

TEMA: “REFORMAS AL TÍTULO CUARTO DEL CODIGO PENAL MILITAR, REFERENTE AL DELITO DE ASESINATO”

CAPITULO I

- 1.- Introducción
- 2.- Delito contra las personas
- 3.- Definición del tipo penal “asesinato”
- 3.- El asesinato según definición constante en el Art. 170 del Código Penal Militar
- 4.- Elementos comunes en los tipos penales asesinato y homicidio
 - 4.1.- Bien jurídico protegido
 - 4.2.- Tipo objetivo
 - 4.3.- Tipo Subjetivo
 - 4.4.- Relación de causalidad

CAPITULO II

- 1.- Circunstancias agravantes constantes en el Art. 27 del Código Penal Militar
- 2.- Cometimiento del delito con armas y entre varios militares
- 3.- Causa del hecho punible un mal ejemplo y escándalo en cuarteles y buques de guerra
- 4.- Faltar a la palabra de honor empeñada
- 5.- Perpetrar el hecho por precio o recompensa
- 6.- Cometimiento de la infracción:
 - 6.1.- Alevosía
 - 6.2.- Premeditación
 - 6.3.- Despoblado
 - 6.4.- Escalamiento
 - 6.5.- Noche

CONCLUSIONES

PROPUESTA

ABSTRACT

As I have come manifesting in having reiterated occasions, the one Titles IV of the Military Penal Code, the denomination should be changed of "Infractions against people" for "Crimes against the independent human life"; and, in what concerns to the delinquent behavior described in the Art. 170 of the same legal body should be reformed in the sense of: "It incurs in murder the person that I will kill to other converging some of the following circumstances: 1) with treachery; 2) for price, it rewards or promise; and, 3) With savagery, increasing deliberate and inhumanly the pain of the offended one."

CAPÍTULO I

1. INTRODUCCIÓN:

La institución militar, en lo que refiere a la Fuerza Terrestre (Ejército), está constituido por personas con distintas jerarquías y funciones, debiendo señalar que ese personal militar, al cumplir su labor profesional en tiempos de paz, esto es preparándose para las actividades a desempeñar en tiempos de guerra, necesaria y constantemente deben estar en entrenamientos adecuados, lo que permitirá cumplir a cabalidad la misión encomendada, lo que implica decir manejo y destrezas de armamento pesado y liviano; preparación físico-militar; instrucción y empleo para el combate; operaciones militares tácticas; limpieza de armamento, etc.- Seguidamente esta preparación militar, ciertamente conlleva para la humanidad del militar un alto grado de riesgo, pues el entrenamiento antes detallado se tiene que realizar en lugares propicios, esto es en sitios similares o semejantes al empleo, utilizando munición real, empleando armamento y bajo condiciones propias del enemigo.- Ahora bien y como manifesté anteriormente, el empleo y la preparación militar lleva implícito un riesgo, la misma que en muchas de las ocasiones ha traído consecuencias lamentables, refiero específicamente a la muerte de ese personal militar que se encontraba en entrenamiento, razón por la cual y tan pronto producida la muerte del militar, los jueces penales castrenses han instaurado el proceso penal respectivo, sindicando al personal militar que se encontraba al frente del entrenamiento, llegando en la etapa del plenario a dictar sentencia condenatoria en contra del referido Oficial, para lo cual y en lo que respecta a la subsunción del tipo penal, los jueces invocan lo contemplado en los Arts. 170 y 179 del Código Penal Militar Ecuatoriano, esto es Asesinato u Homicidio Inintencional.- Igualmente debo manifestar que el Código Penal Militar, cuerpo legal en el que se encuentra tipificado el asesinato data del año de 1960, debiendo recalcar así mismo que las últimas reformas al cuerpo legal antes citado datan del año de 1980, debiendo suponer entonces que a la presente fecha y dada las nuevas corrientes o escuelas del Derecho Penal, concretamente la Finalista, considero de suma importancia realizar reformas al cuerpo legal invocado.

2. DELITOS CONTRA LA VIDA HUMANA INDEPENDIENTE

En los delitos contra la vida humana independiente se tutela la vida desde el nacimiento hasta la muerte.

a) El momento en que comienza la vida humana independiente es discutido. En ninguno de los tipos legales existentes relativos a los delitos contra la vida humana independiente (homicidio, asesinato, inducción o cooperación al suicidio) se ofrecen datos suficientes para resolver este problema, pues sólo se refieren a la muerte de “otro”, dejándose por tanto, al interprete un amplio campo para determinar el alcance de este término. Para unos doctrinarios, la vida humana comienza ya en el momento mismo del parto. Otros doctrinarios exigen la respiración autónoma del recién nacido, o su “percepción visual”¹ por parte de terceros, y, finalmente, otros requieren la total separación del claustro materno. En lo que respecta a la legislación ecuatoriana, el Código Civil en su artículo 60 establece que el nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, desde que es separada completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separado de su madre, se reputará no haber existido jamás, presumiéndose entonces que la criatura nace con vida.

Como se verá el comienzo de la vida humana independiente es un problema científico que se puede resolver con criterios puramente biológicos, razón por la cual y al presentarse problemas jurídicos sobre el comienzo de la vida humana hay que resolverlos éstos con criterios puramente jurídicos a partir de los datos biológicos. En idéntica manera hay que evitar lagunas de punibilidad que pudieran surgir de la dificultad inherente a la distinción entre vida humana independiente y vida humana dependiente. Como indiqué anteriormente en el Derecho Penal Ecuatoriano, la vida humana independiente y con ella, su destrucción como “homicidio” se encuentra descrita en el Título Cuarto, artículo 170, comienza desde el momento del nacimiento, entendiendo por tal la total expulsión del claustro materno, que es el único criterio que permite discutir con claridad uno y otro momento de la vida, siendo

¹ MUÑOZ CONDE, Francisco.- Derecho Penal, Parte Especial.- Décimo Tercera Edición.- Editorial Tirant Blanch Libros, pág. 31

indiferente que tras esta expulsión se produzca el corte del condón umbilical o que en el caso de parto por “cesárea” al expulsión se produzca por extracción del vientre materno, o que, para probar que el nacido ha nacido vivo, se exija a veces la respiración pulmonar autónoma del recién nacido. Lo importante es destacar que en tanto no se produzca (o se pruebe) el nacimiento, momento a partir del cual se entiende el comienzo de la vida independiente, cualquier actuación delictiva contra la vida dependiente tiene que ser calificada como aborto o como todo lo más, lesiones al feto.

Una vez comprobado que el ser humano ha nacido en el sentido antes señalado, es necesario constatar también que ha nacido vivo, separado de la madre, lo que a veces, plantea problemas probatorios importantes para determinar si la muerte se produjo o no antes del nacimiento. Una vez que ha nacido vivo no es necesario, en cambio, que sea viable, es decir, que tenga aptitud para seguir viviendo.²

b) La protección de la vida humana termina con la muerte real de la persona. En la actualidad, a causa de los trasplantes de órganos vitales, es muy discutida la cuestión del momento exacto de terminación de la vida humana. No basta con el cese de la respiración o de los latidos del corazón, pues éstos no son datos definitivos. Hay casos en los que, tras constatar éstos hechos, el sujeto ha seguido viviendo después de una respiración boca a boca o de un masaje cardiaco. Actualmente se considera como definitivamente muerta a una persona cuando se demuestra, por medio de un “electroencefalograma plano”, por ejemplo, que la actividad cerebral ha terminado totalmente (muerte cerebral).

En el Código Penal Militar Ecuatoriano, dentro el Título IV establece los “Delitos Contra las Personas”, en el que se recogen los tipos penales referentes a: Asesinato; Homicidio simple; Homicidio preterintencional; las lesiones; y, la instigación al suicidio.- Sin embargo los tipos penales antes descritos y que se encuentran agrupados dentro los llamados “delitos contra las personas”, supone una restricción, todo esto por cuanto la persona, además de ser titular de su vida e integridad física, es titular de otros valores que son también objeto de

² MUÑOZ CONDE, Francisco.- Derecho Penal, Parte Especial.- Décimo Tercera Edición.- Editorial Tirant Blanch Libros, pág. 32

protección jurídico-penal, como por ejemplo, el honor, la libertad, la integridad moral, entre otros; por eso es que la expresión “delitos contra las personas” debe dársele un sentido más amplio, capaz de abarcar todos los delitos que atacan valores pertenecientes al ámbito de la persona y que son objeto de protección penal.

El bien jurídico protegido en todos los delitos contra la vida es la vida humana misma. El Derecho Penal contempla la vida humana como un fenómeno biosociológico inseparablemente unido. La vida se protege de un modo absoluto, sin consideración a la voluntad del individuo, que no puede disponer de ella, aunque sea su titular, y que, por tanto, tampoco puede consentir válidamente para que se le prive de ella. También se protege independientemente de la estimación de que esa vida haga la sociedad que no puede decretar, en ningún caso, el exterminio de seres que representan una carga sociales. El art. 66, numeral 1) de la Constitución de la República del Ecuador reconoce “el derecho a la inviolabilidad de la vida”. A pesar de esta declaración constitucional, la protección que el Derecho brinda a la vida no es absoluto uniforme, tiene sus límites y también sus excepciones.- Los límites de la protección jurídica vienen marcados por la propia temporalidad de la vida humana, esto es como cualquier fenómeno biológico, está sometido al inevitable proceso de nacimiento, desarrollo y muerte. No se puede proteger la vida que todavía no existe o que ya ha dejado de existir. Sin embargo, esta verdad difícilmente discutible se complica por el hecho de que la vida no es un fenómeno estático, sino dinámico, en el que es difícil, por no decir imposible, marcar con certeza científica cuando comienza y cuando acaba³.

Existe además el hecho de que la vida, antes de alcanzar su autonomía, pasa por un proceso de formación desde el momento de la concepción hasta su independización del claustro materno. Razones no sólo científicas, filosóficas y morales, sino también y, sobre todo, jurídicas y jurídico-penales obligan a distinguir la protección jurídica a la vida humana según haya ésta alcanzado o no la independización del claustro materno. En cada estadio la protección jurídico-penal de la vida plantea una problemática distinta. De ahí se

³ MUÑOZ CONDE, Francisco.- Derecho Penal, Parte Especial.- Décimo Tercera Edición.- Editorial Tirant Blanch Libros, pág. 27

deriva la distinción entre delitos contra la vida independiente y delitos contra la vida humana dependiente.

3. DEFINICIÓN DEL TIPO PENAL “ASESINATO”.-

La muerte de una persona a consecuencia de la acción realizada por otra, valiéndose de medios especialmente peligrosos o revelando una especial maldad o peligrosidad, ha sido tradicionalmente castigada más severamente que el simple homicidio.- En la edad media para designar este tipo de delito se empieza a utilizar la palabra “asesinato” que, al parecer, se deriva de la voz árabe “haxxaxin” o consumidores de “hachis”. Con esta palabra se denominaba en los tiempos de las Cruzadas a una secta de fanáticos musulmanes que bajo el efecto de la mencionada droga se dedicaban a asaltar y saquear los campamentos de los cristianos⁴.

En el Art. 170 del Código Penal Militar ecuatoriano se encuentra tipificado el “asesinato”, en cuyo precepto establece: “Los que causaren la muerte a una persona, con alguna de las circunstancias agravantes determinadas en el art. 27, serán responsables de asesinato y serán sancionados con reclusión mayor extraordinaria y expulsión de las Fuerzas Armadas”.- Ahora bien el Art. 27 del Código Penal Militar establece las circunstancias agravantes, y éstas son las que aumentan la malicia del acto o la alarma que la infracción produce en la sociedad o en la institución, o establecen la peligrosidad de sus autores, circunstancias que son materia misma del presente trabajo investigativo.

El asesinato es por consiguiente la muerte que produce una persona a otra, ejecutada con alguna de las circunstancias agravantes establecidas en el art. 27 del Código Penal Militar.- Respecto a las circunstancias agravantes que se encuentran establecidas en el artículo citado, cabe mencionar que éstas no deben ser constitutivas o modificatorias de la infracción, sino que por el contrario aumenten la malicia del acto o la alarma que la infracción produce en la sociedad o en la institución, o establecen la peligrosidad de sus autores, siendo estas circunstancias las siguientes:

⁴ QUINTANO I, I, págs. 189 ss; SANCHEZ Tomás, em RODRIGUEZ Ramos, pág. 29, nota 1

- 1.- Cometer la infracción con armas, entre varios militares, en cuerpos de guardia, ante tropa reunida o formada, en presencia de superiores, en campaña, en plazas, fortalezas o lugares sitiados, en marcha contra el enemigo, frente a él, durante el combate o retirada y más operaciones;
- 2.- Causar con el hecho punible mal ejemplo y escándalo en cuarteles, buques de guerra, vehículos, oficinas, institutos o departamentos militares;
- 3.- Faltar a la palabra de honor empeñada con quebrantamiento de prisión o de arresto, abusar de sus facultades como Jefe Superior, con auxilio o participación de sus compañeros o subalternos, tomar el nombre de autoridad o servirse de órdenes falsas;
- 4.- Proceder contra las personas investidas de autoridad pública o contra un Jefe Superior jerárquico;
- 5.- Perpetrar el hecho por precio o promesas, temor de un peligro personal, cobardía o embriaguez;
- 6.- Haber cometido la infracción con alevosía; premeditación; despoblado; escalamiento y durante la noche; y,
- 7.- Ofender a los prisioneros de guerra, en sus personas, familias, bienes o servidumbres.

Una vez expuesto las circunstancias agravantes del asesinato, considero de suma importancia invocar el Derecho Penal Comparado, en el sentido que la gran mayoría de legislaciones, contempla únicamente para configurar el tipo penal asesinato, cuando concurren alguna de las circunstancias siguientes: 1) Con alevosía; 2) Por precio, recompensa o promesa; y, 3) Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido.- Como se verá, el sistema penal militar, contempla al asesinato la muerte que produzca una persona a otra cuando concurren alguna de las circunstancias

agravantes expuestas en líneas anteriores, es decir que para nuestra legislación militar, las circunstancias agravantes no son elementos constitutivos del asesinato, presupuestos que por cierto son contrarios a la mayoría de legislaciones, pues como he mencionado, al tipo penal “asesinato”, esto es cuando concurra alguna de las circunstancias, ora la alevosía, ora por precio, recompensa o promesa o ya por haber procedido con ensañamiento, se contempla a estas circunstancias como elementos constitutivos del delito. Y menciono esta particularidad por cuanto las circunstancias agravantes del asesinato, para el sistema penal militar ecuatoriano, lo que hace es confundir entre las circunstancias agravantes, es decir aquellas que son tomadas en consideración para imponer la pena más rigurosa, con las circunstancias constitutivas en si mismas del asesinato.

Independientemente de lo analizado, del tenor literal se desprende que basta la concurrencia de una de ellas para elevar la muerte de una persona a la categoría de asesinato, pero esto no quiere decir que el asesinato sea un mero homicidio cualificado. En realidad, el asesinato es un delito distinto, independiente y autónomo del homicidio. Históricamente el asesinato ha tenido siempre un carácter autónomo frente a los demás delitos contra la vida.

Una concepción del asesinato como mero homicidio cualificado puede chocar con el convencimiento social, bastante extendido, de que dentro de los delitos contra la vida debe individualizarse algún tipo específico que recoja los atentados más graves y repugnantes a este importante bien jurídico. El problema se plantea al traducir en términos técnicos-legislativos este sentimiento; pues las exigencias de garantía y seguridad jurídica obligan a configurar con claridad un tipo autónomo sobre la base de unas circunstancias agravantes, cuya elección es siempre arbitraria y producto de valoraciones históricamente condicionadas⁵.- En realidad, el mismo efecto agravante podría conseguirse con la técnica de los tipos cualificados, sin necesidad de restringir el asesinato a las circunstancias previstas en el art. 27 del Código Penal Militar.

⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco.- Derecho Penal, Parte Especial.- Décimo Tercera Edición.- Editorial Tirant Blanch Libros, pág. 48

Como he manifestado, el Art. 170 del Código Penal Militar, no establece las circunstancias del asesinato, cuando lo correcto es que en este mismo artículo tuvo que haberse hecho constar las circunstancias típicas del asesinato, como son la alevosía, el precio, promesa o recompensa, o el ensañamiento; disponiendo por el contrario remitirnos a lo establecido en el Art. 27 del mismo cuerpo legal, circunstancias estas que son consideradas agravantes genéricas.

4.- ELEMENTOS COMUNES EN LOS TIPOS PENALES ASESINATO Y HOMICIDIO.

Como ya se ha dicho, la concurrencia de alguna de las circunstancias del Art. 27 diferencia el homicidio del asesinato. Pero ambos delitos tienen algunas características comunes. Así, aparte de la igualdad en el bien jurídico protegido, coinciden los sujetos, activo y pasivo, el objeto material y los problemas de relación de causalidad.- En el tipo subjetivo existe, sin embargo una diferencia fundamental; mientras que en el homicidio cabe la comisión imprudente, no se puede cometer el asesinato por imprudencia.⁶ La naturaleza misma de las circunstancias agravantes del Art. 27 del Código Penal Militar, se opone a esa posibilidad, ya que unas exigen la referencia del dolo a ellas (la alevosía, el enseñamiento), mientras que el precio, recompensa o promesa constituye un móvil incompatible con la imprudencia. Por tanto, la muerte ocasionada empleando un medio objetivamente alevoso (por ejemplo un incendio), pero sin intención de matar, constituirá, todo lo más, un homicidio por imprudencia, nunca un asesinato.- Mas discutible es la posibilidad del dolo eventual en el asesinato. Desde luego no existe problema alguno en calificar como asesinato el hecho de poner una bomba de relojería en un buque, para cobrar una prima de seguro, provocando su hundimiento y la muerte de varias personas que, como consecuencia necesariamente unida al resultado pretendido, puede ser imputada a título de dolo directo (aunque sea de segundo grado o de consecuencias necesarias). Lo mismo sucede con el atentado terrorista en el que mueren varias personas a consecuencia de una explosión de una bomba en unos grandes almacenes en el momento de mayor afluencia de público. Naturalmente, en estos casos el

⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco.- Derecho Penal, Parte Especial.- Décimo Tercera Edición.- Editorial Tirant Blanch Libros, pág. 57

desconocimiento por parte de los autores de la identidad o del número exacto de las víctimas no impide la calificación de dolo directo y por tanto de asesinato, en la medida en que el resultado letal es globalmente aceptado⁷.

Si en algo se diferencia el asesinato del homicidio doloso simple, es en que la finalidad, más o menos amplia, de matar viene afianzada, en el asesinato, por el empleo de determinados medios o la presencia de unos móviles que tienden claramente a esta finalidad. Si, por el contrario, el empleo de esos medios se hace para asegurar la ejecución de un hecho que probablemente puede producir la muerte, pero no de un modo seguro, o con el fin de dar un susto o un escarmiento, torturando a alguien sin pretender matarlo, pero asumiendo el riesgo de que la paliza produzca este fin, entonces estaremos en los dominios del homicidio doloso simple, por más que el hecho en sí la muerte, si se produce, produzcan el mismo sentimiento de rechazo que cuando se hace con ánimo directo de matar.- Estamos, pues ante una conclusión dogmática que puede ser, en algunos casos, insatisfactorios desde el punto de vista político-criminal.⁸ Paralelamente se considera posible en el asesinato el dolo eventual respecto al resultado muerte, distinguiendo entre el dolo referido a las circunstancias mismas (que ha de ser directo) y el dolo referido a la muerte (que puede ser eventual). Esta interpretación parece un tanto dogmática, como político-criminalmente, si el asesinato no fuera un delito autónomo y distinto del simple homicidio, razón por la cual y tomando en consideración la autonomía del asesinato, parece difícil admitir el dolo eventual en el asesinato.- Naturalmente, en la praxis estos problemas se plantean como problemas de prueba antes que como problemas teóricos. Y así no es difícil encontrar sentencias en las que se niega el dolo eventual y se castiga por asesinato cuando una de las muertes no había sido ni siquiera prevista; y, en cambio se califican de homicidios dolosos simples hechos de clara representación y aún aceptación de la muerte.

⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco.- Derecho Penal, Parte Especial.- Décimo Tercera Edición.- Editorial Tirant Blanch Libros, pág. 57

⁸ MAPELLI CAFFARENA, 1988, PÁGS. 439.

4.1.- BIEN JURIDICO PROTEGIDO.-

El bien jurídico protegido en todos los delitos contra la vida es la vida humana; y, así lo contempla el Art. 66, numeral 1) de la Constitución de la República del Ecuador, cuando textualmente dispone: “El derecho a la inviolabilidad de la vida. No habrá pena de muerte”.

Ahora bien la exigencia de que el Derecho Penal sólo puede proteger “bienes jurídicos” ha desempeñado un importante papel en la discusión de la reforma de las últimas décadas. Se partió de la base de que el derecho penal sólo tiene que asegurar determinados “bienes”, previamente dados, como la vida, la integridad corporal, el honor, la administración de justicia, etc, y de esa posición se ha deducido la exigencia de una sustancial restricción de la punibilidad en un doble sentido.- Muy a pesar de la evolución teórica del concepto material de delito sigue sin estar clara, pues hasta ahora no se ha logrado precisar el concepto de “bien jurídico” de modo que pudiera ofrecer una delimitación jurídica fundada y satisfactoria por su contenido. En primer lugar, no es posible limitarlo a los bienes individuales, por cuanto otras normas jurídicas protegen muchos bienes jurídicos de la comunidad, como el Estado, las divisas, o la administración de justicia, cuya lesión también merece indiscutiblemente una pena desde la perspectiva de un concepto material de delito. Pero en segundo lugar se plantea la cuestión de que por ejemplo, no se puede considerar también las “concepciones morales dominantes” como un bien jurídico colectivo, o si eso parece demasiado impreciso, porque no se podría basar la punibilidad de la homosexualidad en un bien jurídico constituido por la “estructura heterosexual de las relaciones sexuales”. La falta de cualidad como bien jurídico de determinadas concepciones morales tampoco se puede fundamentar en que los meros sentimientos o concepciones valorativas generales sencillamente se les niega el reconocimiento como bien jurídico; pues el derecho penal sanciona, sin que nadie lo objete, meras lesiones del sentimiento de piedad o suscitar escándalo público, a pesar de que en esos casos los daños están sólo en el terreno del mundo de los sentimientos y del decoro.⁹

⁹ ROXIN Claus .- Derecho Penal, Parte General.- Tomo I.- Fundamentos. La Estructura del la Teoría del Delito.- Editorial Thomson.- Civitas, pág. 54

Merece comentario especial en reconocer que la única restricción previamente dada para el legislador se encuentra en los principios de la Constitución, por lo tanto, un concepto de bien jurídico vinculante político-criminal sólo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad del individuo, a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado. En consecuencia se puede decir: LOS BIENES JURIDICOS SON CIRCUNSTANCIAS DADAS O FINALIDADES QUE SON UTILES PARA EL INDIVIDUO Y SU LIBRE DESARROLLO EN UN MARCO DE UN SISTEMA SOCIAL GLOBAL ESTRUCTURADO SOBRE LA BASE DE ESA CONCEPCIÓN DE LOS FINES O PARA EL FUNCIONAMIENTO DEL PROPIO SISTEMA.- Esta definición, al atender a “circunstancias dadas y finalidades”, quiere expresar de modo general que este concepto de bien jurídico abarca tanto los estados previamente hallados por el Derecho como los deberes de cumplimiento de normas creadas sólo por el mismo, es decir que no se limita a la primera alternativa.¹⁰

4.2.- TIPO OBJETIVO.-

El objeto material sobre el que recae directamente la acción y el sujeto pasivo en el delito de asesinato y en todos los delitos agrupados contra la vida humana, es el hombre vivo físicamente considerado, mientras que el bien jurídico protegido es la vida humana como valor ideal.

Sujetos, activo y pasivo, pueden serlo cualquier persona, sin más limitaciones que las que provienen del concurso de leyes.- La acción consiste en matar a otra persona con las circunstancias constitutivas, es decir con alevosía; por precio, o recompensa o promesa; o, con ensañamiento, aumentando deliberadamente el dolor del ofendido.-

Considero de suma importancia realizar un comentario sobre la autoría de las personas en el asesinato, manifestando que: sólo deber ser castigado “quien” da muerte, sucintamente

¹⁰ ROXIN Claus .- Derecho Penal, Parte General.- Tomo I.- Fundamentos. La Estructura del la Teoría del Delito.- Editorial Thomson.- Civitas, pág. 56

dicho “quien” bajo ciertas circunstancias es descrito como sujeto especial del hecho) realiza el ilícito tipificado como infracción a la norma en el tipo penal “asesinato”. Si bien de este modo es el autor quien aparece como el infractor natural de la norma, continúa siendo dudoso en qué casos alguien puede ser considerado como tal, especialmente en aquellos en los cuales la realización del acontecer descriptivo en el tipo constituye el resultado del trabajo conjunto de varias personas; con el fin de asesinar a X, A, mediante el pago de una suma de dinero, dio el impulso inicial, en tanto C consiguió las armas, B averiguó la oportunidad más adecuada para la comisión del hecho, D efectuó el disparo mortal y E consiguió un vehículo motorizado con el cual F ayudó a D a huir con posterioridad al hecho¹¹.- Tanto material como formalmente existen dos caminos básicamente diferentes para la determinación de la autoría: desde una perspectiva material puede, en principio, ser considerado autor toda persona que de algún modo ha cooperado a la realización de un acontecer típico; en tanto, sobre la base de una diferenciación de fondo de los diversos aportes de autoría, es posible así mismo castigar como autor sólo a la respectiva figuras central. A ello corresponden dos posibilidades sistemáticas: un sistema unitario, orientado exclusivamente al autor y otro que distingue entre el autor y quienes han cooperado a la perpetración del hecho.

Respecto a determinar sobre el autor del hecho, la mayoría de la doctrina acepta la llamada “teoría del dominio del hecho”, encontrándose su explicación en la dirección final del acontecimiento típico por parte del autor, en el tener en las manos el curso típico de los acontecimientos, al cual se extiende el dolo, es posible decir entonces que se puede reconocer el dominio del hecho a todo aquel que puede inhibir, dejar correr o bien interrumpir la realización del resultado completo¹².- Quien por si sólo realice la lesión contraria a la norma descrita en el tipo es necesariamente poseedor del dominio final del hecho, manifestando en forma exclusiva el elemento objetivo de autoría.- También aquel que ejecute lícitamente o sin culpabilidad, debido a una coacción, una lesión típica a un bien jurídico, es necesariamente poseedor del dominio objetivo del hecho, de lo cual se

¹¹ MAURACH Reinhart.- Derecho Penal.- Parte General 2.- Editorial Astrea.- Pág. 285

¹² MAURACH Reinhart.- Derecho Penal.- Parte General 2.- Editorial Astrea.- Pág. 316

deduce que es posible atribuir el dominio del hecho a diversas personas respecto de la misma lesión de un bien jurídico, que en el caso que nos ocupa sería el asesinato.

El tipo objetivo es el núcleo real –material de todo delito, en este caso del asesinato. Delito no es únicamente voluntad mala, sino que voluntad mala que se realiza en un hecho. El fundamento real de todo delito es la objetivación de la voluntad en un hecho externo.- El hecho externo, es por ello, la base de la estructuración dogmática del delito. La objetivación de la voluntad encuentra su expresión típica en las “circunstancias del hecho” objetivas, que pertenecen al tipo objetivo. Ya las acciones “objetivas” de matar a otra persona, no pueden ser aprehendidas suficientemente sin la tendencia de la voluntad que las conduce y las anima.¹³

En la mayoría de los tipos penales, el autor no es caracterizado objetivamente. Autor es todo aquel que ejecuta la acción. En numerosos delitos, sin embargo la acción típica va unida a un autor señalado concretamente; así por ejemplo un delito típico militar sólo puede ser cometido por soldados, en este caso, no es la acción como tal, sino su ejecución por un autor en una determina condición (militar), lo que configura la base material para la valoración e la antijuridicidad.¹⁴

4.3.- TIPO SUBJETIVO.-

Como he manifestado a lo largo del presente trabajo investigativo, el Art. 170 del Código Penal Militar, describe al asesinato, estableciendo que: “Los que causaren la muerte a una persona...”.- Como se aprecia, el núcleo esencial del derecho en el asesinato es la muerte a otra persona; siendo así, es entonces de suma importancia descifrar al elemento “querer”, para lo cual la doctrina se limita a estudiar el dolo, refiriendo que en el “dolo”, comúnmente se distinguen tres formas distintas de dolo: la intención o propósito (dolus directus de primer grado; el dolo directo (dolus directus de segundo grado o dolus indirectus; y, el dolo eventual, las mismas que se contraponen a las dos formas de imprudencia, la conciente y la

¹³ WELZEL Hans.- Derecho Penal Alemán.- Parte General.- 12ª Edición.- Editorial Jurídica de Chile, pág 93

¹⁴ WELZEL Hans.- Derecho Penal Alemán.- Parte General.- 12ª Edición.- Editorial Jurídica de Chile, pág 94

inconciente. Resumiendo entonces tenemos que: bajo el concepto de intención o propósito cae lo que el sujeto persigue; por el dolo directo de segundo grado son abarcadas todas las consecuencias que, aunque no las persigue, el sujeto prevé que se producirán con seguridad; y, por dolo eventual actúa quien no persigue un resultado y tampoco lo prevé como seguro, sino que sólo prevé que es posible que se produzca, pero para el caso de su producción lo asume en su voluntad¹⁵.- De lo manifestado en estas líneas se puede apreciar que en el caso del asesinato únicamente podemos hablar de dolo directo de primer grado y dolo directo de segundo grado, descartándose entonteces el dolo eventual.

La distinción y determinación conceptual más exacta de las tres formas de dolo es importante porque el legislador no siempre castiga cualquier actuación dolosa, sin más, sino que frecuentemente exige una determinada intención (o propósito), y en otros casos, mediante el requisito de “actuar a sabiendas” o de actuar de “mala fe”.- Para caracterizar unitariamente las tres formas de dolo se emplea casi siempre la descripción del dolo como “saber y querer” (conocimiento y voluntad) de todas las circunstancias del tipo legal.- A este respecto, el requisito intelectual (“saber”) y el volitivo (“querer”) están en cada caso diferentemente configurado en sus relaciones entre sí. En el caso de la intención, en el lado del saber basta con la suposición de una posibilidad, aunque sólo sea escasa, de provocar el resultado; por ejemplo, en un disparo a gran distancia. Dado que se persigue el resultado y que por tanto el “querer” es muy pronunciado, cuando el disparo da en el blanco concurre de todos modos un hecho doloso consumado. En cambio en el dolo directo (de segundo grado) el “saber” es todo lo exacto que es posible. Si quien realiza un atentado sabe con seguridad que la bomba que hará saltar por los aires a su víctima también causará la muerte a las personas de alrededor, se puede calificar de “querida” la muerte de éstas, aunque no la persiga y por tanto el momento volitivo sea menos intenso que en el caso de la intención. Y finalmente, en el dolo eventual la relación en la que se encuentra entre sí el saber y el querer es discutida desde su base, pero en cualquier caso, el mismo se distingue de la intención en que no se persigue el resultado y por tanto el lado volitivo está configurado más débilmente, mientras que del dolos directus (de segundo grado) también el saber

¹⁵ ROXIN Claus .- Derecho Penal, Parte General.- Tomo I.- Fundamentos. La Estructura del la Teoría del Delito.- Editorial Thomson.- Civitas, pág. 415

relativo a la producción del resultado es sustancialmente menor. En esta reducción tanto del elemento intelectual como del volitivo se encuentra una disminución de la sustancia del dolo que, en los casos límite, aproxima muchísimo, haciéndolos ya apenas distinguibles, el dolos eventualis a la imprudencia conciente.¹⁶

Toda acción conciente es conducida por la decisión de la acción, es decir por la conciencia de lo que se quiere -el momento intelectual- y por la decisión al respecto de querer realizarlo -el momento volitivo- .- Ambos momentos, conjuntamente, como factores configuradores de una acción típica real, forman el dolo.- La acción objetiva es la ejecución adecuada del dolo. Esta ejecución puede quedar detenida en sus comienzos: en la tentativa; en este caso, el dolo va más allá de lo que logra alcanzar. Si la decisión al hecho es ejecutada adecuadamente hasta el término, el hecho está consumado. En este caso, el hecho total no solo ha sido querido dolosamente, sino también ejecutado dolosamente. Aquí, el dolo es un elemento final de la acción, en todo su contenido.- El dolo como mera resolución es penalmente irrelevante, ya que el Derecho Penal no puede alcanzar al puro ánimo. Sólo en los casos en que conduzca a un hecho real y lo gobierne, pasa a ser penalmente relevante. El dolo penal tiene siempre dos dimensiones: no es sólo la voluntad tendiente a la realización típica, sino también la voluntad capaz de la realización del tipo. Esta función final-objetiva del dolo para la acción se presupone siempre en el Derecho Penal, cuando se define el dolo como conciencia del hecho y resolución al hecho.¹⁷

4.4.- RELACION DE CAUSALIDAD.-

El resultado en los delitos de asesinato es la muerte efectiva de otra persona. Entre la acción de matar y el resultado muerte, debe mediar una relación de causalidad.- En muchos casos ni siquiera surgen cuestiones sobre la causalidad entre una acción y un determinado resultado; así por ejemplo A., dispara tres tiros a B., que se halla a un metro de distancia de su agresor, hiriéndole en el hígado y en la cabeza y muriendo B., casi instantáneamente a consecuencia de dichas heridas. En este caso, la inmediata sucesión temporal entre la

¹⁶ ROXIN Claus .- Derecho Penal, Parte General.- Tomo I.- Fundamentos. La Estructura del la Teoría del Delito.- Editorial Thomson.- Civitas, pág. 416

¹⁷ WELZEL Hans.- Derecho Penal Alemán.- Parte General.- 12ª Edición.- Editorial Jurídica de Chile, pág 94

acción y el resultado y su relación directa no dejan lugar a dudas sobre la relación causal existente entre la acción y el resultado; sin embargo no todas las situaciones son tan sencillas de resolver. Las distintas teorías causales se esfuerzan por resolver diversos grupos de casos en los que la afirmación o negación de una relación de causalidad parece una cuestión bastante dudosa.

En la medida en que el resultado es elemento objetivo del tipo, no siempre cabe decidir fácilmente si el resultado se encuentra con la ejecución de la conducta en la relación que la ley denomina “causar”, o la caracteriza como “consecuencia”; si bien por lo general lo da a entender implícitamente utilizando un verbo “matar”, “robar”, etc.- El hecho de que se encuadre esta problemática en la Parte General del Delito, obedece no sólo a que la ley, en la mayor parte de los delitos, define el comportamiento delictivo por medio de un resultado, sino, antes a que los principios de la imputación desarrollados en conexión con los delitos de resultado, sirven de patrón para todos los delitos¹⁸.- Para la conexión de sujeto y suceso no es necesario que la fuerza que surte efecto en un suceso determinado espacio-temporalmente le proporcione el sujeto. En Derecho Penal puede ocurrir que a “pequeñas causas, grandes efectos”, ya que dada la igualdad de efecto, lo mismo da que se active la considerable fuerza física propia o que se aproveche la escasa fuerza propia para liberar un potencial existente en estado de latencia.

El concepto penal de “causalidad” se encuentra entre los dos extremos. Debe abarcar lo que en el caso límite aún basta como relación sujeto-objeto, pero eliminar lo que no basta. En los delitos de comisión no se le prohíbe al autor sino ejecutar una conducta que es condición del resultado típico, donde de momento queda por decidir la valoración de la condición como objeto de la imputación objetiva y el conocimiento de la condición (dolosa e imprudente) como objeto del tipo subjetivo.

Por otro lado la relación de causalidad por condición, supone que ha de mantenerse libre de hipótesis. Importa saber si un comportamiento ha condicionado un resultado (conforme a una ley causal).- La condición debe surtir efecto realmente (objetivamente ex post); no

¹⁸ JACOBS Gunter.- Tratado de Derecho Penal.- Editorial Marcial Pons, pág. 226

basta una efectividad ex ante más la producción de resultado, porque el resultado puede deberse a una condición que se adelanta; dicho de otro modo, puede deberse a una interrupción de la condición esbozada en el punto de vista ex ante.- Así mismo la condición interesa exclusivamente en relación con la vía que conduce al resultado típico; las condiciones de circunstancias concomitantes del resultado (variaciones dentro de un riesgo ya existente) son irrelevantes, es decir que la causación del resultado ha de distinguirse, pues de la causación de meras circunstancias concomitantes.- Con arreglo a la doctrina hoy dominante, cuando menos formulada de modo equívoco, se trata de determinar si ha sido causado el resultado en su forma concreta; lo que no afecte a la forma concreta del resultado sería pues, circunstancia concomitante, sin relevancia.- Esto no es acertado por dos razones: En primer lugar, no todo detalle de la configuración de un resultado es típicamente relevante; y, en segundo lugar, la fórmula del resultado en su configuración concreta parece dar a entender que importa sólo el resultado y no el camino hasta éste. Para solucionar estos planteamientos hay que partir de que la diferenciación entre una causación típica de un resultado y un mero ocasionamiento de circunstancias concomitantes no se verifica en la consideración de los elementos naturalísticos de un proceso causal, sino que depende de la finalidad de la norma: un suceso que no hace al mundo más peligroso y que tampoco pone un complejo de condiciones de resultado (riesgo) en lugar de otro, no puede ser objeto razonablemente de una prohibición penal de causar resultados; así pues, quien no aumenta un riesgo ya existente ni modifica el alcance del riesgo, condiciona sólo circunstancias concomitantes, por lo que este condicionar de circunstancias concomitantes tiene lugar dentro de un riesgo ya existente, acabe hablar de una mera variación del riesgo ya existente.¹⁹

Para la ciencia y la práctica del Derecho Penal han exigido unánimemente la “voluntariedad” de la conducta humana como presupuesto esencial del juicio jurídico-penal, sin que pueda limitarse el concepto de voluntariedad a la ejecución efectiva de una acción voluntaria, sino ha de entenderse como la posibilidad de dominio de la actividad o pasividad corporal a través de la voluntad (esto es a través de la capacidad para un querer final).- La dirección final de una acción se lleva a cabo en dos etapas: La primera transcurre

¹⁹ JACOBS Gunter.- Tratado de Derecho Penal.- Editorial Marcial Pons, pág. 238

totalmente en la esfera del pensamiento, empieza con la anticipación (el proponerse) del fin, que el autor quiere realizar; la selección de los medios de la acción para la consecución del fin. El autor determina sobre la base de su saber causal y en un movimiento de retroceso desde el fin, los factores causales que son requeridos para el logro mismo, incluso aquel movimiento corporal con el que puede poner en marcha toda la cadena causal.²⁰

CAPITULO II

1.- CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES CONSTANTES EN EL ART. 27 DEL CODIGO PENAL MILITAR.-

Como ya manifesté en líneas anteriores, el Art. 170 del Código Penal Militar Ecuatoriano, al referirse al asesinato establece: *“Los que causaren la muerte a una persona, con alguna de las circunstancias agravantes determinadas en el art. 27, serán responsables de asesinato y serán sancionados con reclusión mayor extraordinaria y expulsión de las Fuerzas Armadas”*.- De la simple lectura al artículo invocado se puede establecer de manera clara y fehaciente que necesaria y obligatoriamente debemos remitirnos al tantas veces invocado Art. 27 para poder tener un panorama claro y cierto de cuando un militar incurre en el delito de asesinato.- Encontrándose así normado la legislación penal militar ecuatoriana, procedo entonces en el presente capítulo a desarrollar lo constante en el mencionado artículo, no sin antes hacer notar una vez más que el art. 27 lo que hace es describir circunstancias agravantes aplicables a todos los delitos militares, circunstancias agravantes que no son precisamente los elementos constitutivos del asesinato que recoge la mayoría de legislaciones, refiero: 1) Con alevosía; 2) Por precio, recompensa o promesa; y, 3) Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido.

2.- De lo manifestado, el numeral 1) del Art. 27, describe como circunstancias agravantes: *“Cometer la infracción con armas, entre varios militares, en cuerpos de guardia, ante tropa reunida o formada, en presencia de superiores, en campaña, en plazas, fortalezas o*

²⁰ WELZEL Hans.- Derecho Penal Alemán.- Parte General.- 12ª Edición.- Editorial Jurídica de Chile, pág 55

lugares sitiados, en marcha contra el enemigo, frente a él, durante el combate o la retirada y más operaciones”.- Analizando el artículo y con respecto a cometer la infracción con armas, debo manifestar que refiere aquel aparato (armas de fuego) que se carga con pólvora, perteneciendo a éste genero, la ametralladora, la carabina, la bomba, el cañón, la escopeta, la pistola, el revólver, el rifle²¹; sin embargo de ésta definición en el Ecuador se encuentra en vigencia la Ley de Fabricación, Importación, Exportación, Comercialización, Tenencia de Armas, Explosivos, Munición y más Accesorios, cuyo Reglamento de aplicación a la Ley, en su Art. 14, establece que las armas de fuego se clasifican en: a) Armas de guerra de uso privativo de las Fuerzas Armadas; b) Armas de uso restringido; y, c) Armas de uso civil.- A su vez las armas de guerra que son de uso privativo las Fuerzas Armadas, pudiendo ser: a) Pistolas calibre 9 mm. o superiores; b) Fusiles y armas automáticas, sin importar calibres; c) Los tanques de guerra, cañones, morteros, misiles de tierra, mar y aire en todos los calibres; d) lanza cohetes, lanzagranadas, bazucas en todos sus calibres; y, e) Granadas de mano, bombas de aviación, granadas de fragmentación, torpedos, proyectiles y minas.- Seguidamente las armas de uso restringido son aquellas destinadas al uso privativo de la Policía Nacional, tales como: a) Revólveres hasta calibre 38, pistolas y subametralladoras semiautomáticas hasta el calibre 9 mm; b) Carabinas de repetición o semiautomáticas; y, c) Gases de uso y empleo de la Policía Nacional.- Así mismo dentro de las Armas de uso civil tenemos las Armas de defensa personal; armas deportivas; y, armas de colección.- Como se podrá apreciar las armas, en su distintas clases, pueden ser portadas por personas específicas y en lo que respecta al personal militar, dadas sus condiciones, dentro de sus labores profesionales necesaria y obligatoriamente deben portar armas de guerra, lo que implica decir que lo normado en el inciso primero del Art. 27 del Código Penal Militar, como que no guarda relación con la actividad misma que realiza el militar, pues no se puede entender a un soldado-militar sin que porte constantemente su armamento entregado en dotación.- Paralelamente debo recalcar así mismo que el elemento militar, dentro de su función laboral realiza actividades concernientes a: guardia, patrullajes, adiestramiento militar para el combate frente al enemigo, marchas; actividades estas que son realizadas o supervisadas por un superior jerárquico que cumple la función de

²¹ CABANELLAS Guillermo.- Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual.- Tomo I.- 12ª Edición.- Editorial Heliasta, pág.361

Comandante, es decir y una vez más debo insistir que la redacción del numeral invocado no aporta mayormente con elementos que puedan diferenciar con exactitud lo que debería entenderse por asesinato, es más, me planteo la siguiente pregunta ¿Incurriría en asesinato un soldado-militar, encontrándose de guardia dentro de un recinto militar, con una arma de uso civil, produce la muerte de otra persona, ante tropa armada?. Según las circunstancias agravantes descritas en este primer inciso, al soldado-militar no se le puede imputar de asesinato, todo esto por cuanto no se encuentra ante tropa reunida o formada, ni ante superior jerárquico y además por cuanto en la normatividad del primer inciso no se especifica la clase de arma con la que puede causar la muerte de otra persona, pues como indiqué anteriormente, las ramas pueden ser de varias clases.

3.- Seguidamente el numeral 2) del Art. 27, establece como circunstancias agravantes del asesinato: ***“Causar con el hecho punible mal ejemplo y escándalo en cuarteles, buques de guerra, vehículos, oficinas, institutos o departamentos militares”***: Al respecto me referiré en primera instancia a los términos “mal ejemplo”. Ciertamente que puede entenderse por “mal ejemplo” a todo lo que va en contra o es adverso al ejemplo o modelo para la conducta ajena, en cualquier esfera de la vida.- Ahora bien y en lo que concierne al soldado- militar, el “mal ejemplo” está orientado precisamente en la disciplina que debe regir para el cumplimiento de la misión, es decir el correcto proceder de la manera más adecuada en el cumplimiento de los deberes y al servicio de los ideales; así, con austeridad en la administración pública, con imparcialidad y rectitud en la justicia, con disciplina y valentía en las guerra lícitas, con elevación y dignidad en todo caso.²² Seguidamente no basta el “mal ejemplo”, sino que también debe concurrir el “escándalo”. Este término está íntimamente vinculado con el “mal ejemplo”, pues al decir “escándalo”, referimos a todo hecho que origina un mal pensamiento o una mala acción, en sentido estrictamente moral; entendiéndose también como una desvergüenza, desenfreno, obscenidad o inmoralidad en público que ofende a las buenas costumbres de una sociedad, por la repulsa que suscita o por el mal ejemplo que provoca, a causa de la circunstancia de publicidad, sea causal o

²² CABANELLAS Guillermo.- Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual.- Tomo III.- 12ª Edición.- Editorial Heliasta, pág. 42

buscada de propósito²³.- Como se verá y una vez producido el asesinato, ésta conducta delictuosa debe necesariamente producir “mal ejemplo” y “escándalo” en el interior de la organización militar.

Como es sabido el Derecho Penal sólo puede proteger “bienes jurídicos”, tales como la vida, la integridad corporal, el honor, etc, dejando a un lado “conceptos generales” como la inmoralidad²⁴; y, menciono esto por cuanto lo analizado en el numeral 2) del Art. 27 del Código Penal Militar, lo que hace es invocar aspectos morales, que si bien es cierto constan como circunstancias agravantes, no es menos cierto también decir que, para imputar el delito de asesinato a un soldado-militar, debe concurrir esta agravante, todo lo cual de por si acarrea mucha dificultad.

4.- A continuación el numeral 3) del Art. 27 del Código Penal militar, establece como circunstancia agravante del asesinato: ***“Faltar a la palabra de honor empeñada con quebrantamiento de prisión o de arresto, abusar de sus facultades como Jefe Superior, con auxilio o participación de sus compañeros o subalternos, tomar el nombre de autoridad o servirse de órdenes falsas”***.- De igual manera me referiré inicialmente a definir lo que se entiende por “faltar a la palabra de honor empeñada”, manifestando que hace relación a la afirmación o promesa en que se compromete a la propia dignidad como refuerzo del empeño adquirido o del ofrecimiento hecho. Constituye una especie de juramento por los valores morales del individuo, al que cabe afrentar si incumple tan solemne declaración.- Se entiende además como una expresión con la que se subraya la veracidad de lo manifestado, cuando la otra parte o quien lo oye desconfía de la exactitud de lo declarado y, más en especial, del cumplimiento de lo prometido.- En los Estados laicos, o en aquellos donde no quiere comprometerse a la ligera la conciencia del declarante, en lugar de la jura, acto que compromete las creencias superiores y significa pecado si se quebranta, el juramento como garantía honoraria y moral de una declaración o convenio, se reemplaza por la promesa, que no es sino la palabra de honor de decir la

²³ CABANELLAS Guillermo.- Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual.- Tomo III.- 12ª Edición.- Editorial Heliasta, pág. 164

²⁴ ROXIN Claus .- Derecho Penal, Parte General.- Tomo I.- Fundamentos. La Estructura del la Teoría del Delito.- Editorial Thomson.- Civitas, pág. 52

verdad o de cumplir lo que se acepte²⁵.- Seguidamente el inciso refiere “con quebrantamiento de prisión o arresto”, es decir que la definición gramatical en su conjunto está dirigido a que un soldado-militar, pese haber dado su “palabra de honor empañada” de cumplir una medida cautelar de carácter personal, sea una prisión preventiva, detención con fines investigativos o encontrándose cumpliendo un arresto disciplinario, abandone su lugar.- Como se verá el inciso invocado no termina con lo definido anteriormente, sino que acota “abusar de sus facultades como Jefe Superior, con auxilio o participación de sus compañeros o subalternos”.- Ciertamente que la definición gramatical hace relación a que todo soldado-militar por su grado o función que desempeña , está facultado para ejercer el mando y dictar órdenes;²⁶ esto es que el superior jerárquico con su comportamiento incurre en un acto censurable, excediéndose arbitrariamente en sus atribuciones, irrogando grave perjuicio a un inferior. El abuso de autoridad o del mando en la fuerzas militares, integra uno de los problemas penales y de jerarquía de tratamiento más delicado, ya que resulta muy difícil de armonizar la obediencia casi ciega que de los inferiores se exige con esa limitación dudosa del ejercicio de una autoridad con atribuciones tales, que en oportunidades impone el riesgo o sacrificio de la vida, como en tantos lances del combate²⁷.

5.- Otra circunstancia agravante que contempla el Art. 27 del Código Penal Militar, tiene relación a: ***“Perpetrar el hecho por precio o promesas, temor de un peligro personal, cobardía o embriaguez”***.- Sin temor a equivocarme y conforme a la doctrina de la mayoría de legislaciones, en el sentido de considerarlo al asesinato como un delito autónomo, consta como elementos constitutivos del asesinato hecho perpetrar la infracción “por precio, promesa o recompensa”.- La expresión “por”, acentúa el carácter motivador de esta circunstancia. No basta por consiguiente, que el sujeto que mata reciba posteriormente una determinada dádiva por lo que ha hecho, sino que es preciso que lo haya hecho sobre la base de tal motivo. Según la jurisprudencia y la doctrina dominante el “precio, recompensa o promesa” han de tener un carácter económico. Esta circunstancia requiere, por lo menos,

²⁵ CABANELLAS Guillermo.- Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual.- Tomo V.- 12ª Edición.- Editorial Heliasta, pág. 52

²⁶ Diccionario Militar Ecuatoriano.- Fuerza Terrestre.- año 2000

²⁷ CABANELLAS Guillermo.- Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual.- Tomo I.- 12ª Edición.- Editorial Heliasta, pág. 53

la presencia de dos personas: la que ofrece el precio y la que lo recibe; pero sólo afecta al que realiza el hecho motivado por ella. El que ofrece el precio puede, todo lo más, ser considerado como partícipe en el hecho cometido por el que lo recibe y ser castigado como inductor o cooperador necesario (de otra opinión algún sector jurisprudencial que considera que esta circunstancia es también directamente aplicable al que ofrece la recompensa²⁸.- Continúa el numeral estableciendo que también debe concurrir “temor de un peligro personal”.- En atención a la definición gramatical citada, considero que refiere a un temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona, libertad, honra o bienes o en los de su cónyuge, ascendientes o descendientes.- Así mismo el numeral que nos ocupa termina citando a la “cobardía y embriaguez”.- En lo que concierne a la cobardía, esta está relacionada con el miedo, deseo vehemente de conservar la vida y mantener la integridad corporal, ante un peligro o riesgo, que se manifiesta por resistirse a avanzar, por ocultarse rápida y tenazmente e incluso por la huida ante el mal que se presente o amenaza. Suele definirse también de manera negativa, cual falta de valor o de ánimo. De modo especial, cuando del sacrificio de la vida se trata y frente al enemigo en la lucha y en la guerra. La cobardía por sí sola puede motivar la más expeditiva de las condenas mortales, así en los códigos penales militares el que incurre en cobardía es sujeto activo de sufrir penas crueles, dada la eficacia de la disciplina castrense²⁹.- Finalmente “la embriaguez” puede entenderse como la turbación de las facultades mentales causada por la abundancia con que se ha bebido licor, anulando la voluntad y creando ciertas situaciones que hacen incapaz a la persona que se encuentra en tal estado.- Ahora bien existe gran discrepancia entre la legislación común y la militar sobre el tema de la embriaguez como circunstancia modificativa de la responsabilidad penal. Para la jurisdicción penal común, la embriaguez plena y fortuita constituye eximente, como trastorno mental transitorio; mientras la embriaguez no habitual y no preordenada al delito configura atenuante. La embriaguez habitual no significa delito, pero puede determinar la aplicación de medidas de seguridad.- Frente a este panorama, que en ocasiones se ven precisados a tomar en cuenta lo tribunales castrenses, pues en las legislaciones penales militares, lo que hace es repulsar

²⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco.- Derecho Penal, Parte Especial.- Décimo Tercera Edición.- Editorial Tirant Blanch Libros, pág. 53

²⁹ CABANELLAS Guillermo.- Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual.- Tomo II.- 12ª Edición.- Editorial Heliasta, pág. 178

a la embriaguez, y se lo hace por cuanto es considerada como sustancia que puede minar la salud del soldado- militar, además de corroer la disciplina con tal lamentable espectáculo, tal es así que se declara tan cautamente que la embriaguez nunca será atenuante para los militares; y, tal pronunciamiento resulta conveniente para ilustrar que los tribunales militares deben tender a borrar de sus legislaciones la circunstancia de la embriaguez, ya que esta según sea los casos puede ser considerada como un atenuante.

6.- Finalmente en el último numeral del Art. 27 del Código Penal Militar, consta como circunstancia agravante aquella que hace relación: ***“Haber cometido la infracción con Alevosía; premeditación; despoblado; escalamiento y durante la noche”***.- En idéntica manera y como había manifestado en anteriores líneas y siguiendo la doctrina dominante, uno de los elementos constitutivos del asesinato es el que tiene que ver con la ***“alevosía”***.- El aspecto primordial y decisivo en la alevosía es el aseguramiento de la ejecución del hecho y la ausencia del riesgo ante la defensa que pueda hacer el ofendido, de ahí que se estime siempre alevosa la muerte a traición o por sorpresa, aunque algunas corrientes feministas nieguen que esta calificación sea aplicable cuando la mujer mata al marido mientras duerme, ya que por su mayor debilidad física no puede hacerlo cara a cara y algún sector jurisprudencial, influido por la dogmática alemana, entiende que es necesario un ánimo especial alevoso.- La alevosía puede aparecer en cualquier momento de la ejecución del delito, pero también puede suceder que se inicie la ejecución del hecho alevosamente y termine simplemente como homicidio, si por ejemplo se dispara contra la víctima, primero a traición, sin alcanzarla y cuando ésta, apercebida se encuentre al agresor, vuelve éste a disparar, matándola. En este caso admitir el concurso entre una tentativa de asesinato y un homicidio doloso consumado supone descomponer la acción de matar en una serie de secuencias aisladas desconectadas entre sí e ignorar que una vez iniciados los disparos y reiterados éstos sin solución de continuidad, la modificación de la situación de la víctima sólo puede influir en la calificación de alevosía en el caso en el que la situación alevosa originaria haya cambiado sustancialmente, no cuando sigue existiendo la misma situación de indefensión (el que una persona desarmada a la que se va a matar por la espalda se vuelva, carece de trascendencia a los efectos de seguir considerando que existe alevosía).- Por las mismas razones, tampoco se convierte automáticamente en alevosa la muerte

producida por una puñalada en la espalda o al rematar al contendiente caído en el suelo, en el transcurso de una pelea en la que ambos contendientes actúan en igualdad de condiciones³⁰.-

La alevosía no exige ningún tipo de premeditación o preparación y puede surgir en el mismo momento en que se ejecuta el hecho. En algunos casos, el medio empleado para ejecutar la muerte puede ya de por sí constituir alevosía, por ejemplo el veneno, por eso se ha prescindido en la nueva regulación de asesinato la agravante de “por medio de inundación, incendio, veneno o explosivos” que puedan incluirse dentro del concepto de alevosía.- La alevosía absorbe las agravantes de disfraz y abuso de confianza y superioridad, lo que no quiere decir que siempre que se den estas agravantes se dé también la alevosía, sino al contrario, que siempre que se aprecie la alevosía no podrán apreciarse coetáneamente otras agravantes similares

6.2.- Otro elemento dentro de las circunstancias agravantes constantes en el último inciso del Art. 27 del Código Penal Militar, hace relación a la “*premeditación*”.- Al respecto se menciona que es una consideración reflexiva y relativamente prolongada de un hecho delictivo. Aún recomendable tal actitud en general, por los riesgos de la improvisación, por cuanto significa detección con el pensamiento criminal y perfeccionamiento del delito proyectado, al asegurar su perpetración y el encubrimiento posible.- Se manifiesta además que son tres factores los integrantes de la premeditación: a) El cronológico.- refiere al transcurso de un lapso entre la resolución delictual y la ejecución delictiva.- b) El Moral, la reflexión y la persistencia en el propósito; y, c) El psicológico, la calma espiritual y la frialdad de ánimo con que se prepara el delito.- Paralelamente a lo manifestado, la legislación española, a través de la jurisprudencia, establece que en la premeditación se puede apreciar: 1) La serenidad de ánimo para causar el mal, de la que es reveladora la resolución firme, reflexiva y meditada de la ejecución.- 2) Por la persistencia en la resolución delictiva; y, 3) Por un espacio de tiempo suficiente para, con fría razón, hacerse

³⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco.- Derecho Penal, Parte Especial.- Décimo Tercera Edición.- Editorial Tirant Blanch Libros, pág. 52

cargo de las ulteriores consecuencias, y demostrativo de la perseverancia tenaz al propósito criminal.-³¹

6.3.- Seguidamente consta como elemento dentro de las circunstancias agravantes del mismo Art. 27 del Código Penal Militar, el relacionado con el “*despoblado*”.- Al respecto la jurisprudencia entiende por despoblado el lugar donde no hay ni pobladores ni concurrencia ocasional de gente; siendo así el agravante proviene del improbable auxilio que la víctima podría esperar y de la facilidad para no ser reconocidos y escapar los agresores. No es preciso que se busque de propósito; basta con que se aproveche o facilite la ejecución del hecho delictivo.³²

6.4.- En idéntica manera el mismo Art. 27 del Código Penal Militar establece como elemento dentro de las agravantes el relacionado con el escalamiento.- Al respecto debe entenderse por escalamiento, el ingreso que haga al domicilio o residencia de una persona de una manera oculta o subrepticia, utilizando la vía que no es la destinada al efecto; por ejemplo, existe escalamiento al penetrar en casa ajena por la ventana, saltando tapia, pasando por los tejados o azoteas colindantes o utilizando procedimiento similar y con la idea de delinquir.- La jurisprudencia y con respecto a lo delitos contra la propiedad, declara que el escalamiento excluye por completo la idea de hurto, por constituir siempre violencia bastante para la calificación de robo.-³³

6.5.- Para concluir el tantas veces invocado Art. 27 del Código Penal Militar, consta como elemento dentro de las agravantes, aquel conocido como “*durante la noche*”.- A este respecto la mayoría de legislaciones hacen constar como elemento agravante la “nocturnidad”, que equivale decir para nuestra legislación “la noche”; siendo así ha de entenderse entonces como la falta de visibilidad, la obscuridad que ampara al delincuente en su aproximación, ejecución y desaparición. Como manifesté en líneas anteriores la

³¹ CABANELLAS Guillermo.- Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual.- Tomo V.- 12ª Edición.- Editorial Heliasta, pág. 364

³² CABANELLAS Guillermo.- Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual.- Tomo III.- 12ª Edición.- Editorial Heliasta, pág. 210

³³ CABANELLAS Guillermo.- Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual.- Tomo III.- 12ª Edición.- Editorial Heliasta, pág. 510

“nocturnidad” que equivale decir “la noche”, constituye circunstancia agravante por el hecho de cometerse de noche; se funda en la facilidad para no ser reconocido el agresor en la oscuridad nocturna y posibilitar ésta la fuga y la impunidad. Influye así mismo el temor que las agresiones, cuando falta la luz diurna, inspiran el ánimo de la mayoría, que debilita la propia defensa y no alimenta el socorro ajeno.- La jurisprudencia declara que ha de apreciarse la “nocturnidad”, aún no buscada a propósito, cuando el autor del delito se prevale de ella. Las primeras horas de la madrugada se estiman noche a estos efectos.- Ahora bien aunque se olvide sistemáticamente, “la nocturnidad” puede constituir precisamente atenuante; porque actos de obscenidad y de impudor realizados en la vía pública, sobre todo por parejas en plazas, jardines y parques, son menos perceptibles en la oscuridad y no provocan, por ello mismo, “escándalo público tan notorio”.

CONCLUSIONES:

Luego de haber expuesto lo concerniente al tipo penal asesinato dentro de la legislación militar ecuatoriana, puedo llegar a establecer conclusiones que serían de mucho provecho, a fin de insertarlas a manera de reforma al Art. 170 del antes citado cuerpo legal.- Como se podrá haber advertido la norma legal que ha sido objeto de análisis, en sí mismo, no da una definición exacta de lo que se debe entender por “asesinato”, lo que hace es describir una conducta delictuosa, esto es causar la muerte una persona a otra; y, prosigue la norma invocando circunstancias agravantes. Si bien es cierto que el bien jurídico protegido es la vida independiente, sin embargo de aquello lo que se encuentra tipificado en la legislación militar ecuatoriana, con respecto al asesinato, es describir una conducta delictuosa incompleta, todo esto por cuanto y de acuerdo a la doctrina dominante y que se encuentra plasmada en la mayoría de legislaciones, al asesinato se lo concibe como “causar la muerte de una persona por otra con alguna de las circunstancias: 1) Alevosía; 2) precio, promesa o recompensa; y, 3) con saña, aumentando deliberadamente el dolor del ofendido; es decir que el asesinato tiene elementos propios que lo diferencian sustancialmente del homicidio simple o calificado.- Como he manifestado tantas veces y en líneas anteriores, lo que se encuentra normado en el Art. 170, me parece incompleto e inexacto, pues lo que hace es

remitir al Art. 27 del mismo cuerpo legal; norma jurídica en la que se encuentran constantes la circunstancias agravantes, que dicho sea de paso son todas aquellas que aumentan la malicia o maldad del hecho delictivo, o la alarma social que puede causar en la sociedad, o al interior de la institución armada, o ya sea para establecer la peligrosidad de su autores, es decir que estas circunstancias agravantes no son solamente aplicables para el asesinato, sino que lo son también para los demás delitos, como por ejemplo contra la integridad corporal, delitos contra la propiedad, etc, etc.- Digo que es incompleto e inexacto por cuanto, el asesinato, como conducta delictuosa, en la legislación militar ecuatoriana, debería constar como un delito autónomo, es decir a más de causar una persona la muerte de otra, deberá estar acompañado con alguno de los elementos, tales como la alevosía, promesa, recompensa o precio a ya con el elemento de la saña.- En idéntica manera, me parece inexacto también, por cuanto las circunstancias agravantes constantes en el Art. 27, lo que hace es confundir algunos elementos o circunstancias propias de un tipo penal con otro; así por ejemplo, consta como circunstancia agravante del asesinato, aquel referente al escalamiento, elemento éste propio del robo, que nada tiene que ver con la alevosía, el precio, promesa o recompensa o ya con la saña, que sin son elementos constitutivos propios del asesinato.- En fin, las circunstancias agravantes, nada tiene que ver con los elementos constitutivos propios de un tipo penal y que como hemos visto en el Código Penal Militar, concretamente en las disposiciones legales que hemos citado, es necesario separar unos de otros, pues insisto una vez más, estas circunstancias son aplicables para todos los delitos y no en especial para el asesinato, como erróneamente se lo hace en el Código Penal Militar .

Asimismo y con relación al hecho que nos ocupa, esto es el tipo penal asesinato, constante en el Título IV, me parece también inexacto que este título conste como Infracciones Contra las Personas, pues es sabido que las “Infracciones Contra las Personas” abarca también otros tipos penales, tales como, la integridad corporal, la honra, el estado civil, etc; en tal virtud y siguiendo en idéntica manera la doctrina dominante que se encuentra plasmada en la mayoría de legislaciones, convendría denominar de mejor manera a este Título como: “Delitos contra la vida independiente”, título en el que puede constar el asesinato, el homicidio simple o calificado, y el preterintencional.

Considero de suma importancia realizar la reformas propuestas, por cuanto la jurisdicción penal militar, en sus distintos niveles, en muchos de sus fallos, en lo que respecta a las “Infracciones contra las personas”, ha incurrido en una serie de equívocos, todo esto precisamente por no estar debidamente descritas las conductas delictuosas con sus elementos constitutivos propios, que los diferencian unos de otros, tanto más que nuestra legislación penal militar data del año de 1960, sin que desde esa fecha a la actual se haya producido reforma alguna, lo que hace suponer entonces que esas conductas delictuosas necesaria y obligatoriamente deben ser reformadas, tomando en consideración las doctrinas dominantes, concernientes a la teoría del delito, parte especial.

PROPUESTA

Como he venido manifestando en reiteradas ocasiones, el Título IV del Código Penal Militar, debería cambiarse la denominación de “Infracciones contra las personas” por “Delitos contra la vida humana independiente”; y, en lo que respecta a la conducta delictuosa tipificada en el Art. 170 del mismo cuerpo legal debería reformarse en el sentido de: “Incorre en asesinato la persona que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: 1) Con alevosía; 2) Por precio, recompensa o promesa; y, 3) Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido”.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- FRANCISCO MUÑOZ CONDE.- DERECHO PENAL.- PARTE ESPECIAL.- DÉCIMO TERCERA EDICIÓN.- EDITORIAL TIRANT BLANCH.

- CLAUS ROXIN.- DERECHO PENAL.- PARTE GENERAL.- TOMO I.- FUNDAMENTOS DE LA ESTRUCTURA DE LA TEORIA DEL DELITO.- EDITORIAL THOMSON-CIVITAS.

- REINHART MAURACH.- DERECHO PENAL.- PARTE GENERAL 2.- EDITORIAL ASTREA.

- HANS WELZEL.- DERECHO PENAL ALEMÁN.- PARTE GENERAL.- 12ª EDICIÓN.- EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE

- GUNTER JACOBS.- TRATADO DE DERECHO PENAL.- EDITORIAL MARCIAL PONS.

- GUILLERMO CABANELLAS.- DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL.- TOMOS I, II, III, IV, V, VI .- 12ª EDICIÓN.- EDITORIAL HELIASTA

- DICCIONARIO MILITAR.- FUERZE TERRESTRE.- COMANDO GENERAL

- CODIGO PENAL MILITAR