2022). La tentativa de homicidio y su dificultad de aplicación en el proceso penal. *PANAMEÑO THE HOMICIDE ATTEMPT AND ITS APPLICATION DIFFICULTY IN THE PANAMANIAN CRIMINAL.*, 17.

Soto, J. M. (2013). Aproximacion al Discurso del Delito. *Revista de Derecho Uexternado de Colombia*, 28.

Stein, J. V. (2008). *Derecho penal parte general* . lima : Tercera Edición .

Vargas, F. S. (2009). *El Delito*. Lima : IDEMSA.

Villacrés , M. (2022). La inclusión laboral de las personas con discapacidad en Ecuador.

Visier, L. (2014). Relaciones laborales en los sistemas de trabajo protegido. Obtenido de <https://www.ilo.org/public/spanish/revue/download/pdf/visier.pdf>

Wiarco, O. (1993). Teoria Del Delito. *Porrúa.*, 35.

Anexo.

