



UNIVERSIDAD  
CATÓLICA  
DE CUENCA

**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA**

*Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo*

**UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES**

**CARRERA DE DERECHO**

**TEMA**

**LAS AGRAVANTES ESPECIFICAS DEL TIPO PENAL**

**FEMICIDIO**

**TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL  
TÍTULO DE ABOGADA.**

**AUTORA: JENIFER BRIANA BERMEO MANOSALVAS**

**DIRECTOR: DR. BERNARDO XAVIER MONSALVE ROBALINO, MGS.**

**CUENCA-ECUADOR**

**2023**

**DIOS, PATRIA, CULTURA Y DESARROLLO**



### **Declaratoria de Autoría y Responsabilidad**

**JENIFER BRIANA BERMEO MANOSALVAS** portador(a) de la cédula de ciudadanía N° **0106805872**. Declaro ser el autor de la obra: **“LAS AGRAVANTES ESPECIFICAS DEL TIPO PENAL FEMICIDIO”** sobre la cual me hago responsable sobre las opiniones, versiones e ideas expresadas. Declaro que la misma ha sido elaborada respetando los derechos de propiedad intelectual de terceros y eximo a la Universidad Católica de Cuenca sobre cualquier reclamación que pudiera existir al respecto. Declaro finalmente que mi obra ha sido realizada cumpliendo con todos los requisitos legales, éticos y bioéticos de investigación, que la misma no incumple con la normativa nacional e internacional en el área específica de investigación, sobre la que también me responsabilizo y eximo a la Universidad Católica de Cuenca de toda reclamación al respecto.

Cuenca, 15 de mayo de 2023

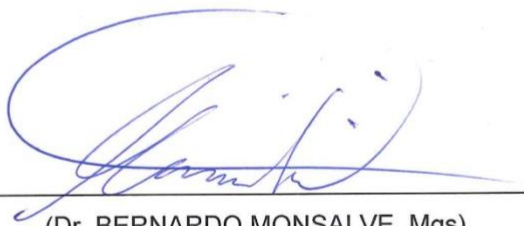
F:  .....

**JENIFER BRIANA BERMEO MANOSALVAS**

**C.I. 0106805872**

### CERTIFICO

Certifico que el presente Trabajo de Investigación fue desarrollado por JENIFER BRIANA BERMEO MANOSALVAS, con el Tema "LAS AGRAVANTES ESPECIFICAS DEL TIPO PENAL FEMICIDIO", bajo mi supervisión.



(Dr. BERNARDO MONSALVE. Mgs)

Tutor



**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA**

*Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo*

**UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES**

**CARRERA DE DERECHO**

**TEMA**

**LAS AGRAVANTES ESPECIFICAS DEL TIPO PENAL**

**FEMICIDIO**

**TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL  
TÍTULO DE ABOGADA.**

**AUTORA: JENIFER BRIANA BERMEO MANOSALVAS**

**DIRECTOR: DR. FAUSTO RICARDO BARRERA BRAVO, MGS.**

**CUENCA-ECUADOR**

**2023**

**DIOS, PATRIA, CULTURA Y DESARROLLO**

## **Dedicatoria**

Este trabajo de investigación esta dedicado a:

A mis padres, Tarquino y Fanny, quienes con su amor y apoyo incondicional me permitieron lograr uno de mis mas grandes objetivos, gracias por siempre enseñarme que la perseverancia y la valentía se convierten en un pilar fundamental en la vida de alguien de no tener miedo porque dios siempre esta conmigo.

A mis hermanos, Lesly y Luis por todo su apoyo y cariño incondicional durante todo mi periodo académico, quienes se quedaron conmigo en mis madrugadas de estudio.

A mis abuelos que con su amor siempre buscaban la forma de hacerme sentir como la mejor, y a mi Tesorito, que se adelantó, esto es para ti en el cielo.

Finalmente, quiero dedicar mi trabajo de investigación a Andrés, quien supo comprender mis peores días, quien me acompañó en momentos que, no me comprendía, apoyándome y brindando su amor. A mis amigas quienes estuvieron apoyando en los momentos más difíciles de verdad gracias a todos.

## **Agradecimientos**

Quiero brindar mi mas sincero agradecimiento a todo el personal y las autoridades que forman parte de la Universidad Católica de Cuenca, gracias por abrir sus puertas y permitir encaminarnos para crecer como personas y cumplir un sueño a través de sus enseñanzas.

Mi mas profundo agradecimiento para mi tutor de tesis, Doctor Bernardo, gracias por enseñarme, por la dedicación y el tiempo empleado a través de su confianza, colaboración dirección y sobre todo conocimiento me permitió culminar mi sueño.

## Resumen

Es primordial iniciar explicando que el delito de femicidio es una figura penal que ha sido traída a colación y de ejemplo de otros países de América Latina, el mismo que llegó con la reforma del Código Orgánico Integral Penal, con la finalidad de que se proteja la vida de las mujeres y por ende una de las formas para erradicar la violencia de género, sin embargo, este tipo penal ha generado una serie de inconvenientes debido a que se encuentra mal especificado por el tema de sus agravantes.

El femicidio se define como aquel asesinato provocado por una persona hacia una mujer, y este puede llegar a darse por muchas circunstancias pero todas van al mismo punto que es razones de género, es por ello que fue necesario analizar a profundidad lo que corresponde al delito de femicidio de tal manera que nos permita conocer cada una de las características de este, para que a través de una profunda investigación analítica conjuntamente el método cualitativo nos permitió entablar cuál es la relación que tiene con los principios constitucionales que rigen dentro de un proceso penal, y centrarnos de manera respectiva al principio de proporcionalidad, pues la finalidad de la investigación se analizó de manera profunda si vulnera o no dicho principio, mismo que se encuentra establecido en la constitución en el Art. 76 numeral 6 al momento de sancionar con el tipo penal del femicidio.

**Palabras clave:** *femicidio, agravantes, relación, poder, proporcionalidad, vulneración*

## **Abstract**

It is essential first to explain that femicide is a criminal offense that has been broached and taken as an example from other Latin American countries. It began with the reform of the Organic Integral Criminal Code to protect women's lives. This is a way to eradicate gender-based violence; however, this criminal offense has caused a number of problems because it is poorly specified in terms of its aggravating circumstances.

Femicide is defined as the murder committed by a person against a woman; it can happen in many circumstances, but all go to the same point, namely, gender reasons. Therefore, it was necessary to analyze in depth what corresponds to the crime of femicide in a way that allows all the characteristics of this crime to be known. A deep analytical research, along with the qualitative method, allowed to determine what is the relationship among the constitutional principles that govern within a criminal case and focus on the respective principle of proportionality. Thus, the purpose of the research was to analyze in depth whether sanctioning the offense of femicide violates this principle, —established in the Constitution in Art. 76, item 6—.

**Key words:** *femicide, aggravating factors, relationship, power, proportionality, violation*

## Índice

Declaratoria de autoría y responsabilidad .....	I
Certificado del tutor .....	II
Dedicatoria.....	III
Agradecimientos.....	IV
Resumen.....	V
Palabras clave .....	V
Abstract.....	VI
Keywords .....	VI
Índice.....	VII
Introducción .....	1
Capítulo I. El Delito de Femicidio y sus Agravantes Específicas.....	3
1.1 Concepto de infracción penal.....	3
1.2 Concepto de Feminismo.....	5
1.3 Concepto del Delito de Femicidio.....	7
1.4 Elementos objetivos de Delito de femicidio .....	13
1.5 Condicionantes del tipo penal femicidio.....	14
1.6 Tipos de Femicidio.....	20
1.7 Análisis de las Agravantes Específicas del Delito de Femicidio .....	23
Capítulo II. El Principio de Proporcionalidad .....	26
2.1 Concepto de Principio de Proporcionalidad.....	26
2.2 Finalidad del Principio de Proporcionalidad.....	31
2.2.1 La Proporcionalidad en las Penas.....	34
Capítulo III. Identificar la posible vulneración del principio de proporcionalidad en cuanto a las agravantes específicas del tipo penal Femicidio.....	39
3.1 El Delito de Femicidio y las Agravantes Específicas con la Relación de Poder.....	39
3.2 Circunstancias Modificadorias del Delito .....	46
3.3 Aplicabilidad del Principio de Proporcionalidad en el Delito de Femicidio .....	48
3.4 Análisis de la Relación de Poder como un Elemento Constitutivo del Delito de femicidio con Legislación Comparada .....	52
3.4.1 Guatemala y Ecuador .....	52
3.4.2 Perú y Ecuador.....	52
3.4.3 Colombia y Ecuador.....	53

3.4.4	México y Ecuador.....	53
3.5	Circunstancias para la Reducción de la Pena en el Delito de Femicidio	53
3.6	Análisis Normativo de Sentencias por Delito de Femicidio .....	59
3.6.1	Antecedentes de Hecho del caso Nro. 01283-2016-03989.....	59
4.-	Conclusiones.....	63
5.-	Recomendaciones .....	65
6.	Referencias.....	66
7.	Anexos.....	70

## **Introducción**

La dignidad, el honor, la intimidad y la vida son bienes jurídicos que el Estado tiene la obligación de establecer mecanismos para protegerlos, por tal motivo, para iniciar la presente investigación es necesario afirmar que a lo largo de la historia se ha evidenciado cómo la sociedad ha ido naturalizando toda conducta emitida por el hombre; especialmente cuando estos derechos se violentan en contra de la mujer en la sociedad.

Por tanto, es claro que todo este tipo de conductas ha generado que la violencia vaya en aumento, provocando así que se susciten hechos mucho más lamentables como tener el poder de dar fin a la vida de alguien por pertenecer a un determinado grupo, que en el presente caso es en contra de las mujeres, es por ello por lo que el delito de femicidio se ha creado con la finalidad de proteger la vida y la integridad de las mujeres pretendiendo de alguna u otra manera disminuir la violencia de género.

De esta forma, en el presente trabajo se analiza lo que corresponde a la el delito de femicidio, el principio de proporcionalidad y la posible vulneración de este, a partir de un método analítico y cualitativo se buscó describir y analizar cada una de las características de este delito y su la relación con el principio referido.

A continuación, la primera parte la presente investigación se centra en analizar un correcto y determinado estudio sobre el delito de femicidio, como nace, así como también de sus agravantes y condicionantes para que se encasille aquellas conductas como femicidio, así como también se definió lo que corresponde a los tipos de violencia, así como también una conceptualización del femicidio en otras legislaciones de América Latina.

En el segundo epígrafe del trabajo se aborda el principio de proporcionalidad, así como su origen, para a través de este conceptualizarlo y analizar cada uno de los componentes que lo caracterizan, así como también se analiza la forma en que este principio se relaciona con el delito de femicidio y se discute su posible vulneración en algunos casos.

Y por último, el tercer capítulo, se aborda la relación del delito de femicidio y el principio de proporcionalidad; así como también las circunstancias en las que recae para la posible vulneración de este, y a través de la investigación ardua realizada sobre dicha problemática, se presentan dos casos con sentencias ejecutoriadas en las cuales se ha aplicado el delito de femicidio y la posible vulneración del principio de proporcionalidad por lo que se evalúan las circunstancias en las cuales se encontraron los administradores de justicia para llegar a tomar esta decisión.

Y, en conclusión, se anhela que este trabajo contribuya a la discusión sobre el delito de femicidio y la posible vulneración del principio de proporcionalidad, debido a que es de suma importancia para la protección de los principios constitucionales.

## **Capítulo I. El Delito de Femicidio y sus Agravantes Específicas**

### **1.1 Concepto de infracción penal**

A lo largo de la historia, se ha evidenciado que existían conductas contrarias a las normativas vigentes de acuerdo con cada época, algo que se llegó a denominar delito; este consiste en una acción que se especifica dentro de un cuerpo normativo, teniendo presente que es contrario a lo que se encuentra determinado en la ley. Según la Real Academia Española (RAE, 2022), el delito es la “Acción o conducta típica, antijurídica y culpable que, por ello, es normalmente punible” (párr. 1).

La aplicación del derecho penal y la normativa que lo rige y precautela considera que se vela por las garantías que se encuentran establecidas por el Estado; sin embargo, esto ha provocado un sin número de preguntas, que se enfocan en tratar de aplicar las diferentes conceptualizaciones del delito, por lo que, de esta necesidad, surgió el querer establecer un sistema más armónico para definir un delito y que esto influya en cuándo y cómo aplicar la ley.

En relación con lo anterior, a lo largo de la historia han surgido un sin número de interrogantes sobre una posible conceptualización de infracción penal y este ha sido entendido como una conducta delictiva; sin embargo, la ley prevé este tipo de acciones, al establecer que la comisión de un delito conlleva una serie de consecuencias que se materializan a través de sanciones, penas y medidas de seguridad con la finalidad de establecer una reinserción social (Palladino Pellon & Asociados, 2022).

De esa forma, se puede decir que un delito consiste en aquellas conductas realizadas por cualquier persona, que son contrarias a lo que manifiesta la ley; es decir, es una acción que provoca un daño a un bien jurídico. Dentro del derecho penal, se considera que las acciones deben considerarse como delictivas cuando generan cualquier tipo de vulneración de los juicios ético-sociales (Palladino Pellon & Asociados, 2022).

De acuerdo a lo que manifiesta el Código Orgánico Integral Penal en su artículo 18 sobre lo que corresponde a la conceptualización de conductas del delito.

Art. 18.- Infracción penal. - Es la conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra prevista en este Código. (Código Orgánico Integral Penal, 2014, p.17)

Como se puede evidenciar, el Código manifiesta las características que contiene el delito, por lo cual necesariamente debe ser una conducta típica, a su vez antijurídica es decir que sea contraria a lo que encuentra establecido dentro de la normativa, y a su vez culpable, es decir que se tiene pleno conocimiento del accionar y por ende puede llegar a ser sancionada.

Y, por otro lado, de acuerdo a lo establecido en el Código, manifiesta que pueden llegar a darse tanto contravenciones como delitos, se encuentran clasificados de esta manera:

Art. 19.- Clasificación de las infracciones. - Las infracciones se clasifican en delitos y contravenciones. (Código Orgánico Integral Penal, 2014, p.17)

De acuerdo a lo que se encuentra especificado dentro de la normativa, nos encontramos con que la infracción penal puede llegar a clasificarse como delito y contravenciones, en este caso como procederemos a analizar lo que corresponde al tipo penal femicidio, nos encontramos específicamente en la conducta de delito.

Ahora bien, después de conceptualizar en qué consiste el delito, fue necesario tener en cuenta que, para determinar si existe o no la responsabilidad penal sobre un accionar de un determinado sujeto, este debe reunir una serie de características que se encuentran establecidas en la normativa y estas son las siguientes:

Dentro del Código Orgánico Integral Penal, se encuentra encasillado en los artículos 22, 23, 25, 28, y 34 las características que debe cumplir la conducta de una persona, las mismas que se definen de la siguiente manera:

- Conducta: accionar o comportamiento de una determinada persona.
- Tipicidad: el accionar de una determinada persona que se encuentra establecido en la ley.

- Antijuridicidad: es un acto que es contrario a la ley, por lo que, en consecuencia, se aplica una sanción determinada.
- Culpabilidad: se entiende como la responsabilidad penal de una determinada persona por un acto antijurídico.
- Punibilidad: hace referencia a que se debe aplicar una pena de acuerdo o en función del resultado de una acción.

Ahora bien, como se dijo anteriormente, en principio debe haber una acción por fuera de la ley, con el fin de que esta sea considerada como delito; en cuanto a la tipicidad, esta se relaciona con la conducta que está fuera de la ley, que está especificada dentro de un cuerpo normativo regularizado, de acuerdo con la magnitud del accionar. Por otro, también está la antijuridicidad, que implica que, dentro del accionar, la persona está consciente de que es un acto contrario a la ley, lo que implica una sanción, de acuerdo con lo especificado en el cuerpo normativo. En cuanto a la culpabilidad, es la capacidad de sancionar el acto cometido, al analizar cada una de las circunstancias en que se ha fijado el acto jurídico. Finalmente, la punibilidad consiste en la sanción establecida en la ley.

## **1.2 Concepto de Feminismo**

Para iniciar, es importante comprender que la violencia de género es un problema arraigado desde tiempos arcaicos y se entiende como el control que se ejerce sobre alguien por ser mujer, es decir, es la discriminación que sufre el género femenino por ser considerado como el más débil, algo que, a través del pasar de los años, se ha ido naturalizando. La violencia puede llegar a presentarse de diferentes facetas y puede implicar agresión física, sexual, psicológica o, inclusive, llegar a provocar la muerte de una mujer por el hecho de serlo.

Estas nociones fueron importantes para conocer los fundamentos principales para el desarrollo de la investigación; en este sentido, se pudo observar que la violencia en contra de personas ha sido de gran impacto dentro del progreso de la sociedad, pero al ser perpetrada en contra de una mujer, la situación tiene mayor gravedad y se entiende como violencia de género; debido a esto, surgió la necesidad de plantear un tipo penal que regulara este accionar, teniendo en cuenta su gravedad.

En este sentido, con el paso del tiempo, se han realizado los giros correspondientes para tratar de recuperar el respeto por la mujer, al otorgarle sitios importantes dentro de la sociedad, sin que exista diferencia ni que sea tratada de forma humillante; esta forma igualitaria ha tenido un apoyo a nivel mundial y se ha reconocido el apoyo para la mujer en todos los instrumentos internacionales, que defiende igualdad de género y el fin de toda violencia en contra del género femenino; sin embargo, este cambio ha sido superficial, por el hecho de que esta violencia sigue existiendo y hay leyes extremadamente flexibles que ocasionan que no solo haya violencia, sino que, en muchas ocasiones, se produzca la muerte de las mujeres, accionar que, en la actualidad, se conoce como femicidio.

En este orden de ideas, al observar la vulneración de los derechos de las mujeres, se llegó a crear uno de los primeros movimientos que han buscado la reivindicación de la mujer y este fue el feminismo, un término que, lamentablemente, se ha llegado a utilizar, en algunos casos, con una connotación despectiva. Como todo movimiento de lucha en la búsqueda de reconocimiento de derechos, ha tenido tanto seguidores como detractores y un elemento importante para tomar en cuenta, es que existen diversas tendencias o ideales dentro de este y, dependiendo la persona, esta podría encontrarse de un lado o de otro (Straka, 2015).

Este movimiento surgió a lo largo de la historia, puesto que, en épocas ancestrales, a la mujer se le consideraba solo como un objeto reproductor y la participación de esta parecía mínima; en este sentido, los estudiosos establecieron que esa fue una de las principales clases de violencia contra la mujer y, de hecho, en la actualidad, muchos hombres quieren ejercer el mismo control sobre ella, lo que produce la violencia y, en muchas ocasiones, los femicidios

Por tanto, es importante también traer a colación el concepto de feminismo, al brindar una mayor orientación dentro de la presente investigación. El vocablo denominado feminismo, es aquel que, en teoría, pretende defender a la mujer, otorgándole las consideraciones necesarias y la forma de manejar las situaciones que se vayan presentado dentro de la sociedad; en realidad, el mayor objetivo de este movimiento es permitir que las actividades desarrolladas por las

mujeres sean reconocidas de igual manera que las ejercidas por el sexo opuesto. Por su parte, Sau (1990) lo definió así:

Un movimiento social y político que supone la toma de conciencia de las mujeres como grupo o colectivo humano, de la opresión, dominación y explotación de que ha sido y son objeto por parte del colectivo de varones en el seno del patriarcado bajo sus distintas fases históricas de modelo de producción, lo cual las mueve a la acción por la liberación de su sexo con todas las transformaciones de la sociedad que aquella requiera. (pp. 121-122)

En realidad, la mayor finalidad que tiene este tipo de movimientos es alcanzar el respeto a la mujer, lograr las posiciones igualitarias y, por ende, producir la erradicación de la violencia contra el género femenino y que así, no haya ningún tipo de discriminación de género.

La violencia de género se produce a nivel mundial y no se relaciona con la condición social o económica, lo que se relaciona con el hecho de que estos actos de violencia implican todas las actuaciones que tienen consecuencias irreparables tanto físicas, psicológicas, así como también emocionales. Es importante que los gobiernos de los diferentes países empleen políticas de Estado adecuadas en las esferas culturales y socioeducativas con el objetivo de poder erradicar esta violencia y que, de esta manera se evite un daño mayor, como la muerte de las mujeres por el simple hecho de serlo.

### **1.3 Concepto del Delito de Femicidio**

Es importante iniciar mencionando que, América Latina ha sido uno de los principales escenarios para el desarrollo jurídico del femicidio, lo que se debe a que gran parte de los países que pertenecen a esta región tienen influencia de los diferentes grupos y movimientos feministas y se han encargado de incluir en sus legislaciones este delito.

En cuanto al término de femicidio o *femicide*, la primera vez que se usó fue durante una conferencia de una autora y activista Diana Russell, en la que supo manifestar que es una forma extrema de violencia ejercida por un hombre

hacia una mujer, por considerarla del sexo débil y al ejercer presión sobre esta (Russell, 2009).

De acuerdo con esta autora, este implica “el asesinato de mujeres realizado por hombres motivado por odio, desprecio, placer o un sentido de propiedad de las mujeres” (Caputti como se citó en Russell, 2009, p. 42). Por tanto, se puede decir que el femicidio es el hecho o la acción de dar muerte a una mujer, como consecuencia de ejercer diferentes tipos de violencia, ya sea verbal, física, psicológica, sexual, y, además, esta conducta debe ser provocada por un hombre. La autora Monárrez (2010) calificó al femicidio así:

Como una forma de barbarie en esta sociedad sexista misoginia que constituye el patriarcado, porque hay sexismo en los motivos a los que recurre para justificar esta violencia, hay sexismo en los actos violentos, que se realizan sobre los cuerpos de las mujeres. (p. 353)

La Organización de las Naciones Unidas – ONU (1993) aprobó la Declaración Sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer, al establecer lo siguiente:

La violencia contra la mujer constituye una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer y que la violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto del hombre. (p. 1)

Por esto, es importante entender que, a través de la conceptualización realizada anteriormente, se puede hablar de femicidio y este debe ser entendido como el acto dar muerte a una mujer, causado por un hombre, debido a que se considera que pertenece al sexo más débil. Asimismo, el femicidio es el asesinato de una mujer, solo por el hecho de serlo; este tipo de asesinatos es una de las primeras causas de muerte de la población femenina y, la primera causa es la violencia practicada por el género más fuerte.

De acuerdo con las diferentes conceptualizaciones realizadas, es posible entender que el femicidio no solo se presenta por factores de odio o misoginia, sino que también hay asesinatos sexistas, es decir, son actos realizados por varones que consideran tener un grado de superioridad, porque creen tener una

especie de poder sobre las mujeres o porque consideran que la mujer es una propiedad.

Para adentrarse al estudio profundo sobre el delito de femicidio, fue necesario realizar un breve y corto análisis sobre la teoría de participación; para esto se citó al Dr. Zambrano (2009), quien manifestó lo siguiente:

La intervención o colaboración en la comisión de un delito nos permite predicar de tales sujetos la condición de partícipes, limitando esa categoría para quienes confluyen en calidad de autores o de cómplices, pues la intervención de este se evidencia cuando el delito ha sido ya cometido por la gestión de los autores y la colaboración de los cómplices. (p. 55)

De esa manera, fue fundamental analizar el precepto que ha sido traído a colación, dado que fue primordial comprender que la actuación de una persona de forma delictuosa y fuera de los preceptos legales establecidos dentro de la constitución y la normativa penal, puede presumir que existe la participación directa o indirecta en un delito, de acuerdo con el grado en el que haya ejercido su participación y así, establecer la responsabilidad penal. La normativa penal ecuatoriana indicó lo siguiente en su artículo 41, al referirse a la participación:

Participación. Las personas participan en la infracción como autores o cómplices. Las circunstancias o condiciones que limitan o agravan la responsabilidad penal de una autora, de un autor o cómplice no influyen en la situación jurídica de los demás partícipes en la infracción penal. (Código Orgánico Integral Penal, 2014, artículo 41)

De acuerdo con lo establecido el Código Orgánico Integral Penal, la participación se puede relacionar con la responsabilidad penal que se tenga, teniendo en cuenta la acción antijurídica y penalmente relevante y, por tanto, con un grado de culpabilidad. De acuerdo con un análisis de la participación de una persona dentro de la comisión de un delito, esta debe ser sancionada de acuerdo con los agravantes y el grado de responsabilidad y al establecer si es un autor directo o es un cómplice; de tal modo, a través de esta investigación se pretendió llegar a tener un resultado sancionador y ejemplarizador para la sociedad.

En la actualidad, la parte sancionadora es la que determina la reparación de los daños ocasionados, por lo que, básicamente, esa es la finalidad que persigue la justicia, es decir, determinar el castigo por un acto delictivo que se ha ocasionado en contra de otra persona. Sin embargo, en ciertas ocasiones, esa reparación o sanción no borra las heridas emocionales que dejan estas agresiones y, más que nada, en los casos de violencia contra la mujer. Ahora bien, es imprescindible que, para la configuración de los elementos del delito de femicidio, se analice, en primer lugar, el origen del vocablo y la conceptualización del término, con las diferentes opiniones de varios doctrinarios y teniendo en cuenta las circunstancias sociales que conducen a este delito.

Para iniciar, fue importante hablar sobre el ejercicio de la violencia sea física, verbal o psicológica, practicada por parte de los hombres que buscan la manera de prevalecer la teoría de la supremacía masculina, por lo que el delito de femicidio se puede conceptualizar, de una manera política, al establecer que existe una especie de subordinación o desigualdad, en la cual se encasilla a las mujeres por el simple hecho de serlo. Para Caputti (1987) el delito de femicidio es “el asesinato de mujeres realizado por hombres motivado por odio, desprecio, placer o un sentido de propiedad de las mujeres” (como se citó en Russell, 2009, p. 42); por su parte, El Universo (2017) manifestó lo siguiente:

El femicidio es el resultado de la violencia extrema contra las mujeres por su condición de género, que refleja la existencia de relaciones inequitativas, desiguales y basadas en el poder. El machismo o una sociedad patriarcal, que surge de los patrones socioculturales, es la razón por las que se da el femicidio. (párr. 2)

De acuerdo con el Código Orgánico Integral Penal en su artículo 141, el delito de femicidio se describió de la siguiente forma:

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.

En relación con lo establecido en el Código Orgánico Integral Penal, se puede manifestar que las conductas antijurídicas que sean ejercidas a través de

cualquier tipo de violencia, que sea en contra de una mujer provocada por cualquier persona, sabiendo que el tipo penal lo especifica de tal manera, y que el resultado provoque la muerte de la mujer, implican que este sujeto tendrá que cumplir una pena que será asignada, según una teoría del delito y que podría variar entre 22 a 26 años, pero depende de las características de este acto.

Por otro lado, teniendo en cuenta la Convención Interamericana Para Prevenir, Erradicar y Sancionar la Violencia Contra de la Mujer, conocida también como la Convención de Belém do Pará, se produjeron las siguientes definiciones:

Artículo 1. Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.

Artículo 7. Los Estados partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y llevar a cabo lo siguiente: c) Incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso. (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1994, arts. 1 y 7)

De acuerdo con lo anterior, el delito de femicidio se configura como una violación hacia los derechos de las mujeres, aunque haya organismos que buscan velar por la protección de estos; sin embargo, la violencia contra la mujer no se ha erradicado y, por ende, las muertes violentas hacia las mujeres tampoco han tenido menores cifras. El delito de femicidio se entiende como el asesinato provocado de una mujer por el hecho de serlo y que es practicado por un hombre; por tanto, para que este delito exista, debe haber una relación de poder o subordinación.

Los datos estadísticos sobre los delitos de femicidio se han convertido en un desafío, debido a que, los sistemas se encargan solo de realizar una correcta recopilación de datos sobre casos de femicidio, por lo que se ignora, por

completo, la relación que existe entre la víctima y quien perpetra el acto; además, tampoco se analiza, de forma detallada, las razones del homicidio conjuntamente con las condicionantes, con el objetivo de que se configure un delito. Según Caputti citada por Russell (2009), el femicidio es “el asesinato de mujeres realizado por hombres motivado por odio, desprecio, placer o un sentido de propiedad de las mujeres” (p. 42).

Desde el año 2018, la RAE (2022) definió al femicidio como el “asesinato de una mujer a manos de un hombre por causa de machismo o misoginia” (párr. 2). Además, en este sentido, también se considera todo tipo de violencia provocada de manera conjunta por parte de una persona de género masculino hacia una mujer y que podría ser su pareja sentimental, un familiar o una persona con la que haya cualquier tipo de relación y en el que se genere cierto odio, que produzca discusiones agresivas, golpes y, por tanto, la posible muerte de la mujer.

La tipificación del delito de femicidio fue posible a partir de la vigencia del Código Orgánico Integral Penal del 2014, luego de los constantes debates sobre los conceptos de femicidio y de los elementos objetivos del delito; en este sentido, Albán (2018) consideró que la tipificación de este delito o su interpretación no es tarea sencilla, pues se incluyen elementos que resultan difíciles de precisar.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Escuela de Higiene y Medicina Tropical de Londres indicaron que más del 35 % de todos los asesinatos de mujeres, a nivel mundial, son cometidos por el compañero íntimo y se determinó que solo cerca de 5 % de todos los asesinatos de hombres son cometidos por su pareja. Estas cifras son conservadoras, dada la elevada cantidad de datos que faltan y, en particular, de países no industrializados (OMS, 2021). Entre las principales características del delito de femicidio, se encontraron las siguientes:

- Machismo que, según la definición emitida por la RAE, “es una forma de discriminación sexista caracterizada por la prevalencia del varón” (Real Academia Española [RAE], 2022, párr. 3). Esta conceptualización se refiere al idealismo, en el que se establece una especie de poder, al

creer que existe superioridad por pertenecer al género masculino, por lo que, como resultado de esta idea, se puede llegar a producir la muerte de una mujer, lo que puede deberse a que se cree que esta es rebelde en contra de lo establecido, lo que provoca la ira en el hombre.

- Misoginia, que, según la RAE (2022), es la “aversión a las mujeres, el antifeminismo está frecuentemente basado en la misoginia, pero el feminismo no se sustenta en el odio a los hombres” (párr. 4). En este sentido, se puede decir que este término es utilizado para hacer referencia al odio que siente una persona del miembro masculino hacia las mujeres; como resultado, estos pueden provocar la muerte de estas.

#### **1.4 Elementos objetivos de Delito de femicidio**

Los elementos objetivos del tipo penal, dentro de lo que estableció el Código Orgánico Integral Penal en su artículo 141, se pudieron encontrar las siguientes:

El núcleo de este apartado es, provocar la muerte de una mujer, entendiéndose a este como el verbo rector que debe contener un tipo penal, y a través de este hacemos alusión al bien jurídico protegido, que en este caso es la vida de la mujer, así como también es necesario hablar de los otros elementos que constituyen al tipo.

El sujeto pasivo, una mujer por el hecho de serlo o por la condición de género”, se estima que la segunda expresión extiende la tipicidad a la muerte de quienes se consideran mujeres, aun cuando hubieran nacido perteneciendo al sexo masculino, en cualquier caso, la acción homicida debe estar dirigida expresamente contra una mujer y no cuando, indistintamente, diríamos que, por azar, se produce la muerte de una mujer. (Albán, 2018, p. 82)

En este sentido, se debe entender como sujeto activo, a la persona que provoca la muerte y que puede ser hombre o mujer y, como condición, la aplicación de relaciones de poder, aunque no existe una especificación clara sobre esta condicionante. Ahora, de acuerdo con los elementos subjetivos que

contiene este tipo de delito, Gómez definió los diferentes elementos del delito, que llevaron a determinar que se trataría siempre de un delito doloso.

Mientras que cuando hacemos referencia a los elementos subjetivos, encontramos al dolo, de acuerdo a lo que manifiesta el Código Orgánico Integral Penal dice que:

Art. 26.- Dolo. - Actúa con dolo la persona que, conociendo los elementos objetivos del tipo penal, ejecuta voluntariamente la conducta. Responde por delito preterintencional la persona que realiza una acción u omisión de la cual se produce un resultado más grave que aquel que quiso causar, y será sancionado con dos tercios de la pena. (Código Orgánico Integral Penal, 2014, artículo 26. P.19)

Por lo que se entiende este básicamente actúa como aquella circunstancia en la que recae una conducta la cual tiene la intención de provocar un daño a alguien más, por cualquier tipo de condición, pero en este caso es por el hecho de ser mujer.

### **1.5 Condicionantes del tipo penal femicidio**

La relación de poder que se habla dentro del tipo penal así como también en sus agravantes, básicamente no se logra interpretar en que consiste esta condicionante del femicidio, sin embargo, se trata de desglosar el mismo, entendiéndose por relación, aquel vínculo que dos o más personas pueden llegar a establecer, pudiendo esta ser manifestada en distintas formas así como lo establece el Código Orgánico Integral Penal, y en cuanto al poder, se trata de una especie de superioridad ante alguien que física o mentalmente es más débil.

Es necesario recalcar que la relación de poder tiene que estar manifestada en cualquier tipo de violencia, y para comprender de mejor manera la misma es necesario traer a colación cada tipo de violencia las mismas que se encuentran especificadas en el artículo 10 de la Ley para Erradicar la Violencia en Contra de las Mujeres, las mismas que son:

Art. 10.- Tipos de violencia. Para efectos de aplicación de la presente Ley y sin perjuicio de lo establecido en los instrumentos internacionales de derechos

humanos y en el Código Orgánico Integral Penal y la Ley, se consideran los siguientes tipos de violencia:

- a) **Violencia física.** - Todo acto u omisión que produzca o pudiese producir daño o sufrimiento físico, dolor o muerte, así como cualquier otra forma de maltrato o agresión, castigos corporales, que afecte la integridad física, provocando o no lesiones, ya sean internas, externas o ambas, esto como resultado del uso de la fuerza o de cualquier objeto que se utilice con la intencionalidad de causar daño y de sus consecuencias, sin consideración del tiempo que se requiera para su recuperación.

Dentro de este apartado, entendemos que este tipo de violencia genera siempre un daño físico hacia una mujer, esta podría ser manifestada de cualquier forma, a través de golpes, apretones, rasguños, cortes, y entre otros, dentro de esta siempre tiene que estar la intención de provocar un daño a una mujer.

- b) **Violencia psicológica.**- Cualquier acción, omisión o patrón de conducta dirigido a causar daño emocional, disminuir la autoestima, afectar la honra, provocar descrédito, menospreciar la dignidad personal, perturbar, degradar la identidad cultural, expresiones de identidad juvenil o controlar la conducta, el comportamiento, las creencias o las decisiones de una mujer, mediante la humillación, intimidación, encierros, aislamiento, tratamientos forzados o cualquier otro acto que afecte su estabilidad psicológica y emocional.

Otro de los tipos de violencia que contempla esta ley, es la psicológica la misma que se entiende como aquella forma de denigrar de algún modo a la mujer, hacerle de menos a través de palabras que causen un daño significativo en la conducta de la misma, provocando así sentir miedo o indefensión hacia quien perpetra la acción.

- b) **Violencia sexual.**- Toda acción que implique la vulneración o restricción del derecho a la integridad sexual y a decidir voluntariamente sobre su vida sexual y reproductiva, a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza e intimidación, incluyendo la violación dentro del matrimonio o de otras relaciones vinculares y de

parentesco, exista o no convivencia, la transmisión intencional de infecciones de transmisión sexual (ITS), así como la prostitución forzada, la trata con fines de explotación sexual, el abuso o acoso sexual, la esterilización forzada y otras prácticas análogas

Cuando hacemos referencia a la violencia sexual, entendemos que esta puede llegar a estar vinculada tanto con el tema físico, así como también psicológico, porque puede darse por medio de amenazas y producto de ello el uso de la fuerza, intimidando a la víctima para que de alguna u otra manera sea forzada a realizar actos a los cuales no ha brindado el consentimiento.

**d) Violencia económica y patrimonial.** - Es toda acción u omisión que se dirija a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos y patrimoniales de las mujeres, incluidos aquellos de la sociedad conyugal y de la sociedad de bienes de las uniones de hecho, a través de:

1. La perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes muebles o inmuebles;
2. La pérdida, sustracción, destrucción, retención o apropiación indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales;
3. La limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o la privación de los medios indispensables para vivir una vida digna; así como la evasión del cumplimiento de sus obligaciones alimentarias;
4. La limitación o control de sus ingresos;
5. Percibir un salario menor por igual tarea, dentro de un mismo lugar de trabajo.

Sin duda alguna, este tipo de violencia, es muy poco conocida e incluso aceptada, debido a que este tipo de conductas se han ido normalizando entre la sociedad, en razón de que poco a poco tomo parte del diario vivir de las mujeres, aceptando que el hombre tiene una especie de superioridad ante la mujer, impidiendo o controlando los ingresos de la misma.

**e) Violencia simbólica.** - Es toda conducta que, a través de la producción o reproducción de mensajes, valores, símbolos, iconos, signos e imposiciones de género, sociales, económicas, políticas, culturales y de creencias religiosas, transmiten, reproducen y consolidan relaciones de dominación, exclusión, desigualdad y discriminación, naturalizando la subordinación de las mujeres.

Por otro lado, la violencia simbólica, que de igual manera al pasar el tiempo la sociedad mismo se ha encargado de adaptar este tipo de conductas generadas por una persona hacia una mujer, aceptando que cualquier tipo de trato, es correcto, por ello la violencia simbólica, se entiende como aquella forma de menospreciar a la mujer, a través de creencias religiosas, valores entre otras.

**f) Violencia política.** - Es aquella violencia cometida por una persona o grupo de personas, directa o indirectamente, en contra de las mujeres que sean candidatas, militantes, electas, designadas o que ejerzan cargos públicos, defensoras de derechos humanos, feministas, lideresas políticas o sociales, o en contra de su familia. Esta violencia se orienta a acortar, suspender, impedir o restringir su accionar o el ejercicio de su cargo, o para inducirla u obligarla a que efectúe en contra de su voluntad una acción o incurra en una omisión, en el cumplimiento de sus funciones, incluida la falta de acceso a bienes públicos u otros recursos para el adecuado cumplimiento de sus funciones.

Este tipo de violencia se ha visto empleada en el diario vivir, debido a que otras personas consideran que, una mujer no es apta para alcanzar un puesto alto, o incluso para llegar a gobernar, es por ello que tratan de minimizar el trabajo que pueden llegar a realizar a través de una especie de violencia.

**g) Violencia gineco-obstétrica.** - Se considera a toda acción u omisión que limite el derecho de las mujeres embarazadas o no, a recibir servicios de salud gineco-obstétricos. Se expresa a través del maltrato, de la imposición de prácticas culturales y científicas no consentidas o la violación del secreto profesional, el abuso de medicalización, y la no establecida en protocolos, guías o normas; las acciones que consideren los procesos naturales de embarazo, parto y posparto como patologías, la

esterilización forzada, la pérdida de autonomía y capacidad para decidir libremente sobre sus cuerpos y su sexualidad, impactando negativamente en la calidad de vida y salud sexual y reproductiva de mujeres en toda su diversidad y a lo largo de su vida, cuando esta se realiza con prácticas invasivas o psicológico. (Nacional, 2018)

De igual manera entendemos que, la violencia gineco-obstétrica, es poco aceptaba, por lo que aquí entre otro actor que es como responde el Ministerio de Salud, por el tema de negar el acceso a servicios de salud, no brindar los tratamientos adecuados que por derecho corresponden a todos, pero afecta en mayor grado a las mujeres, así como también se presenta a través de intentar controlar las decisiones de las mujeres en ámbitos de su sexualidad.

En la actualidad las mujeres han alcanzado a ocupar un lugar muy alto, con la lucha constante por una igualdad de derechos, sin embargo, se trata de conceptualizar lo que corresponde a género, por lo que se entiende como aquella diferencia cultura y social entre hombres y mujeres. De acuerdo a lo que manifestó el autor Scott, 1990 “género se emplea para designar las relaciones sociales entre los sexos. Su uso explícito rechaza las explicaciones biológicas”.

Y, por otro lado, la siguiente condicionante del tipo penal femicidio, nos encontramos con la condición de género, el gobierno de México lo define de la siguiente manera a la cual entendemos como:

Género es una traducción del vocablo inglés *gender*. Parte de las supuestas diferencias biológicas entre los sexos, así como las desigualdades entre los roles que se asignan a hombres y mujeres en función del contexto socioeconómico, histórico, político, cultural y religioso de las diferentes sociedades en las que viven esos hombres y mujeres. (Portal del Gobierno de México, s.f., párr. 1)

Entre otro de los conceptos de lo que corresponde a género, nos encontramos con la definición de, Profamilia, Género, es la construcción social, cultural y psicológica que determina el concepto de mujer, hombre y de otras categorías no binarias o normativas. Es la conceptualización de nuestra identidad y comportamientos.

Por lo que entendemos que a través del género este nos permite crear un orden social y cultural a más de ello las diferencias biológicas entre hombres y mujeres que se puede evidenciar de manera visual, sin embargo, es necesario recalcar que, esta condición no podría ser causante de enmarcar, una diferencia entre hombres y mujeres. Sin embargo, se empezó a perpetrar esta distinción tanto física como mental en la sociedad, la violencia de género la misma que proviene de la traducción inglesa *inglese violence o gender-based violence* la misma que fue difundida en el año 1995 en la Conferencia Mundial sobre la Mujer (Vanegas, 2018).

Los principios sobre la aplicación de la legislación Internacional de Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género definen de la siguiente manera (Lampert, 2017):

La vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales. (Corte Interamericana de los Derechos Humanos, s.f., párr. 1)

La conceptualización de género ha sido uno de los puntos clave de partida para analizar un análisis de las diferencias entre lo que corresponde al sexo biológico y la socialización de la feminidad y la masculinidad. Como consecuencia de esta naturalización de conductas erróneas aplicando una especie de distinción de género que va más allá de un tema físico, sino que se volvió una violencia o supresión hacia las mujeres por parte de otra persona e inclusive por un grupo de personas, que basándose en su sexo o género marcan una diferencia, que tiene un impacto directo y negativo en la identidad de la persona (Figuroa y Ortega, 2010).

La conceptualización de género ha sido uno de los puntos clave de partida para analizar un análisis de las diferencias entre lo que corresponde al sexo

biológico y la socialización de la feminidad y la masculinidad. Como consecuencia de esta naturalización de conductas erróneas aplicando una especie de distinción de género que va más allá de un tema físico, sino que se volvió una violencia o supresión hacia las mujeres por parte de otra persona e inclusive por un grupo de personas, que basándose en su sexo o genero marcan una diferencia, que tiene un impacto directo y negativo en la identidad de la persona.

## **1.6 Tipos de Femicidio**

Existe una variada clasificación del delito de femicidio, puesto que en las diferentes legislaciones no se establece, de forma clara, este tipo penal, lo que se debe, quizás, al hecho de que solo se creó con la finalidad de erradicar la muerte violenta de mujeres; sin embargo, es importante decir que las cifras no han disminuido, sino más bien han ido en aumento, debido a que no hay una clasificación exacta y clara sobre el tipo penal de este delito. Debido a lo anterior, se llega a considerar y clasificar que todo tipo de muerte de una mujer hace parte de este tipo penal; por tanto, se consideró necesario realizar una pequeña clasificación, para que haya un mayor entendimiento y una aclaración sobre lo que corresponde a cada uno de los tipos (Feminicidio, 2012).

También fue necesario analizar que, en este campo, la creación de tipos de femicidio es fundamental para comprender los diferentes niveles de violencia que los hombres infligen a las mujeres. Además, dependiendo del tipo de femicidio que ocurra, se deben implementar diferentes políticas para prevenir y sancionar estos hechos violentos. A continuación, se desarrolló una primera clasificación de los tipos de femicidio:

- femicidio intimo: es la acción que ha sido cometida por un hombre, hacia una mujer, entre los que existía una relación determinada de poder, que podía ser íntima, de esposos, enamorados, etc., y que, a su vez, podía ser actual o anterior a los hechos.
- femicidio familiar: es aquel que establece una relación de poder y de familiaridad entre quien genera el acto y la víctima.
- femicidio infantil: este es considerando cuando existe una relación de poder de un hombre adulto hacia una menor.

- femicidio racista: se produce cuando existe una relación de poder entre un hombre y una mujer de una raza distinta a la suya y, debido, a la misoginia, el hombre da muerte a esta.
- femicidio transfobo: este establece una relación de poder entre un hombre y una mujer trans, en la que el hombre da muerte a la mujer, como resultado del odio por su orientación sexual.
- femicidio por tráfico: trata de la muerte de una mujer que haya sido víctima de tráfico ilegal de migrantes, término que se entiende como la entrada ilegal de mujeres a otros Estados, ajenos a su nacionalidad.
- femicidio por prostitución o trata: es el asesinato de una mujer que se encuentra en una situación de privación de su libertad y esta conducta es cometida por uno o varios hombres, que están motivados por el odio hacia la mujer.
- femicidio por crimen internacional: se entiende este femicidio como un término que puede utilizarse en el campo del derecho internacional y en el que el Estado debe asumir su responsabilidad política y jurídica. El femicidio como crimen internacional comprende tres tipos de femicidio: el femicidio como genocidio, el femicidio como crimen de lesa humanidad y el femicidio como crimen de guerra (Caputi, 1987).

Algunos países de América Latina, tienen integrado dentro de sus legislaciones la conceptualización del tipo penal de femicidio, y son los siguientes:

En Perú, el femicidio establece lo siguiente: Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años el que mata a una mujer por su condición de tal, en cualquiera de los siguientes contextos:

1. Violencia familiar.
2. Coacción, hostigamiento o acoso sexual.
3. Abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente.

4. Cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente. (Congreso de la República de Perú, 2023, párr. 220)

El ordenamiento jurídico de Guatemala establece que comete femicidio “quien, en el marco de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, diere muerte a una mujer, por su condición de mujer” (Congreso de la República de Guatemala, 2008, p. 4);

Por otro lado, la legislación mexicana, menciona lo siguiente:

Artículo 325. Comete el delito de feminicidio quien prive de la vida a una mujer por razones de género. Se considera que existen razones de género cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

I. La víctima presente signos de violencia sexual de cualquier tipo;

II. A la víctima se le hayan infligido lesiones o mutilaciones infamantes o degradantes, previas o posteriores a la privación de la vida o actos de necrofilia;

III. Existan antecedentes o datos de cualquier tipo de violencia en el ámbito familiar, laboral o escolar, del sujeto activo en contra de la víctima;

IV. Haya existido entre el activo y la víctima una relación sentimental, afectiva o de confianza;

V. Existan datos que establezcan que hubo amenazas relacionadas con el hecho delictuoso, acoso o lesiones del sujeto activo en contra de la víctima;

VI. La víctima haya sido incomunicada, cualquiera que sea el tiempo previo a la privación de la vida;

VII. El cuerpo de la víctima sea expuesto o exhibido en un lugar público.

A quien cometa el delito de feminicidio se le impondrán de cuarenta a sesenta años de prisión y de quinientos a mil días multa. (Código Penal Federal y los Código Penales, 2018)

Y por último en la legislación colombiana define de la siguiente manera:

**artículo 104A. Femicidio.** Quien causare la muerte a una mujer, por su condición de ser mujer o por motivos de su identidad de género o en

donde haya concurrido o antecedido cualquiera de las siguientes circunstancias, incurrirá en prisión de doscientos cincuenta (250) meses a quinientos (500) meses.

a) Tener o haber tenido una relación familiar, íntima o, de convivencia con la víctima, de amistad, de compañerismo o de trabajo y ser perpetrador de un ciclo de violencia física, sexual, psicológica o patrimonial que antecedió el crimen contra ella.

b) Ejercer sobre el cuerpo y la vida de la mujer actos de instrumentalización de género o sexual o acciones de opresión y dominio sobre sus decisiones vitales y su sexualidad.

c) Cometer el delito en aprovechamiento de las relaciones de poder ejercidas sobre la mujer, expresado en la jerarquización personal, económica, sexual, militar, política o sociocultural.

d) Cometer el delito para generar terror o humillación a quien se considere enemigo.

e) Que existan antecedentes o indicios de cualquier tipo de violencia o amenaza en el ámbito doméstico, familiar, laboral o escolar por parte del sujeto activo en contra de la víctima o de violencia de género cometida por el autor contra la víctima, independientemente de que el hecho haya sido denunciado o no.

f) Que la víctima haya sido incomunicada o privada de su libertad de locomoción, cualquiera que sea el tiempo previo a la muerte de aquella. (Ley 1761 de 2015)

## **1.7 Análisis de las Agravantes Específicas del Delito de Femicidio**

La violencia contra la mujer no se ha erradicado y la muerte de estas se ha incrementado desde el 2014, cuando se trajo a colación el tema del femicidio, con el objetivo de disminuir las muertes de mujeres; esto se puede deber a la confusión tan que hay, dado que no se ha hecho una correcta conceptualización de este delito, ni ha habido una clasificación de este, lo que ha generado una gran dificultad a las autoridades encargadas de aplicar las penas. Debido a esto, se consideró necesario analizar las agravantes del femicidio, junto con la conceptualización establecida en el Código Orgánico Integral Penal. De acuerdo con este, el artículo 18 estableció que la infracción penal “es la conducta típica,

antijurídica y culpable, cuya sanción se encuentra prevista en este Código” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, artículo 18).

De acuerdo con la infracción penal, se puede entender que la acción que es ejercida por una determinada persona tendrá que encasillarse con los precedentes que establece dicho código, con el propósito de que haya una sanción adecuada, y dar cumplimiento a la pena que se debe aplicar según el caso, con la finalidad de establecer una reinserción social. Es de señalar que el artículo 141 del Código Orgánico Integral Penal estableció que existen elementos objetivos en los que debe recaer y que deben evidenciarse en la conducta realizada por el presunto delincuente, para determinar si hay un femicidio. En este sentido, se estableció lo siguiente:

La persona que como resultado de relaciones de poder manifestadas en cualquier tipo de violencia, de muerte a una mujer por el hecho de serlo o por su condición de género, será sancionada con pena privativa de la libertad de veintidós a veintiséis años. (Código Orgánico Integral Penal, 2014, artículo 141)

Asimismo, hay una circunstancia de suma importancia, teniendo en cuenta que, para poder configurarse el delito, es importante que haya una relación de poder que ejerce el agresor en contra de su víctima; sin embargo, aunque dentro del tipo penal esto ya estaba establecido, los legisladores lo han ignorado por completo, dentro de las agravantes específicas del femicidio. El Código Orgánico Integral Penal en su artículo 142, especificó las circunstancias agravantes del femicidio y fueron las siguientes:

- Haber pretendido establecer o restablecer una relación de pareja o de intimidad con la víctima.
- Que exista o haya existido entre el sujeto activo y la víctima, relaciones familiares, conyugales, convivencia, intimidad, noviazgo, amistad, compañerismo, relaciones laborales, escolares o cualquier otra que implique confianza, subordinación o superioridad.
- Si el delito se comete en presencia de hijas, hijos o cualquier otro familiar de la víctima.

- Que el cuerpo de la víctima sea expuesto o arrojado en un lugar público. (Código Orgánico Integral Penal, 2014, p. 142)

Ahora bien, después de haber aclarado las agravantes específicas del tipo penal del femicidio, es necesario centrarse en la segunda característica, debido a que esta manifiesta que debe existir esta relación de poder y que puede considerarse como relaciones familiares, conyugales, convivencia, intimidad, noviazgo, amistad, compañerismo, relaciones laborales, escolares o cualquier otra que implique confianza, subordinación o superioridad; por lo que existe una confusión en relación con el artículo 142 del Código Orgánico Integral Penal, puesto que también detalló que, para configurarse el tipo penal, debe existir esta relación de poder, por lo que a simple vista existe una coincidencia dentro del tipo penal y la agravante específica del mismo, generando así confusión al momento de dictar sentencia, pues lo que se encuentra especificado dentro de ambos artículos establece que para que se configure y encasille tanto el tipo como la agravante debe existir la relación de poder en cualquiera que sea su manifestación por lo que al momento de establecer una pena correspondiente al hecho provocando una coincidencia en ambos artículos provocando una posible vulneración de derechos, así como también principios que van de la mano de un proceso, como podría ser el principio de proporcionalidad, en razón de que los administradores de justicia están recayendo en una especie de dependencia por lo que necesariamente se tiene que aplicar la sanción del tipo penal así como también agravar la pena, por lo que existe esta concurrencia en ambos artículos

## Capítulo II. El Principio de Proporcionalidad

### 2.1 Concepto de Principio de Proporcionalidad

Para iniciar, es importante mencionar a Hormazábal (2009), quien manifestó que el derecho penal subjetivo no se centra solo en la facultad de definir o conceptualizar los delitos, es decir, el *ius puniendi*, sino que también tiene como finalidad perseguir al infractor que, con sus acciones, ha generado un daño a un bien jurídico protegido, que se puede entender como *ius persecuendi*; para un mayor entendimiento, solo hace referencia a la definición del hecho delictivo y del delincuente.

De acuerdo con lo anterior, es importante comprender el derecho penal subjetivo, debido a que se cree que este debe centrarse, de manera imparcial, en desglosar las características de los delitos para determinarlos o calificarlos como tal y también debe velar y comprender, lo que corresponde a las características esenciales de quien comete una infracción para establecer una sanción acorde al hecho delictivo.

Los límites se interponen al *ius puniendi*, que se entiende como aquella potestad del Estado para castigar, mediante los sistemas represivos existentes en el derecho penal; este tipo de límites son propios de un Estado democrático, que parten de una serie de principios y que tienen la obligación de estar concatenados, pues tienen la finalidad de limitar el carácter normativo; en este sentido, fue importante conceptualizar el principio de proporcionalidad.

Por otro lado, fue importante entrelazarse entre el idealismo de los límites constitucionales de acuerdo con Terradillos (2021), quien expresó que el orden constitucional consagra, en efecto, una serie de principios que actúan como límites externos del *ius puniendi*, es decir, que quien limita la aplicación de la facultad sancionadora del Estado son los principios, dado que bajo estos se rige el sistema. Aunque, en la parte teórica esto suena de maravilla, fue necesario analizar si, en la vida real, se aplica dicha conceptualización.

Ahora bien, es importante comprender que el principio de proporcionalidad tiene una principal característica, que se enfoca en solicitar que exista un marco exigente, punitivo y coherente, a través de un sistema de penas y medidas de

seguridad, para garantizar la seguridad de un Estado, con la finalidad de que la sociedad sea consciente y que, por ende, haya un respeto a la constitucionalidad del país, sin evadir los límites del Estado.

El principio de proporcionalidad debe ser aplicado por parte del Estado, en la limitación que comprende el *ius puniendi* y esto debe ir de la mano de la seguridad jurídica, por lo que este principio debe estar concatenado con un estado integral y armónico del sistema de penas y de las medidas de seguridad, para tener un sistema penal exitoso. Ahora bien, también es relevante tomar en cuenta la conceptualización de la hermenéutica que, según Dueñas (2004), es la teoría científica del arte de interpretar los diferentes elementos o textos, por lo que esta, aún no se le ha logrado definir como una ciencia, un arte o un método.

Por otra parte, fue necesario realizar una correcta interpretación de este principio de proporcionalidad, para que no se genere una vulneración de derechos constitucionales. En ese sentido, fue importante tener en cuenta el proceso completo y las conductas al violentar un derecho, por lo que, debe haber, una interpretación jurídica del principio, dado que debe buscar el sentido razonable de la disposición y la funcionalidad dentro del ordenamiento jurídico, puesto que se tiene como objetivo la prudencia, la justicia y la equidad, para aplicar en un caso en concreto.

En inicio, este principio se elaboró por parte del Tribunal Constitucional Alemán, a través del juez Robert Alexy, pues se trataba de resolver casos que involucraran la aplicación de normas y, a su vez, el respeto por los derechos fundamentales; por ello, a través de la conceptualización se quería evitar vulneraciones a los derechos constitucionales, aunque era difícil lograr establecer una equiparación entre ambos parámetros de juzgamiento. De acuerdo con Robert Alexy (como se citó en Caminos, 2014), el principio de proporcionalidad es el “procedimiento correcto, en términos conceptuales y normativos, que un tribunal debe utilizar para interpretar y aplicar las normas sobre derechos fundamentales contenidos en una constitución” (p. 54).

La conceptualización brindada por este autor, quien fue el creador de este planteamiento, permitió la correcta aplicación del principio y su posible aplicación en otros países, al tomar como ejemplo, el requisito de carácter obligatorio para

cada uno de los tribunales para la aplicación de normas, en relación con los derechos constitucionales que hayan sido vulnerados al momento de un proceso penal. De acuerdo con algunos autores, este principio se puede entender como aquella regla que establece una relación entre el acto perpetrado y la sanción requerida, que se impone para evitar y controlar a que la conducta no vuelva a repetirse, pero implica que esta sanción se imponga, de manera equilibrada, con el hecho o acto que haya sido cometido.

Algunos autores dividieron el principio en otros tres, que deben velar y encontrarse al momento de aplicarlo, para que no se llegue a cometer algún tipo de vulneración a los derechos constitucionales y estos fueron: la necesidad, la idoneidad y la ponderación en sentido estricto. Estos hacen referencia a la autorización óptima de posibilidades fácticas y jurídicas, por lo que el principio de proporcionalidad se refiere a la optimización de las posibilidades jurídicas y según, Alexy, como se citó en Caminos (2014), es equivalente a la ponderación hecha al aplicar la ley de colisión, por lo que deben primar los tres subprincipios, con el objetivo de que sea un medio adecuado para promover la satisfacción de este.

De esa forma, debe haber una conexión entre los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad, dado que los derechos tienen vinculados la finalidad de cada principio y, para ello, se requiere la utilización de los subprincipios. Lo anterior, sabiendo que, a través de la ponderación de los derechos reconocidos dentro de la normativa jurídica, se puede aplicar, de una manera correcta, la finalidad del principio de proporcionalidad y llegar a un proceso correcto, al evitar cualquier tipo de arbitrariedad. Si bien se dice que el principio de proporcionalidad tiene que cumplir con estos tres subprincipios; sin embargo, para que estos no sean violentados y tengan la garantía del correcto cumplimiento, fue necesario definirlos de la siguiente manera:

En principio de necesidad se entiende como aquella intervención que debe ser la más certera con el derecho que se está interviniendo; al hablar del principio de ponderación, este se enfoca en la intervención del derecho en relación con la acción, es decir, en analizar lo que corresponde a las ventajas y desventajas del titular del derecho y, finalmente, cuando se habla de un principio de idoneidad,

implica toda intervención de derechos fundamentales, que tiene que realizarse con un fin constitucional.

El principio de proporcionalidad se entiende como aquel principio jurídico a través del cual las penas se aplican a cada uno de los delitos que se encuentran establecidos dentro de la normativa jurídica; estas deben ser necesarias y proporcionales a la gravedad del acto cometido, por lo que intrínsecamente, el objetivo del principio es establecer una pena proporcional al hecho perpetrado. De acuerdo con la Constitución de la República, en su artículo 76, numeral 6, se “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, artículo 76), que incluirá las garantías básicas establecidas dentro del numeral 6. Además, se dijo que la ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas y de otra naturaleza (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

En este sentido, según la Constitución, debe existir una relación entre lo que se comprende por el hecho o el acto y la sanción aplicada, es decir, debe existir una proporcionalidad que permita adecuar una correcta pena. Según la RAE (s.f.), fecha el principio de proporcionalidad se entiende como “el principio que limita el ejercicio de las competencias del Estado en virtud del cual, las penas han de ser necesarias y proporcionadas a la gravedad del delito cometido” (párr. 1).

En este orden de ideas, el principio de proporcionalidad sirve, estrictamente, para evitar una arbitrariedad al momento de sancionar una conducta que se encuentre tipificada dentro del Código Orgánico Integral Penal; de ese modo, la funcionalidad de este principio es de carácter primordial al sancionar, debido a que se evitan penas exageradas, pues, como su nombre mismo lo dice, se debe vigilar por una proporción justa y equiparada de cada una de las acciones que se hayan perpetrado al momento de ejecutar cualquier tipo de acción.

A su vez, se puede decir que este se encuentra en la determinación de la normativa, como una especie de imposición y una limitación al momento de aplicar sanciones a determinadas conductas delictivas, es decir, este tiene la

finalidad de observar la idoneidad y la necesidad a través de una justa y equiparada aplicación de penas en estricta relación con los hechos. Según Jaime Cárdenas, “El principio de proporcionalidad es una estructura argumentativa que nos permite interpretar principios constitucionales y aportar soluciones jurídicas cuando diversos derechos fundamentales están en colisión”.

En este sentido, en realidad, la idea del principio de proporcionalidad es la de interpretar una solución jurídica idónea, de acuerdo con los hechos que se llegan a traer a colación dentro de una investigación o al iniciar un proceso, para que evitar cualquier tipo de arbitrariedad por parte de los juzgadores. Cabe destacar que Mir (2003) aseveró que el principio de proporcionalidad surgió de las medidas de seguridad de acuerdo con una especie de relación que, al estar en contradicción con el principio de culpabilidad, surge la idea y necesaria remisión de una proporción en la pena.

En este orden de ideas, las medidas de seguridad dictadas por parte del Estado en la vida real resultan un medio desproporcional en relación con su utilidad, por lo que la idea de la aplicación del principio de proporcionalidad surge de este razonamiento que, en realidad, es bastante necesario para limitar las medidas de seguridad, para regular las penas y para evitar cualquier tipo de arbitrariedad.

De acuerdo Mir (2003), existe una especie de contradicción sobre el principio de culpabilidad y el principio de proporcionalidad, puesto que, en primer lugar, se debe considerar y evitar cualquier tipo de sentimentalismo al sancionar y aplicar las penas, porque no se puede ignorar la responsabilidad penal, es decir, no se pueden ocultar los hechos y no sancionar actos delictivos porque esto provocaría un Estado descontrolado; sin embargo, no se puede llegar a ignorar tampoco que, a pesar de que el Ecuador es un Estado social, democrático y garantista, aplicar cualquier tipo de pena, e incluso, no llegar a analizar a profundidad el ámbito penal, debido a que, en todos los delitos existen agravantes y atenuantes, sería vulnerar los derechos, pues si bien siempre debe haber una pena para los delitos, esta debe establecerse a través de una balanza para evitar cualquier tipo de vulneración.

## 2.2 Finalidad del Principio de Proporcionalidad

El objeto del principio de proporcionalidad se fija, de forma directa, en un elemento que comprende la intervención penal, desde el momento en que trata de satisfacer el interés de la sociedad, de imponer una medida de carácter penal, necesaria y suficiente, para la represión y para la prevención de los comportamientos delictivos. Entre tanto, se halla el interés del individuo de que haya una garantía consistente, de que el implicado no sufrirá un castigo que exceda el límite del mal causado; en otros términos, esto se relaciona con la minimización de la violencia en el ejercicio del *ius puniendi*. Así, la justa medida de la pena se configura como un principio rector de todo el sistema penal.

En segundo lugar, es necesario comprender que las razones de la importancia del principio de proporcionalidad se basan, principalmente, en el entendimiento de los derechos establecidos dentro de la Constitución, es decir, a través de estas se establecen los principios y se garantiza el correcto cumplimiento de las garantías que, en variadas ocasiones, pueden llegar a entrar en colisión. Por lo tanto, esta obliga a crear métodos jurídicos de interpretación, para que estos permitan situarse en situaciones concretas estos concilien y se armonicen, dado que, en estos parámetros se enfoca la finalidad o el objetivo del principio de proporcionalidad.

La razón de enfocarse solo en el principio de proporcionalidad es porque el objetivo de este pretende llegar a alcanzar una racionalidad para determinar un mejor fin, cuando hay una colisión entre derechos, es decir, no llega aspirar a dar una sola respuesta, sino que se pretende entablar varios caminos que permitan dar respuestas correctas y justificadas para la deliberación jurídica. Lo anterior indica que, con este, se pretenden poner todas las salidas en una especie de balanza, para tomar la decisión más adecuada y establecer una pena o una medida de seguridad, para resarcir los daños ocasionados.

Ahora bien, también es importante considerar que el principio de proporcionalidad cumple la función de alcanzar un punto de razonabilidad y equiparar el hecho y la sanción, pero, también pretende estructurar el procedimiento interpretativo para una determinación del contenido de los derechos fundamentales, que resulta vinculante para el legislador al crear

normativas que van a regular a la sociedad. Es importante comprender la concepción del principio de proporcionalidad, que es entendido como aquella derivación del principio de necesidad de la pena, debido a que esta tiene que llegar a ser proporcional a la gravedad del hecho cometido por el infractor.

El principio de proporcionalidad establece una especie de ponderación de los bienes jurídicos constitucionales, pues la proporcionalidad, de alguna u otra manera, exhibe una naturaleza indeterminada, es decir, que la interpretación jurídica depende de la materia que se esté tratando específicamente. Por otro lado, a través del principio de proporcionalidad, se ven reflejadas las características del delito, de tal modo que la responsabilidad de los particulares requiere de un daño muy grave a los bienes jurídicos protegidos y no solo una intensión que se juzga de manera dañosa, o sea, que solo la protección de bienes jurídicos realmente amenazados justifica la restricción de otros derechos y libertades, cuya protección ordena la Constitución.

Ahora bien, con la introducción sobre lo que corresponde a la finalidad del principio de proporcionalidad, se puede entender que, la aplicación de una pena se consagra de acuerdo con el grado de culpabilidad de la persona procesada, por lo que el principio de proporcionalidad es individual y el castigo impuesto debe generar una especie de simetría en el comportamiento del sujeto a quien se le imputa.

Por ello, la sentencia debe incluir una motivación completa y suficiente y la regulación de la pena respectiva, en caso de que se hubiera declarado la culpabilidad del procesado; además, en su parte pertinente, se señala que la sentencia que declare la culpabilidad de una persona determinará con precisión, el delito por el cual se condena y la pena que se impone; de igual manera, todo de forma proporcional, para velar el objetivo y evitar cualquier tipo de vulneración.

En definitiva, el principio de proporcionalidad es una herramienta de equilibrio entre las facultades de investigación y persecución de los órganos del sistema penal y los derechos constitucionales de los intervinientes en el sistema. Lo anterior implica, a través de este, se pretende mantener un equilibrio, con el propósito de que ambas partes estén en igualdad de condiciones, con el objetivo

de mantener un equilibrio justo entre los dos, es decir, entre el hecho y el procesado.

Sin embargo, es claro destacar la potestad del Estado de castigar y, a su vez, los derechos de las personas, porque todo ser humano que comete un hecho punible tiene derecho a ser tratado con respeto, debido a su dignidad inherente; es decir, que no por tener una sentencia con un resultado de culpabilidad, debe ser tachado por la sociedad, tomando en cuenta que la finalidad de una sentencia es que, a través del sistema penitenciario, la persona culpable tenga la capacidad de resarcir los hechos cometidos.

En tal sentido, la aplicación del principio de proporcionalidad consiste, básicamente, en la materialización de normas con estructura de principios que contienen derechos fundamentales, que se encuentran dentro de una misma discusión y de las que se discrepa, a tal punto de no hallar solución alguna; en este sentido, entra a prueba la finalidad del principio de proporcionalidad, al establecer una especie de reconceptualización de los derechos fundamentales y equiparar las situaciones para llegar a tomar decisiones válidas.

En realidad, el objetivo del principio de proporcionalidad es controlar y limitar la injerencia del Estado y evitar la vulneración de los derechos fundamentales de los ciudadanos; es decir, de alguna u otra manera, se debe aplicar el examen del principio, dado que cada una de las medidas restrictivas de derechos fundamentales debe pasar por la prueba para saber si violenta el principio. Por tanto, este debería velar por una relación de medio-fin, que debe ser idónea, legítima, útil y, sobre todo, práctica, para alcanzar la finalidad, es decir, la satisfacción de todos los derechos, en relación con la protección de estos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), mediante la Convención Americana de Derechos Humanos (1978), indicó que el principio de proporcionalidad es trascendental en un entorno social, pues si se vulnera algún bien jurídico podrá haber una sanción, de acuerdo con las legislaciones penales vigentes y teniendo en cuenta el orden jerárquico de las normas constitucionales, al igual que el tipo de infracción cometido y el riesgo o peligro para la víctima. En este sentido, a través de lo que manifestó la CIDH, se aclaró el panorama y se

pudo indicar que la ley cumple un propósito útil y oportuno en relación con las condiciones, tomando en cuenta que estas deben ser proporcionales, de acuerdo con un orden jerárquico y con los hechos ocasionados.

En consecuencia, se puede indicar que al principio de proporcionalidad le corresponde, de forma directa, las decisiones del operador de justicia, que se basa en los procesos judiciales; sin embargo, la labor del juzgador es establecer y determinar la pena correspondiente con base en la conducta tipificada como delito y elegir la sanción oportuna, de acuerdo con la gravedad del hecho sancionado, teniendo en cuenta los criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

### **2.2.1 La Proporcionalidad en las Penas**

En primer lugar, es importante especificar la individualización judicial de una pena, que consiste en el proceso mediante el cual el juzgador fija una sanción y una medida de esta, con respecto a la persona que ha intervenido dentro de un hecho antijurídico ya sea que haya participado como autor, cómplice alguien más; en este sentido, este acto se definió de la siguiente manera:

Aquel en virtud del cual se constata el concreto contenido de injusto, culpabilidad y punibilidad de un determinado hecho, traduciéndolo en una determinada medida de pena. Es clave destacar que en la Constitución de la República del Ecuador se hace referencia a los principios constitucionales, los que son considerados por Alexy. (Ordóñez y Escudero, 2013, p. 245)

En cuanto a las normas jurídicas, estas se encuentran en la esfera del deber y pueden construirse al recurrir a formulaciones que prohíben o permiten y se consideran como mandatos de optimización, es decir, que deben realizarse en el mayor modo posible. Lo anterior indica que la proporcionalidad es un concepto racional, cuya aplicación busca poner dos magnitudes en relación de equilibrio entre distintos conceptos, como, por ejemplo, supuesto de hecho y consecuencia jurídica, afectación y defensa, ataque y reacción; este principio no solo busca que la medida tenga un fundamento legal, sino que sea aplicada de

tal manera, que los intereses jurídicos de otras personas no se vean afectados (García, 2011).

De acuerdo con lo indicado por García (2011), el principio de proporcionalidad tiene como finalidad establecer un hecho y una consecuencia y, a su vez, a través de este, se pretende evitar una mayor vulneración para cualquiera de las dos partes. Por tanto, es importante saber que hay una diferencia en la conceptualización, puesto que, para algunos autores, la medida de seguridad se relaciona con el principio de peligrosidad criminal, es decir, de alguna u otra manera, la pena es aquella reacción contra el delito que se establece con la finalidad de crear un límite en el accionar.

En este sentido, fue necesario citar a uno de los más grandes autores del derecho penal, es decir, Zaffaroni (2000), quien manifestó que “no puede perseguir otro objetivo que no sea el que persigue la ley y el derecho penales en general, por lo que la pena debe proveer a la seguridad jurídica, por su objetivo debe ser la prevención de futuras conductas delictivas” (p. 1).

Para emprender este tercer apartado, fue necesario manifestar que es difícil manejar una conceptualización de proporcionalidad, porque este término genera ambigüedad y dificultad al momento de interpretarlo. En realidad, este concepto de proporcionalidad de las penas es el resultado de un producto que ha venido evolucionando históricamente y que ha tenido como finalidad limitar el *ius puniendi*, es decir, la facultad que tiene el Estado para sancionar conductas contrarias al ordenamiento jurídico.

El principio de proporcionalidad también se ha determinado como prohibición de exceso, razonabilidad o racionalidad, proporcionalidad de medios, proporcionalidad del sacrificio o proporcionalidad de la injerencia. En adición, este tiene su razón de ser en los derechos fundamentales, cuya dogmática lo considera como el límite de límites, con el que se pretende contribuir a preservar la proporcionalidad de las leyes, al ligarlo con el principio de Estado de derecho y, por ende, con el valor de la justicia. En este sentido, se puede decir que el principio de proporcionalidad caracteriza la idea de justicia en el marco de un Estado de derecho.

En realidad, la única finalidad, es decir el objetivo de la aplicación de este principio, es regular el establecimiento y la aplicación de las sanciones a determinadas conductas, al exigir una intervención mínima por parte del Estado, para garantizar el cumplimiento de los derechos que se encuentran reconocidos dentro de la Constitución.

En cuanto a la proporcionalidad de la pena dentro del ámbito del derecho penal, este es un proceso que establece una pena que está conectada al delito; sin embargo, esta puede llegar a alterarse por la presencia de un sin número de factores que podrían ser agravantes o atenuantes; es decir, de esto depende la aplicación de las diversas etapas de desarrollo o del grado de ejecución, así como el grado de participación para establecer los efectos de la responsabilidad penal.

De esta manera, se puede decir que, después de realizar este proceso mencionado, solo le corresponde al juez determinar la medida exacta y definitiva de la pena que debe imponerse a la persona que está siendo procesada, al valorar cada uno de los parámetros analizados, a través del hecho que se investiga. De la misma forma, el trabajo del juez se centra en el margen de discrecionalidad, que puede llegar a variar dependiendo de las posibilidades de una pluralidad de penas que están disponibles para imponerse.

Dentro de los límites de cada grado, el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito. (van Weezel, 2001, p. 401)

Cabe destacar que, a través de esta conceptualización y al analizar la función que tiene el juzgador para establecer una pena o sanción de acuerdo con un hecho en concreto, se pudo entender que el principio de proporcionalidad está inmerso dentro de este tipo de procesos, debido a que genera una equiparación entre las medidas sancionatorias en relación con los hechos que se analizan para aplicarla. De esta forma, el juez tiene la facultad de determinar la pena adecuada y exacta, teniendo en consideración que se debe analizar la responsabilidad criminal y la gravedad de los hechos, para clasificarlos dentro

del delito correspondiente. Por otro lado, resulta necesario mencionar lo que sostuvo Garrido (1997), quien se enfocó en lo siguiente:

Los límites operativos en el proceso de individualización en dicho espacio de discrecionalidad relativa estarían dados por el respeto a los principios jurídicos que la orientan y los fines que esta persigue, como prevención general, especial, merecimiento y necesidad de la pena. (p. 1)

Lo que manifestó el autor fue una especie de juicio de valoración, que necesariamente debe incluirse dentro del marco de la culpabilidad de un determinado sujeto, de acuerdo con otros dos aspectos, que se basan en el hecho y en las condiciones para evaluar la pena adecuada y proporcional. Igualmente, es importante recalcar que el principio de proporcionalidad en relación con la aplicación de la sanción debe establecer una valoración entre el hecho y la sanción, constituyendo límites para los juzgadores con la finalidad de evadir lesiones futuras en relación con los derechos fundamentales. Por tanto, el principio de proporcionalidad busca el equilibrio entre la pena y la gravedad del delito, al proteger el bien jurídico.

En este sentido, el principio de proporcionalidad y la razonabilidad de las penas tratan de responder a los derechos de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, que se encuentran consagrados dentro de la Constitución.

En materia penal, la potestad legislativa de tipificación está sometida al control constitucional de las medidas, según la aptitud para la protección de un bien jurídico tutelado, la necesidad de esa protección específica en contraste con otros medios preventivos igualmente idóneos y menos restrictivos de la libertad. (Siguenza y Siguenza, 2012 citado en Valdez, 2018, p. 63)

La facultad que tiene el poder punitivo de un Estado es el uso proporcional dentro de un marco de derechos y libertades constitucionales, que tiene la finalidad de garantizar la vigencia de un orden social justo, fundado en la dignidad y solidaridad humana. Por lo tanto, en relación con las penas, el principio de proporcionalidad tiene como finalidad la ponderación de bienes jurídicos constitucionales.

En otro aspecto, es necesario recalcar que el principio de proporcionalidad de las sanciones penales tiene que ver con su graduación adecuada a la gravedad del delito y a la culpabilidad de su autor. Estos dos aspectos deben tenerlos muy en cuenta el juez al momento de imponer la sanción penal, pero, en todo caso, solo puede hacer una aplicación limitada de dicho principio, por virtud de que el legislador ha graduado las penas correspondientes a las conductas descritas como criminales, mediante tipificación legal. (Siguenza y Siguenza, 2012 citado en Valdez, 2018, p. 64)

Por tanto, es posible entender que, en realidad, la finalidad del principio de proporcionalidad no contiene mayor ciencia para un entendimiento claro y preciso de esta, por lo que es importante considerar, al momento de establecer una pena, que este es un cargo muy importante que tienen los juzgadores, debido a que de ellos depende velar por la protección de los derechos de las víctimas y de los procesados.

### **Capítulo III. Identificar la posible vulneración del principio de proporcionalidad en cuanto a las agravantes específicas del tipo penal Femicidio**

#### **3.1 El Delito de Femicidio y las Agravantes Específicas con la Relación de Poder**

La violencia de género es un problema global que azota a la sociedad en su conjunto, por ello, los Estados optan por apadrinar medidas encaminadas a la protección de los derechos de las mujeres a través de tratados internacionales y de conformidad con las obligaciones mencionadas, sancionando situaciones que no deberían quedar impunes, así, el femicidio es una de ellas.

En Ecuador, con la entrada en vigor de la reforma del Código Orgánico Integral Penal, se encuentra tipificado el delito, es decir, crearon el castigo para quienes asesinan a mujeres por razón de su género o condición. Es importante entender el concepto de femicidio y lo que lo constituye, además de determinar sus características como los antecedentes más comunes de este delito, los que pueden servir de punto de partida para posibles soluciones, así, aunque no erradicarán el crimen, permitirán reducir sus compromisos a través de un mecanismo precautorio.

Para iniciar, es preciso manifestar que el femicidio se ha convertido en un problema social que se ha vuelto latente y ha provocado afectaciones en todo el mundo, pero con mayor incidencia en América Latina, por ende, Ecuador ha sido uno de los países que ha generado mayor preocupación, pues las muertes por motivo de género se han duplicado en relación con los años anteriores.

El Ecuador incorporó el femicidio como delito en la normativa, con la aprobación del Código Orgánico Integral Penal; reconociendo la muerte violenta de mujeres causadas por el hecho de serlo o por su condición de género, como un problema social y público, asociado a las relaciones asimétricas de poder entre hombres y mujeres. (Luna, 2020, p. 5)

Con la inclusión del tipo penal “femicidio” dentro del Código Orgánico Integral Penal, se pretendía amenorar los crímenes en contra de las mujeres, sobre todo, buscar proteger la integridad y la vida de las mujeres para que, de

ninguna manera, sus derechos sean transgredidos en ningún sentido. Sin embargo, crear un tipo penal de una manera apresurada ha presentado un sinnúmero de falencias que han provocado confusión entre los sujetos procesales y aquellos que se encargan de la administración de justicia, así, al menos dos de cada cinco procesos tienen que cambiar de tipo penal de femicidio a asesinato o viceversa para su posterior juzgamiento.

De este modo, a lo largo del desarrollo de la presente investigación, se ha determinado que varios autores afirman que el tipo penal femicidio tiene un carácter demasiado amplio, lo que genera vulneración de derechos, incluso, llegan a manifestar que no era necesaria la tipificación del delito de femicidio y, peor aún, establecer las circunstancias agravantes específicas para el mencionado delito, debido a que las circunstancias descritas dentro del tipo penal son similares o se pueden llegar a utilizar con base en otro tipo de infracciones que atentan contra la vida, como podría tratarse del asesinato, entonces, se haría referencia a un tipo de asesinato agravado en relación con la condición de mujer.

Sin embargo, la Convención Interamericana para Prevenir, Erradicar y Sancionar la Violencia en Contra de la Mujer, también conocida como la Convención de Belén de Para, define la violencia contra la mujer de la siguiente manera:

**Artículo 1.** Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.

**Artículo 7.** Los Estados partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y llevar a cabo lo siguiente: (...) c) Incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso. (Organización de los Estados Americanos, 1994, pp. 1-2)

Cabe destacar que Ecuador es uno de los países que forma parte de la convención, por ende, está en la completa obligación de tomar medidas necesarias para proteger y garantizar los derechos de este grupo vulnerable que son las mujeres; es primordial mencionar que los países han desarrollado el tipo penal a mejor conveniencia de cada uno, así, en algunos casos se han acoplado y aumentado no como un tipo penal independiente, sino como una circunstancia agravante de asesinato, homicidio, e incluso, parricidio.

Ante todo, con base en el precepto del idealismo constitucional que el Estado ecuatoriano se caracteriza, este está en la obligación de garantizar a todos los ciudadanos el derecho a la vida, una vida sin violencia, así como precautelar la integridad personal, el derecho a la igualdad y no discriminación por ninguna circunstancia. En el 2014, el legislador tomó la decisión de incorporar el tipo penal femicidio, debido a que las muertes violentas de mujeres iban en aumento, así, la finalidad de este cambio jurídico-penal fue pretender precautelar la integridad de la mujer, así como proteger el bien jurídico que, en este caso, sería la vida de la mujer, diferenciándolo de otras figuras penales.

Por ello, básicamente, este tipo penal es nuevo y existe un sinnúmero de falencias que provocan colisión y confusión entre los derechos del procesado y en relación con las penas que se deben aplicar, sabiendo que este tipo penal pretende realizar una distinción de las muertes que se llegan a provocar solo por razones de género en relación con otro tipo de muertes violentas, para buscar una especie de proporcionalidad entre los hechos cometidos y las penas que deben ser aplicadas acorde. Así, el femicidio se incluyó en el catálogo de delitos del nuevo Código Penal para que el Estado proteja el derecho a la vida de las mujeres, tipificándolo en el Artículo 141:

**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. (Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos de Ecuador, 2014, p. 169)

De modo accesorio, el Estado ecuatoriano no abastecido con la creación e implementación del tipo penal femicidio decidió establecer agravantes propias y

especializadas para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones internacionales, lo que especifica de la siguiente manera:

**Artículo 142.- Circunstancias agravantes del femicidio** - Cuando concurren una o más de las siguientes circunstancias se impondrá el máximo de la pena prevista en el artículo anterior:

1. Haber pretendido establecer o restablecer una relación de pareja o de intimidad con la víctima.
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.
3. Si el delito se comete en presencia de hijas, hijos o cualquier otro familiar de la víctima.
4. El cuerpo de la víctima sea expuesto o arrojado en un lugar público. (Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos de Ecuador, 2014, p. 169)

La razón de traer a colación los artículos que especifican al tipo penal femicidio en cuanto a su conceptualización, así como las agravantes específicas del mismo, es en objeto de analizar ciertos factores primordiales: las relaciones de poder manifestadas en cualquier tipo de violencia, la condición de mujer y la condición de género. Para el desarrollo de un mejor análisis, es conveniente conceptualizar lo que se comprende por relaciones de poder y la violencia de género, por lo tanto, para determinar cómo clasificar a este tipo de vínculo entre lo que corresponde con poder y violencia, se debe tener una idea clara del significado de cada una de ellas.

La violencia puede ser ejercida por una persona sobre otras de modo material o moral; en el primer caso, la expresión equivale a fuerza, y en el segundo, a intimidación. Y con respecto al primero, el empleo de la violencia es lo que configura o califica determinados delitos (homicidio, robo, violación, quebrantamiento de condena, evasión, allanamientos de

morada), temas considerados en las voces respectivas. (Ossorio, s.f., p. 993)

De este modo, la violencia abarca muchos ideales, así, se puede llegar a interpretar como aquel acto en el que se ejecuta todo tipo de violencia, pero se encuentra arraigado a la idea de que la persona que ejerce esta acción lo que tiene por finalidad es imponer poder, demostrar quién es la autoridad sobre un sujeto que se puede llegar a encontrar en indefensión.

Es necesario recalcar que la relación de poder que especifica el tipo penal es emotivamente y una de las principales características para que se encasille dentro del mismo es que se puede llegar a entender como una especie de construcción psicológica y social que se escapa de las manos del rol que desempeña la mujer dentro de la sociedad. Lo más importante es entender que la norma legal trata de ser explicada a través del método axiológico, el que se entiende por tratar de interpretar, de manera literaria o textual, un escrito, asimismo, consideran necesario utilizar el método histórico de interpretación, es decir, no revisar únicamente lo que se encuentra plasmado en el texto, sino investigar más a fondo lo que el legislador pretendía al momento de establecer la norma como tal, por lo que esta confusión ha generado un vacío legal en cuanto a los parámetros de aplicación de los administradores de justicia, dado que no se ha podido llegar a determinar con seguridad lo que corresponde con esta característica primordial de la relación de poder. Con una pequeña introducción sobre la conceptualización de la relación de poder dentro de una relación afectiva para un mayor entendimiento y análisis de esta posible relación entre el delito de femicidio y el principio de proporcionalidad, se comprende porque viene del latinismo *possum* que significa la capacidad de un individuo para imponer su propia voluntad sobre los demás (Valencia, 2017).

A partir de los conceptos respecto con el femicidio y las relaciones de poder, circunstancia que tiene la obligatoriedad de encontrarse presente al momento de pretender sancionar un hecho como femicidio, se entiende que todo parte de actos de violencia extrema provocados por el hombre, lo que da como resultado la muerte de una mujer, todo ello a causa de la aplicación de relaciones de poder impuestas por parte del Estado.

Por ello, es fundamental recalcar que no toda muerte a una mujer puede ser considerada como femicidio, así, la doctrina y la ley exigen requisitos que configuren el tipo penal, de lo que se destacan los dos puntos primordiales: el primero es la muerte a la mujer por el hecho de serlo, es decir, un tipo de odio al género femenino, y el otro punto es el poder de superioridad que se manifiesta en violencia extrema que es lo que causa el primer punto, es decir, la muerte (Campozano y Zapata, 2018).

En consecuencia, es necesario analizar lo que se comprende dentro del primer apartado que es dar muerte a una mujer por el hecho de serlo, aquí entra directamente el tema de condición de género, el patriarcado, la misoginia y entre otros, los que se enfocan en establecer una desigualdad entre hombres y mujeres, considerando que el género más fuerte siempre será el masculino, por tal motivo, se genera un odio hacia la mujer por su condición.

Por ello, es relevante destacar lo que manifiesta la Convención de Belem do Para de 1994 que señala que la violencia contra la mujer es entendida como una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres, “constituye no solo una violación de los derechos humanos y libertades fundamentales sino también una ofensa a la dignidad humana, implicando una limitación del goce y ejercicio de tales derechos y libertades” (Organización de los Estados Americanos, 1994, p. 1).

En consecuencia, se comprende que la violencia contra la mujer se puede llegar a entender como cualquier tipo de conducta que se manifieste a través de una relación de poder, debido al desequilibrio histórico de la funcionalidad entre hombres y mujeres.

Así, la violencia contra la mujer “radica esencialmente en el desprecio hacia la mujer por el hecho de serlo, en considerarla carente de derechos, en rebajarla a la condición de objeto susceptible de ser utilizado por cualquiera” (Buompadre, s.f., p. 8).

En tal marco, se alude a la relación de poder, requisito por el que existe una colisión al momento de sancionar, por ello, se resaltan autores como Max Weber y Michel Foucault, padres de la interpretación del estudio sobre el poder, los que manifiestan que el poder no se posee, sino que se ejerce sobre una

determinada persona, por ello, el poder es una relación donde todos pueden ejercer y padecer, es decir, habrá circunstancias en las que se podrá ejercer el poder, pero así también se puede padecer.

Como se llegó a determinar, el poder es una especie de relación que se puede llegar a vincular entre individuos, es el resultado de la convivencia entre hombres y mujeres, niños y niñas, por lo que, de manera tradicional, los hombres siempre han ejercido una especie de dominación hacia las mujeres en diferentes ámbitos, tales como social, familiar, político, cultural, religioso, entre otros. Estas relaciones son una expresión del androcentrismo enmarcado dentro del patriarcado, así, el androcentrismo sitúa la mirada masculina en el centro del universo, como medida de todas las cosas y representación global de la humanidad, ocultando otras realidades, entre ellas, la de la mujer (Campos, 2005) citado por (Valencia, 2017).

En consecuencia, se manifiesta que el poder puede darse debido a las prácticas socioculturales, pues, a lo largo de la historia, estas conductas machistas se han naturalizado de tal forma que se cree que cualquier tipo de actos violentos por parte del género masculino son correctos y deben ser permitidos y no divulgados, por lo tanto, es importante enfocarse en la definición de cada uno de los tipos de poder que pueden presentarse:

**Poder físico:** la definición de físico según la Real Academia Española (2022) es “pertenciente o relativo a la constitución y naturaleza corpórea” (párr. 3). El poder físico puede llegar a presentarse a través de conductas físicas hacia un sujeto pasivo a quien se le llega a denominar víctima, debido a que aprovecha el grado de inferioridad para generar cualquier tipo de maltrato hacia la misma.

Así, este tipo de poder es el que se ve involucrado directamente dentro del tipo penal del femicidio, al producir el deceso de la víctima; es necesario recalcar que estas conductas no se reflejan únicamente al momento del cometimiento del delito, sino que pueden llegar a presentarse con anterioridad (Valencia, 2017).

**Poder psicológico:** para adentrarse a este tipo de poder es necesario recalcar que se ve reflejado, en mayor proporción, en parejas, expareja y

familia, se trata de cuando se humille, denigre y controle cualquier tipo de acciones de la víctima (Hernández, 2022).

Debido a la conceptualización anterior, este tipo de poder está involucrado directamente dentro del tipo penal del femicidio, porque se presenta como un tipo de violencia, y las mujeres que sufren este tipo de conductas empiezan a normalizar estos agravios verbales en su contra (Hernández, 2022).

**Poder sexual:** se entiende como aquella diferenciación entre los roles de género y que, de alguna u otra manera, violenta la dignidad humana ejerciendo todo tipo de presiones físicas o psíquicas para obtener una relación sexual (Hernández, 2022).

Por lo anterior, como se ha podido evidenciar, todos los tipos de poder que se pueden llegar a presentar generan violencia y opresión hacia el género femenino, por ende, la problemática va más allá de todo tipo de control por parte del Estado, puesto que, en realidad, los mecanismos de protección hacia las víctimas de violencia no han dado ningún fruto, en razón de que las conductas manifestadas a través de cualquier tipo de poder se naturalizaron, así, en lugar de disminuir, solo han ido en aumento.

Ahora bien, una vez analizado lo que se comprende por el poder y las circunstancias que se presentan dentro del tipo penal de femicidio, se entiende que debe cumplir con este tipo de requisitos para establecer en qué grado se encuentra la responsabilidad penal, de acuerdo con todos los parámetros que se puedan determinar.

### **3.2 Circunstancias Modificadoras del Delito**

A su turno, sostienen los teóricos del Derecho Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, que las circunstancias que modifican la responsabilidad penal son “situaciones que rodean a la realización del hecho o que suponen especiales condiciones del autor, determinando la modulación de la pena aplicable. Por tanto, su toma en consideración exige, obviamente, la previa comprobación de la existencia del delito con

todos sus elementos. (Muñoz y García, 2007 citados en Rojas, 2016, p. 10)

Así pues, cuando se alude a las circunstancias modificatorias, en cuanto a la teoría del delito, estas no afectan, de manera directa, al delito como tal, sino que pretenden aumentar o disminuir la gravedad del mismo, por lo que de aquí depende la funcionalidad del principio de proporcionalidad, porque está completamente ligado con este.

Por consiguiente, los mecanismos de aplicación en cuanto a los agravantes y atenuantes se encuentran establecidos dentro del Artículo 44 del Código Orgánico Integral Penal, donde se manifiesta que no constituyen circunstancias atenuantes ni agravantes los elementos que integran la figura delictiva, porque estas circunstancias no modifican al tipo penal, sino únicamente modulan la pena.

Si existen al menos dos circunstancias atenuantes de la pena se impondrá el mínimo previsto dentro del tipo penal, el mismo que será reducido en un tercio, siempre que no existan agravantes no constitutivas o modificatorias de la infracción. Si existe al menos una circunstancia agravante no constitutivas o modificatorias de la infracción, se impondrá la pena máxima prevista en el tipo penal, aumentada en un tercio. (Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos de Ecuador, 2014, p. 42)

Por ello, cuando se alude a las circunstancias agravantes, se hace referencia las que van de la mano con la realización del comportamiento delictivo, provocando un aumento cuantitativo de la pena; el fundamento legal a este punto es que existe una mayor reprensión en la conducta penal, por lo que, a pesar de que existen agravantes de la infracción penal, el tipo penal femicidio cuenta con sus propias agravantes específicas.

Por el contenido de las agravantes específicas del tipo penal femicidio, las que se encuentran previstas en los numerales uno, dos y tres, se puede deducir que el legislador debió considerar la gravedad del delito como tal, por lo tanto, se ve en la necesidad de incrementar la pena cuando se comete en procura de establecer o restablecer en una relación de pareja o íntima, exista o haya existido

relaciones familiares, conyugales y otras, como especifican dentro del mismo artículo, así como cuando se comete en presencia de los hijos o un familiar. La consecuencia jurídica de encontrar una o más agravantes consiste en la imposición del máximo de la pena prevista para el delito de femicidio, esto es, 26 años de privación de libertad.

Ahora bien, la problemática recae en que, dentro del Artículo 141, se establece que para considerarse como femicidio debe analizarse si existió, o no, una relación de poder, asimismo, se especifica dentro del numeral dos de las agravantes específicas del mismo tipo penal, por lo que genera una confusión y colisión entre estos dos artículos, por ende, agravaría la pena del procesado generando una posible vulneración de sus derechos.

Es primordial mencionar que cuando se encuentre con la presencia de una o más agravantes, el Tribunal que está llevando el proceso tendrá la obligación de imponer la pena máxima prevista en el tipo penal aumentada en un tercio, de acuerdo con la disposición del Artículo 44 del Código Orgánico Integral Penal, así como en concordancia con el Artículo 141 del Código Orgánico Integral Penal, con la pena máxima para el femicidio que es de 26 años de privación de libertad, existiendo agravantes generales de la infracción penal; esta pena se incrementa en un tercio, es decir, ocho años y seis meses, lo que resulta en una pena privativa de libertad de 34 años y seis meses.

### **3.3 Aplicabilidad del Principio de Proporcionalidad en el Delito de Femicidio**

El delito de femicidio se ha vuelto un problema social que ha incrementado las muertes violentas de mujeres, lo que se ha convertido en una presión mediática y política para el Estado ecuatoriano, donde se involucra el aspecto legal, debido a que los fiscales que llevan los diferentes casos tienen posturas estandarizadas y subjetivas en relación con lo que comprende el principio de proporcionalidad de la pena y el tipo de pena que se llega aplicar.

En cuanto a la conceptualización del principio de proporcionalidad, se entiende como la fijación cuantitativa del plazo razonable a las circunstancias de la pena, así, es interpretado jurídicamente con exigencias suficientes para su

aplicación. Es necesario incluir que el papel de los fiscales en general conlleva a que, en estos últimos años, los fiscales juegan un papel indispensable y peligroso al momento de pronunciar dictámenes acusatorios sobre el desarrollo de los procesos de hechos ilícitos, adquiriendo una postura mecanizada sin considerarse que es la vida humana del procesado a quien se le estaría solicitando una pena desproporcionada.

Ahora bien, dentro del ordenamiento jurídico, se establece que el principio de proporcionalidad es entendido como aquella pena que no puede llegar a sobrepasar la responsabilidad de los hechos que se están analizando; así lo establece la Constitución del Ecuador.

Artículo 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza. (Tribunal Supremo Electoral, 2008, p. 34)

Por esta razón, es primordial enforzarse en lo que comprende el principio de proporcionalidad establecido dentro de la Carta Magna, la que pretende garantizar los derechos de los ciudadanos convirtiéndose en una especie de equilibrio entre lo que comprende la potestad estatal y la ciudadanía, es decir, la finalidad de este es tratar de mantener una estabilidad entre el poder punitivo del Estado y los derechos de las personas, de tal forma que ambas partes se encuentren centradas dentro de una balanza que equipare los derechos de ambas partes en igualdad de condiciones.

Por consiguiente, es preciso analizar la correcta aplicación del principio de proporcionalidad por parte de las autoridades encargadas, las que son los administradores de justicia, con base en las investigaciones y en relación con el tipo penal femicidio, debido a que la funcionalidad de este principio es tutelar los derechos. El principio de proporcionalidad se conceptualiza como el principio de ponderación que se debe realizar entre dos o más derechos que están pugna (Vergara, 2018).

Cuando se enfoca el ámbito penal, el principio de proporcionalidad se ve reflejado, especialmente, al momento de dictar sentencia condenatoria, por lo tanto, aquí debe prevalecer el balance entre la pena impuesta por parte de las autoridades y los hechos que hayan sido cometidos. Este trabajo únicamente les corresponde a los jueces o, en todo caso, también podría llegar a tratarse de un tribunal de garantías penales, de esa forma, se encargan de mantener esta especie de equilibrio entre la pena que debe dictarse que vaya de manera proporcionalidad a la gravedad de los hechos.

En consecuencia, el principio de proporcionalidad conjuntamente con su aplicabilidad dentro del ámbito penal verifica, de manera especial, el parámetro de conducta, es decir, le otorga total potestad al juzgado para que, durante todo el proceso y, específicamente, al momento de dictar sentencia, muestre una especie de equilibrio entre lo que comprende el derecho a ser castigado por parte del Estado y los demás derechos de la persona o personas que se encuentran siendo investigadas dentro de un proceso penal.

Los parámetros que deben ser analizados al momento de la aplicabilidad del principio son el grado de culpa con la que actuó el sujeto activo, así, este parámetro debe tener una estrecha relación en lo que se comprende por culpabilidad, y el grado de culpa, a fin de que el juzgador tenga un parámetro principal para fijar la pena, pues esta debe tener una finalidad rehabilitadora. Por lo tanto, es necesario tener en cuenta las condiciones personales del sujeto directamente relacionadas con sus acciones, porque solo de esta manera es posible encontrar un equilibrio entre el valor de los bienes jurídicos afectados por el delito y el valor afectado por la cantidad de la pena que corresponda con el autor, respetando siempre la dignidad humana.

A lo largo de la investigación no se ha podido llegar a determinar la correcta aplicabilidad del principio de proporcionalidad, por ello, se resaltan trabajos relevantes en cuanto a que tienen una íntima relación con el tema, para que contribuyan con el desarrollo de la presente investigación.

La Proporcionalidad es un instrumento valorativo, ponderativo y material cuyo fin ejecución de algo contra el abuso o mediar en despejar el fondo fundamental del derecho objetivo de reducción o restricción; tener en

cuenta que no busca la determinación de 'proporción', por ello, eludir la abiertamente la desproporcionada. (Alegría et al., 2011) citados por (Yucra, 2017, p. 14)

De acuerdo con lo que manifiestan los autores dentro, al momento de tratar de una u otra manera de individualizar la pena, esta implicaría directamente establecer el *quantum*, es decir, la cuantificación de la pena que debe llegar a oponerse en relación con el marco legal que se permite, así, se pretende evitar aplicar de manera excesiva.

Es importante recalcar que el principio de proporcionalidad es parte del listado de principios que se incluyen en la estructura del derecho, cuya finalidad es primordial dentro de lo que corresponde con el sistema penal acusatorio, lo que implica aquella restricción de penas abusivas, es decir, que vela por dar cumplimiento a penas adecuadas en relación con los hechos imputados.

Este principio se imaginó como un principio estructural que establecía un anticipo humanizado del derecho, por lo que se extendió a todas sus áreas, y evidentemente cobró gran valor en el derecho penal, al darse cuenta los legisladores que este debía ser aplicado igual y fundamentalmente a los delitos y a las penas. El principio actúa entonces, en primer lugar, como un límite a la criminalización de conductas que el legislador lleva a cabo a través de la creación de tipos penales, es además una de sus principales características y uno de sus principios estructurales, ya que sirve tanto para interpretar la norma penal, como para orientar la política criminal del Estado. (Llorens, 2005) citado por (Yucra, 2017, p. 16)

Por esta razón, el principio de proporcionalidad directamente en su aplicabilidad busca tomar un papel fundamental dentro del derecho penal, considerando que los legisladores deben establecer una aplicabilidad igualitaria en relación con delitos y penas, para evitar una arbitrariedad al momento de aplicar o sancionar un hecho delictivo.

“El Derecho Penal la proporcionalidad considera la relación del valor entre el delito y la sanción correspondiente (pena o medida de seguridad) o

entre el ilícito y la castigo que le liga" (Castillo, s.f. citado por Yucra, 2017, p. 28).

Por ello, debe existir una estrecha relación entre el delito de femicidio y el principio de proporcionalidad, porque deben prevalecer los principios que pretenden velar por el cumplimiento y las garantías de los derechos de aquellas personas que son procesadas por hechos contrarios a la ley, por ello, al momento de sancionar con una pena por el delito de femicidio, se debe establecer una balanza donde se equiparen los hechos en relación con una correcta sanción.

De este modo, respecto con el análisis efectuado de la aplicabilidad del principio existe una contradicción pues, a pesar de que se analiza el delito de femicidio establecido en el Artículo 142 del Código Orgánico Integral Penal para sancionar con una pena de entre 22 a 26 años, también se llega a agravar la pena, esto por el vacío legal o la confusión en el tema de pretender establecer lo que corresponde con una "relación de poder", pues en ambos artículos se establece la misma, lo que provoca un tema de vulneración de principios constitucionales del proceso.

### **3.4 Análisis de la Relación de Poder como un Elemento Constitutivo del Delito de femicidio con Legislación Comparada**

#### **3.4.1 Guatemala y Ecuador**

La diferencia entre estas legislaciones es que en Guatemala se hace una clara distinción de la relación de desigualdad entre hombres y mujeres, lo que permite que los administradores de justicia puedan realizar su trabajo sin que exista una colisión de normativa, mientras que en Ecuador genera un vacío legal la especificación del tipo penal.

#### **3.4.2 Perú y Ecuador**

En realidad, Ecuador en relación con Perú tiene gran diferencia en cuanto al establecimiento de la forma y el fondo del tipo penal de femicidio, porque en el tema de femicidio que especifica la normativa peruana que podría ser por acción u omisión; otra de las diferencias es que, dentro de la legislación peruana,

no se especifica este tipo de relación de poder ni el tema de género, sino que especifican como un numeral más del tipo penal.

### **3.4.3 Colombia y Ecuador**

Es claro que existe una gran diferencia entre estas legislaciones, no establece una relación de poder como en Ecuador, sino que únicamente por razones de género, además de ello especifica en sus numerales en lo que puede llegar a recaer a diferencia de Ecuador, que, a pesar de ser un delito autónomo, separa sus agravantes, y en Colombia forman parte del mismo tipo penal.

### **3.4.4 México y Ecuador**

En estas dos legislaciones existe una diferencia bastante clara, puesto que en México se contempla la muerte de las mujeres como feminicidio, mientras que, en Ecuador como femicidio, a más de ello establecen únicamente por razones de género, y a más de ello dentro del mismo tipo penal mencionan en lo que puede recaer es decir que forma parte del mismo tipo, a diferencia de Ecuador que establece un apartado distintito aumentando así la pena.

## **3.5 Circunstancias para la Reducción de la Pena en el Delito de Femicidio**

Los atenuantes se refieren a un hecho o una circunstancia que tiene como objetivo disminuir la pena en relación con un hecho delictivo; se debe analizar lo que corresponde con las agravantes de un tipo penal, son aquellas circunstancias que aumentarán la sanción o la pena en relación con un hecho delictivo, asimismo, se deben estudiar factores como si los hechos provocaron daños a la comunidad, si vulneraron derechos de terceras personas, entre otros, así como la diferenciación entre los factores que encasillan a los agravantes y los atenuantes de una pena.

Así, los factores que se encuentran involucrados en cuanto a los atenuantes y agravantes son condiciones que, una vez analizadas, darán un resultado positivo o negativo dentro de un proceso penal, es decir, por un lado disminuirá la pena, pero, por otra parte, aumentará, por ello, el juez o el tribunal que se encuentre analizando el caso se verá en la obligación de castigar al

infractor de acuerdo con todas las circunstancias en que se ha desempeñado su accionar.

Ahora bien, es importante resaltar lo que menciona el Código Orgánico Integral Penal, es decir, las circunstancias de la infracción, las atenuantes y las agravantes; el cómo funciona la aplicabilidad de las mismas a través de lo que establece el Código, así como también las circunstancias podrían llegar a tratarse de una menoración en la pena según lo establece la ley, las agravantes son las circunstancias que aumentan la pena según se encasille la responsabilidad penal.

Art. 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 constitutivas o modificatorias de la infracción, se impondrá la pena máxima prevista en el tipo penal, aumentada en un tercio. (Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos de Ecuador, 2014, p. 42)

Cuando hacemos referencia a las atenuantes, se puede indicar que, tienen la finalidad de reducir o aminorar la responsabilidad de una persona que esta siendo procesada, sirven basicamente para ajustar una pena, con el objetivo de que esta sea correspondiente a cada caso.

Es importante citar el Artículo 45 que se encuentra establecido en el Código Orgánico Integral Penal, el que aclara la perspectiva en cuanto a las situaciones por las que se podría llegar a reducir la pena impuesta:

Art. 45.- Circunstancias atenuantes de la infracción. - Son circunstancias atenuantes de la infracción penal:

1. Cometer infracciones penales contra la propiedad sin violencia, bajo la influencia de circunstancias económicas apremiantes.

2. Actuar la persona infractora por temor intenso o bajo violencia.
3. Intentar, en forma voluntaria anular o disminuir las consecuencias de la infracción o brindar auxilio y ayuda inmediatos a la víctima por parte de la persona infractora.
4. Reparar de forma voluntaria el daño o indemnizar integralmente a la víctima.
5. Presentarse en forma voluntaria a las autoridades de justicia, pudiendo haber eludido su acción por fuga u ocultamiento
6. Colaborar eficazmente con las autoridades en la investigación de la infracción. (Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos de Ecuador, 2014, pp. 42-43)

De acuerdo con lo que establece el Código, cuando se está al frente del tipo penal del femicidio no se tiene o se considera una situación difícil al llegar a encasillar alguna de las conductas que recaen como atenuantes, debido a que, en su mayoría, establece parámetros de que no exista violencia hacia la víctima, situación que dentro del tipo penal femicidio no se podría reflejar, en virtud de que una de las condicionantes para que se cumpla es que haya existido violencia presentada en cualquier tipo. En síntesis, podría llegar a tratarse de que la conducta de una persona puede enfocarse en el numeral 5 y 6 del Artículo 45, sin embargo, siempre va a recaer sobre un agravante específico del mismo tipo penal que es la relación de poder que se encuentra establecida dentro de la misma normativa, por lo que no podrá acogerse a este tipo de beneficio de reducción de la pena.

En tanto, es de suma relevancia realizar un análisis de lo que corresponde con las agravantes de la infracción penal, las que se encuentran especificadas dentro del Artículo 47 del Código Orgánico Integral Penal.

Art. 47.- Circunstancias agravantes de la infracción. - Son circunstancias agravantes de la infracción penal:

1. Ejecutar la infracción con alevosía o fraude.
2. Cometer la infracción por promesa, precio o recompensa.

3. Cometer la infracción como medio para la comisión de otra.
4. Aprovecharse de concentraciones masivas, tumulto, conmoción popular, evento deportivo o calamidad pública, fenómeno de la naturaleza para ejecutar la infracción.
5. Cometer la infracción con participación de dos o más personas.
6. Aumentar o procurar aumentar las consecuencias dañosas de la infracción para la víctima o cualquier otra persona.
7. Cometer la infracción con ensañamiento en contra de la víctima.
8. Cometer la infracción prevaleciéndose de una situación de superioridad laboral, docente, religiosa o similar.
9. Aprovecharse de las condiciones personales o laborales de la víctima que impliquen indefensión o discriminación.
10. Valerse de niños, niñas, adolescentes, adultas o adultos mayores, mujeres embarazadas o personas con discapacidad para cometer la infracción.
11. Cometer la infracción en perjuicio de niñas, niños, adolescentes, adultos mayores, mujeres embarazadas o personas con discapacidad.
12. Cometer la infracción con violencia o usando cualquier sustancia que altere el conocimiento o la voluntad de la víctima.
13. Utilizar indebidamente insignias, uniformes, denominaciones o distintivos militares, policiales o religiosos como medio para facilitar la comisión de la infracción.
14. Afectar a varias víctimas por causa de la infracción.
15. Ejecutar la infracción con auxilio de gente armada.
16. Utilizar credenciales falsas, uniformes o distintivos de instituciones o empresas públicas, con la finalidad de pretender pasar por funcionarias, funcionarios, trabajadoras, trabajadores, servidoras o servidores públicos, como medio para facilitar la comisión de la infracción.

17. Cometer la infracción total o parcialmente desde un centro de privación de libertad por una persona internada en el mismo.

18. Encontrarse la o el autor perseguido o prófugo por un delito con sentencia condenatoria en firme.

19. Aprovechar su condición de servidora o servidor público para el cometimiento de un delito.

20. Registrar la o el autor una o más aprehensiones previas en delito flagrante calificado, cuando se trate del mismo delito o atente contra el mismo bien jurídico protegido. (Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos de Ecuador, 2014, pp. 43-44)

En relación con las agravantes modificatorias, cuando recaiga la conducta en cualquiera de estas circunstancias numeradas podría llegar a encasillarse de tal manera que aumente la pena del tipo penal, sin embargo, es necesario recalcar que cuando existe una agravante específica del tipo penal, como en este caso lo manifiesta el femicidio, y recaiga en una agravante establecida en uno de los numerales mencionados aumentara la pena un tercio más.

Ahora bien, en cuanto a un análisis concreto de lo que corresponde con una posible reducción de pena cuando se alude al tipo penal femicidio, en realidad, no se podría llegar a aplicar ninguna de las circunstancias que contempla la legislación ecuatoriana, teniendo en cuenta que al tratarse de un delito en contra de la integridad sexual no puede encasillar en ninguno de los regimenes por lo que no entraría en las circunstancias para la reducción.

En consecuencia y de acuerdo con todo lo investigado, existe un coincidencia del tipo penal conjuntamente con sus agravantes, provocando así confusiones y vulneración de derechos así como también de principios constitucionales al momento de establecer una sanción, como se ha venido mencionando, esta problemática del tipo penal y la agravante tiene establecido un contenido muy similar, generando así un juzgamiento desproporcionado ya que siempre va a recaer en la agravante por las mismas condiciones que encasilla al tipo, pues los Artículos 141 y 142 establecen que, para llegar a

sancionar como un tipo penal femicidio, este debe tener dos características primordiales:

- Relación de poder.
- Condición de género.

Ahora, si existe la misma condición en dos artículos, la pregunta en cuestión es ¿violación al principio de proporcionalidad? Resulta tan complejo llegar a contestar las incógnitas que se proceden por esta confusión que existe entre el tipo penal y las agravantes específicas del mismo, que a lo largo de la investigación se han visto presentes, puesto que el delito de femicidio se creó debido al boom social, cultural y últimamente jurídico que provocó que las mujeres salgan a las calles a protestar, con el propósito de que el Estado, como autoridad, garantice el correcto cumplimiento de los derechos de las mujeres y se evite el aumento de las muertes violentas por condición de género.

Sin embargo, este no es el mayor problema del Estado, así, el problema mayor es encontrarse en colisión de normativa y que no existe un camino correcto a seguir, pues, en todos los casos, se puede llegar a pretender aplicar siempre la agravante específica del tipo penal provocando así una vulneración al principio de proporcionalidad provocando una colisión entre las normativas, y se vuelve a recaer en el vacío legal, al no existir una aclaración en la colisión, básicamente es el camino a seguir por los administradores de justicia porque así se encuentra determinado en la ley.

Para finalizar, está claro que existe una confusión legal amplia debido a que el tipo penal del femicidio se llegó a interponer solo porque se convirtió en un problema social que el Estado tenía que frenar en la sociedad; claramente, la muerte violenta hacia las mujeres no ha disminuido, y por esta misma razón de colisión normativa, dado que no existe un camino claro a seguir para los administradores de justicia se llegan a tardar meses e incluso años para llegar a sentenciar a una persona, por el mismo hecho de que buscan analizar cada uno de los hechos y analizar si aplicar solo el tipo penal sin agravante, o específicamente establecer la pena máxima porque recae siempre dentro de esta conducta. Está claro que esta colisión de normativa entre la aplicación del tipo penal y de la agravante específica no tiene ninguna finalidad y no ha

cumplido con su objetivo que era pretender erradicar la violencia y evitar que ocurran un mayor número de muertes violentas de las mujeres.

Por otro lado, sí se violenta el principio de proporcionalidad, dado que se pudo evidenciar que la finalidad de dicho principio es equiparar las penas en relación con los hechos ocasionados, por lo tanto, frente al tipo penal del femicidio no se aplica, así, ciertamente se desconoce tal motivo, sin embargo, la vulneración se provoca y genera que el Estado no cumpla con su finalidad, es decir, garantizar un correcto proceso y establecer una pena de acuerdo con el hecho delictivo.

En consecuencia, no se puede llegar a considerar como agravantes ni atenuantes elementos que se encuentran dentro de la misma figura delictiva, es decir, en cuanto a la relación de poder que se establece dentro del tipo penal y la agravante número dos del mismo tipo penal, por lo tanto, existe una confusión dentro de la normativa penal y esto solo provoca una posible vulneración a los principios rectores (Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos de Ecuador, 2014).

### **3.6 Análisis Normativo de Sentencias por Delito de Femicidio**

#### **3.6.1 Antecedentes de Hecho del caso Nro. 01283-2016-03989**

El día 16 de noviembre del año 2016, la persona quien responde a los nombres de Luis Eduardo Cordero Torres y quien en vida fue su esposa Bertha Elizabeth Minchola Ortiz se encontraban llegando a su domicilio ubicado en la ciudad de Cuenca, habían salido de viaje, ambos llegan a su residencia donde encuentran a su hija quien responde a los nombres de Marcela Cordero, minutos después ella sale del hogar y se quedan presente los dos, a lo que Bertha se encuentra escribiendo de manera constante en su teléfono celular, por lo que su esposo, de manera agresiva, le pregunta y le arrebató el celular en el que se encuentra con mensajes indebidos, acto seguido a esto, el conyugue empieza a agredir de manera física y verbal a la víctima, por lo que le tira al piso y le empieza a comprimir su cuello de tal manera que la deja sin respiración, a lo que ella, de la desesperación, provoca un rasguño en su pecho. Minutos después de provocar el deceso de la víctima, el procesado empieza a cuestionarse y cuadrar

una cuartada para evitar recibir una condena por lo que había cometido. Para ello, procede a salir de su domicilio y deja la puerta de ingreso abierta, se dirige a una tienda ubicada a dos cuadras de su casa para comprar una botella de agua y regresa a su casa, en el momento que él retorna a su domicilio menciona escuchar gritos que venían del segundo piso, para lo que llama rápidamente a su esposa y viendo que la misma no responde decide subir y manifiesta que encontró a alguien más sobre ella ahorcándole, para lo que se acerca a querer ayudar a su esposa y una cuarta persona le separa de ella y le golpea de tal forma que él rueda las gradas y, de manera inconsciente, gatea hacia la cocina para buscar un cuchillo cuando los sospechosos salen corriendo del domicilio, a lo que él lanza el cuchillo y sube corriendo a socorrer a su esposa (Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Sala Especializada de lo Penal, 2016).

De acuerdo con los hechos que se encuentran resumidos para un mayor profundo análisis de lo que comprende la acusación por el tipo penal establecida en el Artículo 141 y con agravante del 142, se llegó a determinar por parte de Fiscalía que el procesado, quien responde a los nombres de Luis Eduardo Cordero, ejercía poder físico y psicológico sobre la víctima, así como que murió en manos del conyugue, quien pretendió evadir la justicia creando una historia competente contraria a los hechos. Por lo tanto, se ha comprobado la culpabilidad de Luis Cordero por el femicidio de su esposa, siendo sancionado por el delito establecido en el Artículo 141 y con agravante del numeral dos del Artículo 142 del Código Orgánico Integral Penal.

Sin embargo, en segunda instancia, el Tribunal se llegó a contradecir provocando una menoración en la pena, pues consideró que la conducta de Luis Cordero no encasilla para la responsabilidad de un femicidio, sino que es una conducta típica del asesinato, por lo que le declararon culpable como autor directo del delito de asesinato con circunstancias agravantes del numeral 1 del mismo artículo, imponiendo una pena privativa de libertad de 22 años.

Por ende, se ha comprobado a través de esta sentencia que el delito de femicidio se encuentra mal tipificado porque, hasta hoy en día, se llega a dificultar establecer lo que comprende la relación de poder, y el vínculo de superioridad entre el presunto sospechoso y la víctima, por lo que en variadas situaciones se llegan a interponer penas de femicidio con vacíos legales, como fue del presente

caso; incluso, en segunda instancia los jueces llegaron a contradecirse debido a que va más allá de la norma escrita e influye la perspectiva de la situación.

En consecuencia, se determina que la normativa penal tiene un sin número de vacíos legales que provocan vulneración de los principios rectores del derecho penal, como el principio de proporcionalidad, a su vez, a través de la sentencia, se pudo evidenciar que el juez de primera instancia tenía grandes falencias al momento de determinar la pena, porque no se llegó a establecer de manera correcta lo que comprende la relación de poder y solo se impuso una pena que se creía que era la adecuada (Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Sala Especializada de lo Penal, 2016).

Por otro lado, es importante realizar un análisis del caso Nro. 11828-2016-00674G, los hechos parten desde el día 11 de enero de 2016, así, la ciudadana se identifica por las iniciales CJLS, misma que fue trasladada a una clínica en la ciudad de Loja, debido a su condición de embarazo, y acompañada de su pareja sentimental; en el recorrido, el vehículo tomó otro rumbo, donde el procesado estranguló a su pareja sentimental y, producto de dicho acto, provocó su muerte (Tribunal de Garantías Penales de Loja, 2016).

Por ende, este hecho fue procesado por el delito de femicidio, con agravante del numeral 2, porque se llegó a comprobar que existía la relación de poder y la subordinación de la víctima hacia el procesado, por lo que en el análisis se determinó que existió una condición de vulnerabilidad.

A lo largo del desarrollo del análisis de caso, se ha planteado que existe un sin número de falencias por parte de la legislación ecuatoriana, porque el vacío legal sobre el tipo penal genera vulneración de derechos y una incorrecta aplicación de penas, así, en primera instancia llegan aceptar y negar en razón de que no existe como tal una definición concreta de lo que corresponde con la relación de poder, asimismo, esta llega a tener tal magnitud de dificultosa al momento de determinar la responsabilidad penal, lo que genera una confusión al momento de sancionar y equiparar los hechos y la pena a cumplir, en tal marco, vulnera el principio de proporcionalidad.

De acuerdo a la investigación realizada sobre lo que corresponde al principio de proporcionalidad, entendemos que, en realidad no está cumpliendo

su funcionalidad, ya que una cosa es lo que se encuentra estipulado dentro de la legislación ecuatoriana y otra muy diferente lo que a la realidad se aplica, puesto que, considero que el tipo penal del femicidio tiene muchos errores intrínsecos, ya que en ningún lado especifica el tipo de muerte y de acuerdo a eso quizás llegar a establecer una sanción, así como también recae en el tema de que siempre va a tener un aumento de la pena, por lo que la agravante se encuentra dentro del mismo tipo penal.

#### 4.- Conclusiones

Por un lado, es necesario empezar manifestando que el femicidio, se entendió como aquel resultado de la aplicación de cualquier tipo de violencia, siendo esta de manera frecuente provocada por un hombre, y como resultado de la misma generó o finalizó con la muerte de una mujer por su condición de género, las causas de que se haya tipificado el tipo penal del femicidio dentro de la normativa vigente radica en que a lo largo de la historia dentro del desarrollo socio familiar, el patriarcado se ha configurado por relaciones de poder en el tema de desigualdad, situaciones de extrema violencia presentada en diferentes formas lo que ha conllevado a la vulneración de derechos y que por esta negligencia se dé como finalidad la muerte de la mujer.

Dentro del ámbito penal el principio de proporcionalidad se manifiesta directamente al momento de dictar una sentencia condenatoria, es decir una vez recolectado y de haber pasado por todas las etapas del proceso penal, se pretende equiparar entre lo que corresponde a la pena que está siendo impuesta y los hechos cometidos atendiendo a las circunstancias en que se hayan desarrollado los mismos, es por ello que el juez o en todo caso cuando se trate de un tribunal de garantías penales, es el garante de hacer cumplir y velar para que prime el principio de proporcionalidad al momento de dictarse una pena de manera proporcional a la gravedad de los hechos.

Por último, tenemos que el delito de femicidio, se establece por dos condicionantes, mismas que son condición de género, y relación de poder, es decir una relación que mantiene un vínculo personal entre el sujeto pasivo y el sujeto activo, pero dentro del numeral 2 del artículo 142 del Código Orgánico Integral Penal, en donde se especifican las agravantes propias del delito de femicidio, se establece que en caso de encontrarse en una o más agravantes se le otorgara el máximo de la pena a la persona que está siendo procesada por esta conducta, es decir que “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” entonces una de las cuestiones es que, ¿la circunstancia agravante es la misma circunstancia constitutiva del delito?

Este suceso provoca un vacío legal el cual da como resultado que el juez no tenga ninguna salida, y por ende no se pueda llegar a establecer una balanza de la cual tanto se ha llegado a hablar en referencia a la conceptualización del principio de proporcionalidad, dado que siempre se fijara la pena máxima que será de 26 años, atentando directamente contra el principio anteriormente mencionada y desfavoreciendo los derechos del proceso en cuanto a la sanción que ha sido impuesta.

## **5.- Recomendaciones**

Reformar el tipo penal para que no exista una colisión entre el tipo y las agravantes específicas y que posterior a ello las sanciones por el delito de femicidio sean proporcionales a los hechos cometidos.

Además, analizar el tipo penal para que el mismo tenga mayor autonomía y que en razón de ello no exista discrepancias con las agravantes específicas y el tipo, y que a través de este sea tomado en consideración la doctrina y la dogmática.

Tener en consideración la legislación comparada, para que el delito de femicidio vaya tomando un concepto general y unificado, y posterior a ello una descripción unificada en América Latina, respetando su objetivo y finalidad para lo cual fue creado este tipo penal.

Continuar con el estudio para futuros trabajos de investigación sobre el delito de femicidio con el objetivo de evitar cualquier tipo de vulneración al momento de sancionar, y seguir una línea de proceso correspondiente, para que de ninguna manera sea afectado el principio de proporcionalidad.

## 6. Referencias

- Albán, E. (2018). *Manual de derecho penal ecuatoriano*. Ediciones Legales EDLE S.A.
- Corte Interamericana de los Derechos Humanos. (s.f). *Identidad de género*. <https://bit.ly/3MtkkbD>
- Figuroa, A., y Ortega, M. (2010). Condición de género y elección profesional. El área de físico-matemático en las mujeres. *Investigación y Ciencia*, 18(46), 18-27.
- Lampert, M. (2017). *Evolución del concepto de género: Identidad de género y la orientación sexual*. <https://bit.ly/42ZL9cC>
- Portal del Gobierno de México. (s.f). *Conceptos básicos sobre género*. <https://bit.ly/3MroW1M>
- Vanegas, H. (2018). *Delictum. Lecciones de Derecho Penal*. Cámara Ecuatoriana del Libro.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1994). *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer*. ONU.
- Asamblea Nacional Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. [https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4\\_ecu\\_const.pdf](https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf)
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. República del Ecuador.
- Bernal, C. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Universidad Externado de Colombia.
- Caminos, P. (2014). El principio de proporcionalidad: ¿una nueva garantía de los derechos constitucionales? *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"*, (13), 51-74.
- Cañar, J. (2010). *El principio de proporcionalidad como método de interpretación constitucional*. [Tesis de grado]. Cuenca: Universidad del Azuay.
- Caputi, J. (1987). *The Age of Sex Crime, Ohio, Bowling Green State University Popular Press*. Popular Press.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. (1978). *Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José*. OEA - CIDH.
- Dueñas, Ó. (2004). *Lecciones de Hermenéutica jurídica*. Universidad del Rosario.
- El Universo. (2017). *¿Qué es el femicidio?*  
<https://www.eluniverso.com/noticias/2017/11/24/nota/6493672/que-es-femicidio/>
- Femicidio. (2012). *Tipos de femicidio o las variantes de violencia extrema patriarcal*. <https://femicidio.net/tipos-de-femicidio-o-las-variantes-de-violencia-extrema-patriarcal/>
- Ferrajoli, L. (2006). *Garantismo penal*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Fuentes, H. (2008). El principio de proporcionalidad en derecho penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena. *Revista Ius et Praxis*, 14(2), 15-42.
- García, J. (2011). *Análisis De La Acción De Protección*. Editorial Rodín.
- Garrido, M. (1997). *Derecho penal Parte general*. Editorial Jurídica de Chile.
- Hernández, M. (2022). *Análisis jurídico del caso 01283-2016-03989 por delito de Femicidio, en la ciudad de Cuenca, provincia de Azuay, año 2016*. [Tesis de Pregrado]. Universidad de Cuenca.
- Hormazábal, H. (2009). Injusto y culpabilidad en el pensamiento de Juan Bustos Ramírez. *Sección Doctrinal*, 5-50.
- Jiménez, J. (2010). *Introducción a la Teoría General del Delito*. Angel Editor.
- Maggiore, G. (1989). *Derecho Penal*. Libros el Cid Campeador.
- Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos de Ecuador. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Gráficas Ayerve.
- Mir, S. (2003). *Introducción a las Bases del Derecho Penal*. B de F Ltda.
- Monarrez, J. (2010). *Las diversas representaciones del femicidio y los asesinatos de mujeres en Ciudad Juárez, 1993- 2005*. El Colegio de la Frontera Norte y Miguel Ángel Porrúa Editores.

- Muñoz, F. (2004). *Derecho Penal, Parte General*. Tirant Lo Blanch.
- Nacional, A. (2018). *ONU Mujeres*. Obtenido de <https://www.igualdadgenero.gob.ec/>
- OMS. (2021). *CEPAL: Al menos 4.091 mujeres fueron víctimas de feminicidio en 2020 en América Latina y el Caribe, pese a la mayor visibilidad y condena social*. <https://www.cepal.org/es/comunicados/cepal-al-menos-4091-mujeres-fueron-victimas-feminicidio-2020-america-latina-caribe-pese#:~:text=Al%20menos%204.091%20mujeres%20fueron%20v%C3%ADctimas%20de%20feminicidio%20en%202026,de%20la%20Comisi%C3%B3n%20que%20cada>
- Ordóñez, J., & Escudero, J. (2013). Manual de justicia constitucional ecuatoriana. *Corte Constitucional del Ecuador*, 245-272.
- Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (1993). *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*. [ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/declaration-elimination-violence-against-women](http://ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/declaration-elimination-violence-against-women)
- Palladino Pellon & Asociados. (2022). *Definición de delito*. <https://www.palladinopellonabogados.com/definicion-de-delito/>
- Real Academia Española [RAE]. (2022). *Diccionario panhispánico del español jurídico*. <https://dpej.rae.es/lema/delito>
- Real Academia Española [RAE]. (s.f.). *Principio de proporcionalidad*. <https://dpej.rae.es/lema/principio-de-proporcionalidad>
- Russell, D. (2009). Politizando el asesinato de mujeres. En M. Widyono et al., *Fortaleciendo la comprensión del feminicidio* (pp. 41-48). Program for Appropriate Technology in Health (PATH), InterCambios, Medical Research Council of South Africa (MRC), and World Health Organization (WHO).
- Sau, V. (1990). *Diccionario Ideológico feminista*. Icaria.
- Straka, Ú. (2015). *Violencia de género*. Universidad Católica Andrés Bello.

- Terradillos, J. M. (2021). Derecho penal económico, lo que queda y lo que se fue de la "vieja" dogmática penal. *Revista de Derecho Penal*, (29), 256-269.
- Tribunal de Garantías Penales de Loja. (2016). Caso Nro. 11828-2016-00674G.
- Valdez, R. (2018). *Proyecto de investigación previo a la obtención título de abogado de los tribunales de la república*. Universidad Regional Autónoma de los Andes: <https://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/7912/1/PIUAAB019-2018.pdf>
- Valencia, M. (2017). *Circunstancias agravantes del delito de feminicidio y proporcionalidad penal. [Tesis de Pregrado]*. Universidad Regional Autónoma de los Andes.
- van Weezel, A. (2001). Determinación de la Pena Exacta: El Artículo 69 del Código Penal. *Ius et Praxis*, 7(2), 401 - 407.
- Vergara, H. (2018). El acceso a la información pública como derecho humano: algunas implicaciones dogmáticas. *Diálogos de Derecho y Política*, 8(19), 83-102.
- Zaffaroni, E. (2000). *Teoría del delito: Derecho Penal, Parte General*. Porrúa.
- Zambrano, A. (2009). *La teoría de la participación*. [https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2009/09/26\\_3\\_la\\_teoría\\_de\\_la\\_participación.pdf](https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2009/09/26_3_la_teoría_de_la_participación.pdf)
- Zona Legal. (s.f.). *Participación en la infracción*. <https://www.zonalegal.net/uploads/documento/PARTICIPACION%20EN%20LA%20INFRACCION.pdf>

## **7. Anexos**



**JENIFER BRIANA BERMEO MANOSALVAS** portador(a) de la cédula de ciudadanía N° **0106805872**. En calidad de autor/a y titular de los derechos patrimoniales del trabajo de titulación “**LAS AGRAVANTES ESPECIFICAS DEL TIPO PENAL FEMICIDIO**” de conformidad a lo establecido en el artículo 114 Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, reconozco a favor de la Universidad Católica de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos y no comerciales. Autorizo además a la Universidad Católica de Cuenca, para que realice la publicación de este trabajo de titulación en el Repositorio Institucional de conformidad a lo dispuesto en el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca, 15 de mayo de 2022

F: 

**JENIFER BRIANA BERMEO MANOSALVAS**

**C.I. 0106805872**