

El principio Non Bis In Idem, violado por la Configuración Legal del delito de Femicidio, prevista en el Código Orgánico Integral Penal de Ecuador
Principle Non Bis In Idem, violated by the legal setting the crime of femicide, under the criminal code of integral Ecuador

Abg. Yudith López Soria
yudithlopezsoria@hotmail.com
UNIANDES

RESUMEN

El principio y garantía constitucional presente en cualquier ordenamiento jurídico-penal, del Non bis in ídem, ha estado presente también en la Constitución de la República del Ecuador del año 2008, así como en las regulaciones sobre principios generales contenidas en el Código Orgánico Integral Penal de Ecuador. No obstante a que dicho principio estriba, en que nadie puede ser sancionado dos veces por el mismo hecho y esto se extiende incluso, para la apreciación de la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, lo que incluye el caso de las circunstancias agravantes de la responsabilidad penal; encontramos que la configuración legal del delito de Femicidio, prevista para este tipo penal en el Código Orgánico Integral Penal de Ecuador, viola este principio. Esto es lo que pretendemos demostrar con este artículo y ofrecer la solución a dicho problema, toda vez, que redundaría en ilegalidad e inconstitucionalidad, para las derivaciones procesales que se ajusten a la configuración legal del delito de Femicidio en cuestión.

PALABRAS CLAVE: Non bis in ídem, principio, garantía constitucional, ilegalidad, circunstancias agravantes, femicidio, inconstitucionalidad.

ABSTRACT

The beginning and this constitutional guarantee in any criminal legal system, the Non bis in idem, is also present in the Constitution of the Republic of Ecuador in 2008, as well as regulations on general principles contained in the Code of Criminal Integral Ecuador. Notwithstanding this principle lies in that no one can be punished twice for the same offense and this extends even to the appreciation of the concurrence of modifying circumstances of criminal responsibility, which includes the case of aggravating circumstances criminal responsibility, we find that the legal configuration of the crime of femicide, scheduled for this offense in the Criminal Code of Integral Ecuador, violates this principle. This is what we intend to demonstrate this article and deliver the solution to the problem, since, resulting in illegal and unconstitutional for procedural referrals that meet the legal configuration of the crime of femicide in question.

KEYWORDS: Non jeopardy, principle, constitutional guarantee, aggravating circumstances, femicide, illegality, unconstitutionality.

INTRODUCCIÓN

Recientemente, el 10 de agosto de 2014, ha entrado a regir el Código Orgánico Integral Penal de Ecuador, entre sus novedades más llamativas, y que han derivado en mayor polémica, encontramos la figura delictiva del Femicidio.

Recibido: Febrero 2015. **Aceptado:** Mayo 2015
Universidad Regional Autónoma de los Andes UNIANDES

En ocasión de estar impartiendo la figura del Femicidio, como uno de los delitos regulados en el Capítulo Segundo, Delitos contra la libertad, Sección Primera, Delitos contra la inviolabilidad de la vida, artículo 141 y 142, del Código Orgánico Integral Penal de Ecuador, como parte del Sílabo Delitos en Particular, que imparto al cuarto nivel de la carrera de Derecho, en aulas de la Universidad Regional Autónoma de Los Andes, Ambato, Ecuador. Exactamente, al leer la configuración legal de dicho ilícito y, pidiendo la participación de los alumnos para que identifiquen los elementos estudiados y que conforman este tipo penal, me percaté de que las relaciones de poder enunciadas, son exigidas como parte o elemento constitutivo de la modalidad básica del tipo penal en cuestión, y que así mismo, está dentro de una de las circunstancias agravantes a considerar para este delito en específico.

Nos detenemos en el análisis y someto el tema a opinión de los estudiantes, los que aun, en un nivel bajo de la carrera, logran percatarse de que se repite tal circunstancia presente en la descripción del tipo penal, así como en las circunstancias agravantes, señalada específicamente con el número 2 del artículo 142, dicha configuración legal, viola en mi criterio, preceptos constitucionales, principios procesales expuestos en el propio Código Orgánico Integral Penal de Ecuador y la garantía fundamental del *Non Bis In idem*.

He ahí el surgimiento de la idea de este artículo, en el que pretendemos mostrarles el problema, los argumentos para calificarlo como problema y también le ofrecemos la solución que entendemos pertinente, abordando cada una de las instituciones jurídico-penales involucradas en este material.

DESARROLLO

Fundamento Jurídico del Principio Non Bis In Idem en su surgimiento:

Es de comenzar analizando la garantía del *Non Bis In idem*:

El tratadista Alejandro Nieto en su obra Derecho Administrativo Sancionador, plasma la conocida cita de Sarabia Pardo en el año de 1899, donde se planteaba entre otras, esta interrogante:

- ¿Puede castigarse un solo hecho a la vez con dos distintas penas y por diversas autoridades?

Dicho tratadista, en el año 1990 señaló, "...que el principio del *Non bis in idem* fue una derivación de la cosa juzgada en sus dos vertientes o efectos: el positivo, donde lo declarado por sentencia firme constituye la verdad jurídica, y el negativo, que da al traste con la imposibilidad de que se produzca un nuevo planteamiento sobre el tema". (Nieto, 1990, p. 61)

Non bis in idem, escrito indistintamente como *Non bis in idem* en latín, que significa en idioma español, (*No dos veces por lo mismo*), también conocido como *autrefois acquit* en francés, (ya perdonado), o *double jeopardy* en inglés, cuyo significado es: doble riesgo; constituye una importante herramienta de defensa en los procesos penales.

En muchos países como Estados Unidos, Canadá, Argentina, Perú, Colombia, República de Cuba, República Dominicana, España, Australia e India, entre otros, es

Recibido: Febrero 2015. **Aceptado:** Mayo 2015

Universidad Regional Autónoma de los Andes UNIANDES

registrado incluso, como un Derecho Fundamental, reconocido por la Constitución de cada uno de estos países, que prohíbe que un acusado sea enjuiciado dos veces por un mismo delito. En otro sentido, implica que no pueda valorarse dos veces un mismo hecho o fenómeno para calificar la tipicidad de un delito o evaluar la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

Es obvio que se incluya entre los principios generales del Derecho Penal, que no sea permitida la aplicación de dos procesos o procedimientos distintos para juzgar o sancionar un mismo acto, tanto en un orden sancionador como en otro, para determinar la similitud y llegar a la conclusión de que estamos ante el mismo caso, se hace preciso, determinar una identidad de sujetos, hechos y fundamentos, y además, siempre que no exista una relación de supremacía especial de la administración. Con respecto a este aspecto, agrega Alejandro Nieto que:

“...Cuando el legislador prevé una sanción para un hecho tipificado como infracción, está obligado por el principio de proporcionalidad a mantener una adecuación entre la gravedad de la primera y la segunda y, por ello, el hecho de aplicar una nueva sanción en el mismo orden punitivo o en otros distintos, representaría la ruptura de esa consonancia, una sobre reacción del ordenamiento jurídico, que está infringiendo a un sujeto, un mal sobre sus bienes mayores o descompensado con respecto al cumplimiento que ha desarrollado del mandato jurídico”. (Nieto, 1990, p. 96).

En última instancia, el principio del *Non bis in idem* está basado como en definitiva lo está todo el Derecho, en la idea de justicia, esto es, en la concepción de que a cada individuo, el ordenamiento jurídico debe compensarlo o punirlo, según su conducta, de forma que iría en contra de la misma, una regulación sancionadora que permitiera penalizar al infractor de forma desproporcionada o múltiple. Siendo este, un modo de razonar que recuerda un ingenioso argumento habitual en la doctrina francesa: “el bis in ídem” viola el principio de la legalidad de las sanciones en cuanto pone en marcha una tercera sanción, formada por la suma de las dos anteriores y no previstas en la norma.

El principio *Non bis in idem*, es un principio constitucional que ha sido desarrollado por la jurisprudencia, al igual que otros, tales como, el principio de *proporcionalidad* dentro de los procedimientos judiciales y administrativos de naturaleza sancionadora, o el principio *in dubio pro reo*, que resulta básico para configurar el *ius puniendi* del Estado. Este principio, el *Non bis in idem*, es sin duda, una garantía propia del Estado de Derecho, que no puede ausentarse en ningún ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la protección de los derechos fundamentales.

La Cosa Juzgada y su fundamento:

La cosa juzgada tiene dos vertientes funcionales, en las que destaca como función negativa, prohibir a los funcionarios judiciales conocer, tramitar y fallar sobre lo resuelto, y como función positiva, dotar de seguridad a las relaciones jurídicas del ordenamiento jurídico, pues se concibe a la cosa juzgada no solo como una figura procesal de carácter netamente jurídico, sino sólidamente establecida en todo Estado o nación moderna, como herramienta indispensable de coexistencia pacífica; además,

garantiza la seguridad jurídica que está consagrada en nuestro caso, en el Art. 84 de la Constitución, República de Ecuador (2008), y que es la certeza que tiene el individuo de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares y normas establecidas previamente, tanto en la Constitución como en los Tratados Internacionales, así como, se hará todo cuanto sea necesario para garantizar la dignidad del ser humano.

En otro orden, encontramos que el art. 76. 7, inciso i) de la Constitución de la República del Ecuador, 2008, establece, que *nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia, así como que los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto, haciendo franca alegación al principio de Cosa Juzgada, o prohibición de juzgar lo ya juzgado.*

Requisitos para la existencia de la Cosa Juzgada:

Según la doctrina, los requisitos para apreciar la Cosa Juzgada son:

1. Identidad subjetiva (eadem personae): constituida por la intervención de las mismas partes que siguieron el juicio o, de sus sucesores en derecho, o sea, debe tratarse del mismo accionante y accionado.
2. Identidad objetiva (eadem res): consiste en que se demande la misma cosa, cantidad o hecho, el objeto o beneficio jurídico que se solicita, debe ser el mismo, es decir lo que se reclama debe ser lo mismo.
3. Identidad de la causa de pedir (eadem causa petendi): el hecho jurídico material que sirve de fundamento al derecho reclamado debe ser el mismo, fundándose en la misma causa, razón o derecho. Es decir, el porqué de la reclamación.

De tal modo, que para que la cosa juzgada tenga efecto en otro juicio, es necesario que entre el caso resuelto por la sentencia y aquel en que ésta sea invocada, concorra la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con la que lo fueron; esto significa que haya la triple identidad antes señalada.

La diferencia entre *cosa juzgada* y el principio *Non bis in idem*, estriba en que la primera, se da en la sentencia en firme, en cambio el segundo, solo requiere que haya proceso iniciado por determinado hecho; además, este principio es regulador de la estructura procesal; mientras que la cosa juzgada encuentra su cimiento en la existencia de la certeza del caso concreto.

Otrora, el Art. 24 numeral 16, de la Constitución Política del Ecuador, (República de Ecuador, 1998), solamente señalaba: *“Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa”*, en cambio hoy, la Constitución del 2008, señala en el art. 76. 7, inciso i), el principio de Cosa juzgada, no obstante, pero la jurisprudencia extranjera es más amplia aun y dice:

“El esencial principio humanitario del Non bis in idem imposibilita dos procesos y dos resoluciones iguales o diferentes, sobre el propio tema o el mismo objeto procesal, en atención a los indeclinables derechos de todo ser humano, a ser juzgado únicamente una vez, por una actuación

Recibido: Febrero 2015. **Aceptado:** Mayo 2015

Universidad Regional Autónoma de los Andes UNIANDES

presuntamente delictiva, y a la importante defensa de los valores de seguridad y justicia que dominan el ámbito del proceso criminal", (República de Ecuador, 2008).

Apreciándose de este modo, la dualidad de efectos, uno positivo y otro negativo, a que hacíamos referencia ut supra, como consecuencias de la Cosa Juzgada, o sea, es la imposibilidad de llevar a cabo dos procesos diferentes y dos resoluciones distintas, sobre el mismo objeto procesal, amparándose en las identidades subjetiva, objetiva y, de pretensión (*eadem res ieadem causa pretendi*), es decir, son el resultado característico de no poder seguirse y decidirse un proceso posterior, cuando se haya resuelto con firmeza otro anterior.

Resaltemos entonces, la necesidad de seguridad jurídica que tiene que ofrecer cualquier ordenamiento jurídico, también el ecuatoriano; pues cada individuo tiene el derecho de saber cuándo termina definitivamente el proceso a que ha estado sometido, máxime si es un proceso de índole penal, que sería también un proceso de Ultima Ratio, como lo es la materia del que propende, buscando evitar una permanente amenaza a las libertades individuales.

De tal modo, entendemos además, que el principio *Non bis in idem*, constituye una garantía política, en cuanto se prohíbe por mandato constitucional, el juzgamiento y la imposición, de más de una sanción por el mismo hecho, pero igualmente tiende a garantizar la seguridad jurídica, a través de la intangibilidad e inalterabilidad de las decisiones judiciales, que han definido una situación jurídica favorable o desfavorable al ciudadano.

El principio de *Non bis in idem* o *Ne bis in ídem*, es un principio que data de la antigüedad y que ha logrado una gran tradición jurídica con la evolución de la humanidad y del Derecho Penal mismo, de hecho, ha generado mucho crédito doctrinal y jurisprudencial, pero observamos que pese a ello, aun no son suficientes los estudios existentes, pues siguen surgiendo conflictos que se centran en la vulneración de este principio constitucional, y que hoy es tema de este análisis que les ofrecemos.

Femicidio:

Se dice que el Femicidio no es sinónimo de violencia de Género o contra las mujeres, sino, una consecuencia extrema de estos tipos de violencia, se trata de un homicidio agravado, donde la víctima siempre es una mujer y sufre este delito por el hecho de ser mujer o, a causa de su género femenino y donde, obligatoriamente, el victimario, tiene un vínculo o una relación con la víctima, ya sea familiar, conyugal, laboral, etc.

Es criterio nuestro, que la causa principal de la violencia contra la mujer se deriva del estado o sistema patriarcal en que se desenvuelve nuestra sociedad, véase que la educación, religión, medios de comunicación etc., han diseñado y aun diseñan, una desigualdad entre sexo débil en el que enmarcan a las mujeres, y sexo fuerte, representado por los hombres, describiéndolo indirectamente como una relación de poder, entendiéndose relación de superioridad, a favor de los hombres y de subordinación en disfavor de las mujeres.

De ahí, que se derive la necesidad en los distintos ordenamientos jurídicos, de crear un tipo penal que proteja especialmente a las mujeres y que combata dogmas tan arcaicos, como la discriminación, el racismo, el odio de género y con ello el actuar hiper-peligroso, cuando el móvil o causa del delito, se encuentra ubicado en estos parámetros. Sirva este planteamiento como argumento de la existencia del tipo penal de Femicidio también, para el ordenamiento jurídico-penal ecuatoriano.

La Responsabilidad Penal y las Circunstancias Modificativas de la Responsabilidad Penal. Agravantes.

En la doctrina hay muchos estudiosos que conciben la responsabilidad penal, como una consecuencia del hecho ejecutado, sin identificarla con ninguno de los componentes del sistema de la teoría del delito, todos los cuales, lógicamente, asumen la condición de presupuestos del delito. Entre tales planteamientos, destaca, en primer término, un criterio que concibe la responsabilidad como la obligación que pesa sobre el autor de un delito de soportar la pena prevista para el evento de su comisión. Esta concepción, expuesta por Jiménez de Asúa, entiende “...*la responsabilidad penal como una carga que se impone por el solo ministerio de la ley, a quien ha ejecutado culpablemente un hecho antijurídico...*”, Jiménez de Asúa, sostiene además,

“...que el delito no es el único presupuesto requerido para que surja esta consecuencia, porque su nacimiento depende también de la concurrencia de otros elementos ajenos a la estructura del hecho delictivo, como las condiciones objetivas de punibilidad y, así mismo, de la ausencia de excusas legales absolutorias”. (Jiménez, 1956. p. 147).

También como consecuencia del delito, pero con un carácter preponderantemente subjetivo, conciben la responsabilidad penal quienes la definen, como aquella situación en que se encuentra el delincuente, de tener que enfrentar las consecuencias jurídicas que la ley prevé para la ejecución del hecho; así, por ejemplo, Novoa entiende por responsabilidad penal:

“la consecuencia de reunirse en un sujeto, todas las circunstancias que hacen de él un delincuente, lo que le impone la necesidad de soportar todas las sanciones que la ley tiene previstas para sus transgresores”. (Novoa, 2011, p. 35).

En un sentido similar, Etcheberry sostiene, que es “*la situación jurídica en que se encuentra la persona obligada por la ley a someterse a la pena en ella prevista, que los órganos del Estado reciben la orden de imponerle*”. (Etcheberry, 1999, p. 58).

Agravantes, por su parte, son aquellas circunstancias accidentales al delito y concurrentes con la acción delictiva, que producen el efecto de modificar la responsabilidad penal o criminal de un sujeto, determinando una mayor cuantía o intensidad de pena por representar una mayor antijuricidad de la acción y por ende, mayor culpabilidad en el agente y claro está, también mayor peligrosidad social en el hecho y en su comisur.

El número y configuración de las agravantes, depende de la concreta política criminal subyacente a una regulación penal determinada y, en este sentido, el catálogo de agravantes puede presentar cierta diversidad según los distintos Ordenamientos jurídico- penales.

Unánimemente, se admite el nacimiento en la doctrina, de las circunstancias agravantes, bajo el auspicio del Derecho canónico, a través de la importancia concedida al elemento subjetivo de la infracción, siendo una primera formulación de las teorías individualizadoras de la pena y por ende, de las circunstancias modificativas.

Entre los diversos instrumentos de graduación de la responsabilidad penal, las circunstancias modificativas, sin lugar a dudas, ocupan un lugar preponderante.

Por otra parte, no debemos olvidar que entre las circunstancias modificativas de responsabilidad penal, hay varias que tienen como fundamento razones ajenas a la ilicitud del hecho ejecutado y a la culpabilidad del acusado, e incluso, algunas que se basan en hechos ocurridos con anterioridad, o con posterioridad a la ejecución de la conducta delictiva, lo cual pone también de manifiesto la imposibilidad de establecer una sinonimia entre responsabilidad y alguno de los elementos mencionados.

Como acertadamente señala Rivacoba,

“...es tan escasa la atención que ha merecido el tema de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, que prácticamente no existe una definición que logre expresar su verdadero sentido. Si bien la doctrina registra un número importante de definiciones, la mayor parte de ellas no consigue distinguir con claridad el plano material, representado por el antecedente fáctico en que se funda cada una de la circunstancias, y el plano jurídico, es decir, el relativo al papel que ellas desempeñan y a los efectos que producen, los cuales generalmente aparecen confundidos”.
(Rivacoba, 1988, p.73).

Desde el punto de vista material, las circunstancias, según explica Cerezo Mir, *“...consisten en un hecho, relación o dato concreto, que el legislador tiene en cuenta para los efectos de graduar la responsabilidad penal”.* (Cerezo, 2004, p. 302).

El componente fáctico de esta clase de circunstancias es claro que no siempre está relacionado con la conducta delictiva, ni consiste en un acto voluntario de las personas que toman parte en su ejecución, sino que en muchos casos, está constituido por una situación o relación preexistente al delito, o incluso posterior a él; y, en general, por cualquier antecedente que tenga la virtud de traducir los propósitos de concreción de la responsabilidad penal.

Puede decirse en consecuencia, que las circunstancias modificatorias o modificativas de la responsabilidad penal, son aquellos hechos, situaciones o datos, que no pueden estar contemplados, ni ser parte de la estructura del tipo penal, pero a los cuales, la ley confiere la virtud de servir como un instrumento de medición de la intensidad que ha de revestir la pena en cada caso concreto.

En lo que atañe a su denominación, es común que en idioma castellano, se utilicen indistintamente las expresiones circunstancias modificativas o modificatorias de responsabilidad penal, siendo la primera de uso más frecuente en España y la segunda, muy usada en la dogmática latinoamericana.

Al pronunciarse sobre los efectos de las circunstancias modificativas, la doctrina suele orientar sus opiniones en tres sentidos:

1. Algunos postulan que el efecto propio de aquéllas, es el de agravar o atenuar la punibilidad del hecho;
2. Otros afirman que dicho efecto, consiste en disminuir o aumentar la gravedad de la pena.
3. Una tercera posición sostiene, que el efecto se traduce en aumentar o disminuir la gravedad de la infracción.

Cabe que señalemos que, el Código Orgánico Integral Penal del Ecuador, no ofrece en su articulado, definiciones ni conceptos, sobre las circunstancias atenuantes o agravantes de la responsabilidad penal.

Regulaciones pertinentes al tema *Non bis in idem*, contenidas en la Constitución de la República del Ecuador, 2008.

La Constitución de la República del Ecuador, (República de Ecuador 2008), contiene preceptos legales como:

El art. 11. Plantea que el ejercicio de los derechos se regirá por principios y estos los enuncia enumerándolos, entre ellos refiere que:

“(3) Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

(4) Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

(5) En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.

(6) Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.

(8) El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.

Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

(9) dice que el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

El art. 76 por su parte, refiere que todos estos derechos deberán garantizarse en la tramitación de un debido proceso que además incluirá garantías básicas, tales como el caso que nos ocupa, que transcribo textualmente:

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto. (Expresión constitucional del principio Non bis in ídem o no dos veces por lo mismo).

La máxima expresión de la garantía constitucional de Seguridad Jurídica, la encontramos en el art. 84 de la Constitución de la República del Ecuador cuando refiere que:

“La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades”.

Regulaciones pertinentes o vinculadas al tema *Non bis in ídem*, contenidas en el Código Orgánico Integral Penal del Ecuador.

Los primeros artículos de este cuerpo legal, hacen franca alusión a los principios que deben respetarse en el proceso penal, es así como el art. 2, establece los principios generales y dice que en materia penal se aplican todos los principios que emanan de la Constitución de la República, de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos y los desarrollados en este Código.

En el art. 3 enuncia el principio de Ultima Ratio o de Mínima Intervención por parte del Derecho Penal, aduciendo que por ser el más gravoso y afflictivo de los derechos, será el último al que se podrá acudir para solucionar los conflictos legales y que, su intervención solo estará legitimada cuando ya no se encuentre solución legal para el caso concreto en otra rama del derecho.

El art. 5 se encarga de enumerar y presentar toda una serie de principios procesales, y en su numeral 9 habla precisamente del principio Non bis in ídem o Prohibición de doble juzgamiento, estableciendo que: “ninguna persona podrá ser juzgada ni penada más de una vez por los mismos hechos. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena son considerados para este efecto. La aplicación de sanciones administrativas o civiles derivadas de los mismos hechos que sean objeto de juzgamiento y sanción penal no constituye vulneración a este principio”.

En el Capítulo Cuarto, regula las Circunstancias de la Infracción, para su análisis estricto, transcribimos la letra del art. 44 del COIP.

“Artículo 44.- Mecanismos de aplicación de atenuantes y agravantes.-Para la imposición de la pena se considerarán las atenuantes y las agravantes previstas en este Código. No constituyen circunstancias atenuantes ni agravantes los elementos que integran la respectiva figura delictiva.

Si existen al menos dos circunstancias atenuantes de la pena, se impondrá el mínimo previsto en el tipo penal, reducido en un tercio, siempre que no existan agravantes no constitutivas o modificatorias de la infracción.

Si existe al menos una circunstancia agravante “no constitutiva o modificatoria de la infracción”, se impondrá la pena máxima prevista en el tipo penal, aumentada en un tercio”.

Ahora pasemos a analizar en los delitos contra los derechos de libertad, sección primera, delitos contra la inviolabilidad de la vida y dentro de esta familia de Delitos, exactamente analicemos el tipo penal que nos ocupa,

“Artículo 141.- Femicidio.- La persona que, como resultado de relaciones de poder manifestadas en cualquier tipo de violencia, dé muerte a una mujer por el hecho de serlo o por su condición de género, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años”.

Véase que esta es la modalidad básica de esta figura delictiva y luego viene el art. 142 que abarca las circunstancias agravantes específicas para aplicarse en el delito de Femicidio.

Entre ellas están 4 pero la que nos llama la atención, ubicada en el numeral 2 del art. 142 del COIP y dice exactamente así:

2-. Exista o haya existido entre el sujeto activo y la víctima relaciones familiares, conyugales, convivencia, intimidación, noviazgo, amistad, compañerismo, laborales, escolares o cualquier otra que implique confianza, subordinación o superioridad.

Resultados del análisis Crítico de la regulación del Femicidio, en el Código Orgánico Integral Penal del Ecuador:

Se ha planteado hasta aquí, cada categoría o institución jurídica tratada en este artículo, tales como: Cosa Juzgada, Non bis in ídem, Femicidio, Circunstancias Agravantes de la Responsabilidad Penal, regulaciones al respecto en la Constitución de la República (República del Ecuador, 2008), y en el Código Orgánico Integral Penal del Ecuador, todo con la intención plena de que queden sentadas las pautas para el análisis crítico y reflexivo que a continuación les expondremos.

Se Observa que, tal y como aparece consignada la letra del artículo 141 y 142 del Código Orgánico Integral Penal del Ecuador, COIP (2014), podemos percatarnos de que en la configuración legal de la modalidad o figura básica del delito de Femicidio, se establece como elemento constitutivo de éste, que “... como resultado de relaciones de poder manifestadas en cualquier tipo de violencia...”.

Art. 141. La persona que, *como resultado de relaciones de poder manifestadas en cualquier tipo de violencia, dé muerte a una mujer por el hecho de serlo o por su condición de género, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años.*

Analizando tal estructura legal, nos podemos percatar de que el legislador ecuatoriano exige para la configuración de este tipo penal, que existan relaciones de poder, por supuesto, entre el sujeto activo de este ilícito, o victimario, y el sujeto pasivo o víctima;

luego, el verbo rector de esta modalidad delictiva estaría conjugado en: dé muerte, que expresa que sería una conducta delictiva que se manifiesta en sentido positivo, o sea, por acción, el comisario ejecuta el hecho, lo concreta con su actuar y se traduce en dar muerte o matar.

El móvil o detonante del delito para que el sujeto activo, proceda de este modo, lo constituye precisamente que: se dé muerte a una mujer por el hecho de serlo o por su condición de género...., observemos en este caso, que está fallando la práctica judicial penal en el Ecuador, cuando a partir de la vigencia del Código Orgánico Integral Penal del Ecuador, COIP (2014), procesa, juzga, e incluso sanciona, hechos ocurridos donde se deriva la muerte de una mujer, como un delito de Femicidio, y que bien pudieran constituir el tipo penal de Asesinato o de Homicidio en sus diversas modalidades, pero lo califican así, solo por valorar que la víctima del hecho ha sido una mujer, y obvia entonces, el operador del Derecho Penal en este caso, que el legislador exige en esta configuración legal, que el móvil para cometer el delito esté en el odio al género femenino, o a las mujeres por el hecho de serlo, sin estar presente esta circunstancia de hecho, no podríamos encontrar la tipicidad en la conducta o hecho delictivo, como constitutivo del tipo penal de Femicidio, es decir, generalmente en la práctica y realidad ecuatoriana, ocurre, que existen hechos en los que se mata a una mujer por otras razones, y no precisamente por el odio a su género femenino, o a causa de ser mujer, y esos actos delictivos, si no tienen presente como móvil para cometer el mismo, el odio al género femenino, seguirían configurando tipos penales comunes, como el homicidio, o el asesinato.

Luego, se establece como elemento de punibilidad para la configuración del tipo penal, que es el Femicidio, que este hecho es sancionable con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años.

Hasta aquí aportamos un somero análisis que no obstante, creemos suficiente, de los elementos configurativos o constitutivos de este tipo penal.

El dilema legal, doctrinal y práctico, que es objeto de este artículo, se nos ofrece cuando analizamos el art. 142, que plasma una serie de circunstancias agravantes de la responsabilidad penal específicas para el delito de Femicidio, y les ofrecemos:

“Artículo 142.- Circunstancias agravantes del femicidio.- Cuando concurran una o más de las siguientes circunstancias se impondrá el máximo de la pena prevista en el artículo anterior”, en este caso nos ocupa solo el numeral 2: “Exista o haya existido entre el sujeto activo y la víctima relaciones familiares, conyugales, convivencia, intimidad, noviazgo, amistad, compañerismo, laborales, escolares o cualquier otra que implique confianza, subordinación o superioridad”.

Baste leer y percatarnos de que, primero, el legislador conmina u obliga al juzgador, a agravar la sanción a imponerse si concurre cualquiera de estas circunstancias agravantes de la responsabilidad penal, y el efecto agravatorio se traduce en que el juez impondrá el máximo de la pena prevista en el artículo anterior, o sea, en el art. 141, es decir, impondrá la pena de 26 años de privación de libertad, dejando sin opción de adecuación de la sanción, al juzgador, en virtud de determinadas circunstancias personales presentes en el comisario, que así lo justifiquen de modo

favorable, en pocas palabras, al Juez competente, no le queda otra opción que imponerle al sujeto activo, imputado, acusado, reo, o comisor, la sanción de 26 años de privación de libertad.

Dicha conminación legal opera en el caso de que se integre en el actuar del sujeto activo del delito de Femicidio, una de las circunstancias agravantes descriptas de modo taxativo en el artículo 142 del Código Orgánico Integral Penal del Ecuador.

Observemos entonces que el apartado 2., del art. 142, exige que se daría una circunstancia agravante cuando:

2. Exista o haya existido entre el sujeto activo y la víctima relaciones familiares, conyugales, convivencia, intimidad, noviazgo, amistad, compañerismo, laborales, escolares o cualquier otra que implique confianza, subordinación o superioridad.

Les invito a que analicemos juntos, que en buen español, queda definido relación de poder como:

Poder proviene del latín *potere*, y significa, tener más fuerza que alguien, vencerle luchando cuerpo a cuerpo, ser más fuerte que alguien, ser capaz de vencerle, se emplea para explicar que alguien, ejecuta algo impelido y forzado y sin poder excusarlo ni resistirlo.

Relación, se define como conexión, correspondencia de algo con otra cosa. Comunicación de alguien con otra persona. Relaciones de parentesco, de amistad, amorosas, comerciales, trato de carácter amoroso, etc.

Entonces Relación de Poder, podemos definirlo como el vínculo, la conexión, o trato entre dos o más partes o personas, en la que una de las partes o personas, actúa con más fuerza sobre la otra, siendo capaz de vencerle, e imponerle, u obligarlo a asumir determinada actitud o comportamiento, evidenciando superioridad de una parte, e inferioridad de la otra, relación que puede darse, en el ámbito familiar o de parentesco, conyugal, de trabajo, comercial, de amistad, entre otros.

Por todo esto entendemos que la relación de poder que exige el legislador ecuatoriano, como elemento constitutivo de la modalidad o figura básica del delito de Femicidio, es la misma relación de poder exigida para la aplicación obligatoria por parte del Juez competente, de la agravante del apartado 2 del artículo 142 del Código Orgánico Integral Penal del Ecuador.

Sobre todo, si analizamos que justamente, una relación de poder, es en la que existe el vínculo ya enunciado *ut supra*, no cabe dudas de que relación de poder implica confianza, superioridad de una parte sobre la otra y a su vez, subordinación de una parte con respecto a la otra, por ende, el Legislador ecuatoriano, en este caso, está repitiendo la constitución de una circunstancia de hecho, la relación de poder, tanto en la modalidad o figura básica del Femicidio, como para la constitución de una de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, en este tema, *agravante*.

Violando evidentemente con esta configuración, la norma establecida en el Código Orgánico Integral Penal, en su art. Artículo 44.- Mecanismos de aplicación de atenuantes y agravantes.-*Para la imposición de la pena se considerarán las*

atenuantes y las agravantes previstas en este Código. No constituyen circunstancias atenuantes ni agravantes los elementos que integran la respectiva figura delictiva.

Si existen al menos dos circunstancias atenuantes de la pena, se impondrá el mínimo previsto en el tipo penal, reducido en un tercio, siempre que no existan agravantes no constitutivas o modificatorias de la infracción.

Si existe al menos una circunstancia agravante “no constitutiva o modificatoria de la infracción”, se impondrá la pena máxima prevista en el tipo penal, aumentada en un tercio.

No cabe dudas, de que el Legislador ecuatoriano con este precepto legal, obliga al Juzgador ecuatoriano, a sancionar por la modalidad básica del Femicidio, en la que se exige que la muerte de la mujer se produzca en torno a relaciones de poder entre ella y el victimario, y además lo obliga, a sancionar con mayor severidad y siempre en el límite máximo de la pena prevista para el delito de Femicidio, del art. 141, a esa misma persona que sea sujeto activo y determinado responsable penalmente por la comisión de este ilícito, sin tener en cuenta que concibió la concurrencia de que la muerte de la víctima ocurra, como resultado de relaciones de poder manifestadas en cualquier tipo de violencia, ya en la modalidad básica, y por ello, se constituyen todos los elementos del tipo penal en cuestión, así mismo, dispone e impone, la agravación de la sanción si al derivarse la muerte: existe o haya existido entre el sujeto activo y la víctima, relaciones familiares, conyugales, de convivencia, de intimidad, de noviazgo, de amistad, de compañerismo, relaciones laborales, escolares, o cualquier otra que implique confianza, subordinación o superioridad, es decir, relaciones de poder, (subordinación o superioridad) y cuando dice cualquier otra que implique confianza, subordinación o superioridad, está dejando por sentado, que las relaciones señaladas, (familiares, conyugales, etc..), también constituyen relaciones de poder, que evidencian superioridad de una parte e inferioridad de la otra, para dicho legislador.

Entendamos que la agravante en cuestión siempre estará presente cuando se califique un delito de Femicidio, pues para poder calificarlo de modo correcto, tiene que estar la relación de poder, descrita en el tipo penal y manifestada en la conducta típica en cuestión y una vez que esté entre los elementos constitutivos del tipo penal, también se dará siempre, la circunstancia agravante aludida y presente en el apartado 2 del art. 142 del Código orgánico Integral Penal, que describe nuevamente las relaciones de poder entre el victimario y la víctima del ilícito de Femicidio.

CONCLUSIONES

Única: Todo lo hasta aquí razonado y planteado, evidencia que: la configuración legal del delito de Femicidio, prevista en el art. 141, así como, de las circunstancias agravantes enunciadas y de obligatoria aplicación en caso de concurrencia fáctica, en el art. 142, apartado 2, ambos preceptos del Código Orgánico Integral Penal del Ecuador, violan el principio de *Non Bis In Idem*, presente en los Tratados Internacionales de que Ecuador es signatario en materia penal, viola garantías fundamentales plasmadas en la Constitución de la República del Ecuador del 2008, así como, viola y contradice, principios procesales, preceptuados en el propio Código Orgánico Integral Penal del Ecuador, por lo que urge su modificación legislativa, con

un enfoque claro, eficiente y respetuoso de los principios procesales y garantías fundamentales, que dotan al ordenamiento jurídico penal ecuatoriano de seguridad jurídica, cuyo destinatario es precisamente, el ciudadano ecuatoriano, y que ahora se transgrede clara y lamentablemente con la configuración legal actual, del delito de Femicidio.

No solo estamos ante una configuración legal, inconstitucional y violatoria de estos principios enunciados, sino además, ante el dilema práctico de que los juzgadores, al estar frente a esta configuración delictiva del Femicidio, de aplicarse tal y como establece la Ley, a la que deben obediencia, (principio de legalidad), estarían dictando fallos, en caso de ser sancionadores, que redundarían en inconstitucionalidad evidente también, y quebrantarían incluso derechos humanos fundamentales; igualmente estaríamos ante la desobediencia a la Ley por parte del Juzgador y por ende la ilegalidad, si contrario sensu, dictaren fallos sancionadores o no, que obviaren dicha configuración legal, de modo que, para dirimir tal conflicto, solo vemos atinado, la reestructuración y reelaboración de la configuración legal del delito de Femicidio, presente en el Código Orgánico Integral Penal de Ecuador.

REFERENCIAS

- Bustos, J., y Hormazábal, H. (2006). Lecciones de Derecho Penal, Parte General. Madrid: Trotta.
- Cerezo, J. (2004). Curso de Derecho Penal español I, II y III. Parte General. Madrid: Editorial Tecnos.
- Código Orgánico Integral Penal de Ecuador, Diario Oficial de la República de Ecuador, Quito, Ecuador, 10 de febrero de 2014.
- Etcheberry, A. (1999). Derecho Penal, Parte General. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Jiménez de Asúa, L. (1956). Tratado de Derecho Penal. Buenos Aires: Losada.
- Muñoz, F. y García, M. (2005). Manual de Derecho Penal, Parte General. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Nieto, A. (2005). Derecho Administrativo Sancionador. Madrid: Editorial Tecnos.
- Novoa, E. (2011). Curso de Derecho Penal Chileno. Valparaíso: Editores de la PUC de Valparaíso.
- Real Academia Española. (2014). Diccionario de la Lengua Española (DRAE). Madrid: Editorial Espasa.
- Rivacoba, M. (1988). De las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en la teoría general del delito, en doctrina penal. Buenos Aires: Editores de palma.
- Political Database of the Americas (2009). Constitución de la República del Ecuador, 1998. Recuperado marzo de 2015 a partir de:
<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/ecuador98.html>
- República de Ecuador (2011). Constitución de la República del Ecuador, 2008. Decreto legislativo 0. Recuperado en enero de 2015 a partir de:
http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf