



LW
LP

U^QFQ

LAW WORKING PAPERS





LAW WORKING PAPERS

El Femicidio, Tipo Penal Autónomo o Agravante del Asesinato: una Crítica al Artículo 141 del Código Orgánico Integral Penal

Juan Sebastián Rocha Granja

2022 / 03

USFQ Law Working Papers

Colegio de Jurisprudencia
Universidad San Francisco de Quito USFQ
Quito, Ecuador

En contestación a: n/a

Recibido: 2022 / 03 / 16

Difundido: 2022 / 04 / 27

Materias: derecho penal, derecho constitucional, derecho comparado

URL: <https://ssrn.com/abstract=4095034>

Citación sugerida: Rocha Granja, Juan Sebastián. “El Femicidio, Tipo Penal Autónomo o Agravante del Asesinato: una Crítica al Artículo 141 del Código Orgánico Integral Penal”. *USFQ Law Working Papers*, 2022/04, <https://ssrn.com/abstract=4069046>

© Juan Sebastián Rocha Granja

El presente constituye un documento de trabajo (*working paper*). Puede ser descargado bajo acceso abierto en: <http://lwp.usfq.edu.ec>. Sus contenidos son de exclusiva responsabilidad de los autores, quienes conservan la titularidad de todos los derechos sobre su trabajo. USFQ Law Working Papers no ostenta derecho o responsabilidad alguna sobre este documento o sus contenidos.

Acerca de

USFQ Law Working Papers

USFQ Law Working Papers es una serie académico-jurídica de difusión continua, con apertura autorial para profesionales y de acceso abierto. Introduce en Ecuador un novedoso tipo de interacción académica que, por sus características particulares, tiene el potencial de ser pionero en rediseñar el discurso público del Derecho. Su objetivo es difundir documentos de trabajo (*working papers*) con impacto jurídico, que pueden abarcar cualquier asunto de las ramas de esta ciencia y sus relaciones con otras áreas del conocimiento, por lo que está dirigida a la comunidad jurídica y a otras disciplinas afines, con alcance nacional e internacional.

USFQ Law Working Papers difunde artículos académicos y científicos originales, entrevistas, revisiones o traducciones de otras publicaciones, entre otros, en español o inglés. Los contenidos son de exclusiva responsabilidad de sus autores, quienes conservan la titularidad de todos los derechos sobre sus trabajos. La difusión de los documentos es determinada, caso a caso, por el Comité Editorial. Se prescinde de la revisión por pares con el fin de dar a toda la comunidad académica la oportunidad de participar, mediante la presentación de nuevos trabajos, en la discusión de todos los contenidos difundidos.

USFQ Law Working Papers nace, se administra y se difunde como una iniciativa de la profesora Johanna Fröhlich (PhD) y un grupo de *alumni* del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito USFQ (Ecuador). Su difusión se realiza gracias al apoyo del Instituto de Investigaciones Jurídicas USFQ (Ecuador).

Más información: <http://lwp.usfq.edu.ec>

EL FEMICIDIO, TIPO PENAL AUTÓNOMO O AGRAVANTE DEL ASESINATO: UNA CRÍTICA AL ARTÍCULO 141 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL.

FEMICIDE, A SPECIFIC TYPE OF CRIME OR AN AGGRAVATING CIRCUMSTANCE OF THE HOMICIDE: A CRITICAL VIEW REGARDING ARTICLE 141 ECUADOR'S CRIMINAL LAW.

Juan Sebastián Rocha Granja
juanserocha@hotmail.com

RESUMEN

Este trabajo realiza un estudio respecto al femicidio y a su forma de tipificación dentro del Código Penal ecuatoriano. Se pondrán en evidencia las falencias del artículo 141; entre éstas, su incompatibilidad con principios penales y constitucionales, la falta de interpretación y ambigüedad que tienen varios de sus elementos, y las posibles consecuencias que dichas falencias pueden acarrear demostrando, así, que tuvo que haber sido tipificado dentro del delito de asesinato como un agravante del tipo. Esto se hará mediante un análisis sobre cada uno de los problemas que tiene el femicidio como tipo penal autónomo; así mismo se analizarán los elementos tanto del delito de asesinato como del femicidio, para poder ver su compatibilidad; finalmente, se analizarán casos en los cuales se podrá evidenciar que estos errores tienen consecuencias jurídicas reales.

ABSTRACT

The following essay entails the study of femicide and how the felony is perceived according to the Ecuadorian Criminal Code. The present is going to explore the shortcomings that the article 141 has, how it is incompatible with the criminal law principles and the Ecuadorian Constitution and its lack of interpretation and the ambiguity that some of its elements have. At the end, this work is going to analyze the consequences of what was mentioned before bring on, hence demonstrating that this crime should have been written within the crime of homicide as an aggravating. All of this is going to be achieved by doing a detailed observation of the elements that conform femicide as an autonomously classified crime. It is also going to be observed the elements that are shaped by the crime of femicide and homicide to review their compatibility. Finally, it is going to be reviewed cases that show that this kind of mistakes could lead to juridical real consequences.

PALABRAS CLAVE

Femicidio, Asesinato, Violencia de Género, Tipo penal, Agravante

KEYWORDS

Femicide, Homicide, Gender Violence, Criminal offence, Aggravation

SUMARIO

1.Introducción. 2.El femicidio, de dónde nace y sus razones. 3.Por qué el femicidio debería ser agravante. 3.1. Problemas del femicidio como delito penal autónomo. 3.1.1. Principio de no discriminación. 3.1.2. Principio de legalidad. 3.1.3. Principio de culpabilidad. 3.1.4. Principio de última ratio o de mínima intervención. 4.Análisis crítico del artículo 141 del COIP. 4.1. Tipicidad objetiva. 4.1.1. Bien jurídico protegido. 4.1.2. Sujeto Pasivo y Sujeto activo. 4.1.3. Nexo causal. 4.1.4. Elementos Circunstanciales. 4.1.5. Elementos normativos y valorativos. 5.Análisis de casos. 5.1. Proceso Penal N-13151-2015-00158. 5.1.1. Antecedentes. 5.1.2. Acusación. 5.1.3 Juicio. 5.1.4. Sentencia. 5.1.5. Análisis del caso. 5.2Proceso Penal N-06333-2015-00277. 5.2.1 Antecedentes 5.2.2 Sentencia. 5.2.3. Análisis de caso. 5.3. Proceso Penal N-17282-2015-03493. 5.3.1. Antecedentes. 5.3.2. Sentencia. 5.3.3. Análisis del caso. 6.El femicidio dentro del asesinato. 6.1. El Asesinato. 7. Análisis comparado en otras jurisdicciones. 7.1. Chile. 7.2. Perú. 7.3. Colombia. 8.Cómo se lo debe tipificar. 9.Conclusión

1. Introducción

El mundo ha avanzado mucho en temas raciales y de machismo, pero aún así sigue habiendo muchos casos de violencia en contra de las mujeres. Existe la intención de un cambio cultural, el cual se refleja en el ámbito jurídico de cada país, sobre todo en su sistema penal. Cada país actúa a su manera, dependiendo de la realidad en la que a este se le presente, pero existen contextos muy similares, como sucede en los países de Latinoamérica. A modo de reacción a esta violencia, nace el “femicidio”, mismo que aparece en el siglo XIX gracias a muchos movimientos feministas. Entre ellos, resalta el liderado por Diana Russell, una activista quien en su libro llamado “Femicide” habla de todas las aristas que conlleva dicho término.

Este cambio cultural se plasmó en varios ordenamientos jurídicos alrededor del mundo, incluido Ecuador, el mismo que en su nuevo Código Orgánico Integral Penal (COIP), publicado en el año 2014, incluye al femicidio¹ como un delito autónomo, lo que causaría posteriormente opiniones divididas por expertos en la materia, ya que este pudo volverse un arma de doble filo.

En el Ecuador se tipifica el femicidio en el artículo 141 del Código Integral Penal como un delito autónomo, e independiente del asesinato², pero en realidad ¿era esto necesario? Por lo tanto, el problema que se tratará en el presente trabajo es su tipificación, ya que no presenta diferencia sustancial entre este y el delito de asesinato que pueda justificar el artículo 141 del Código Orgánico Integral Penal. Mediante este artículo propondremos que el femicidio debió haberse tipificado como agravante, mas no como un delito penal autónomo.

¹ Según Marcela Lagarde, una de las más importantes autoras sobre el tema en la actualidad, femicidio se refiere al asesinato de mujeres, pero el feminicidio se refiere a las variadas formas de violencia de género que concluyen en muertes violentas, las mismas que no pudieron ser prevenidas o evitadas por el Estado. Para algunos, la definición del término feminicidio es más completa y acertada que la del femicidio, por lo tanto, se puede llegar a pensar que incluso la denominación del tipo penal se encuentra errada. En el presente trabajo nos referiremos al término femicidio debido a que así se encuentra denominado el tipo penal. Ver, Marcela Lagarde, “El feminicidio, delito contra la humanidad” en feminicidio, justicia y derecho. Ed. Comisión especial para conocer y dar seguimiento a las investigaciones relacionadas con los feminicidios o la violencia ejercida por hombres contra las mujeres en su deseo de obtener poder, dominación o control. (1992) 151-155.

² “La persona que mate a otra será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años, si concurre alguna de las siguientes circunstancias:(...)”. Artículo 140, Código Orgánico Integral Penal [COIP], Suplemento Registro Oficial N° 180 del 10 de febrero de 2014.

2. El femicidio, de dónde nace y sus razones.

El femicidio nace como respuesta a la violencia extrema hacia la mujer, y su término surge con la lógica de separar la muerte de mujeres por el hecho de ser mujer de otros asesinatos; por lo tanto, este tipo penal es concebido desde un punto de vista de género³. Este término aparece hace dos siglos en el libro “A Satirical View of London at the commencement of the Nineteenth Century”, publicado en 1801, en el cual se utiliza el término femicidio para referirse al asesinato hacia una mujer⁴; más tarde, este es utilizado en la Law Lexicon de Wharton en 1848, refiriéndose a dicho término como un delito punible⁵.

Esta lucha feminista dio varios frutos, provocando así que se empiece a validar y respaldar la tipificación de este tipo de normas, obligando a los estados a crear normas que eviten la discriminación y la violencia. En la legislación ecuatoriana se encuentran tipificadas varias normas que luchan contra la discriminación⁶, y existen un sinnúmero de tratados y convenios internacionales que obligan a los Estados Parte, a acatar y agregar este tipo de leyes en su ordenamiento jurídico⁷. Esto provocó que existan varios autores que apoyen esta tipificación, e incluso piensen que en ciertas ocasiones debería ser más severa.

Autoras como Nayibe Jiménez en Colombia, Mercy López y Jenny Ponto en Ecuador, apoyan la tipificación del delito, y concluyen que el mismo ha sido utilizado para mostrar un tipo extremo de violencia hacia la mujer, con el objetivo de que las mujeres tuvieran un verdadero

³ Ver, Diana E. Russell y Roberta A. Harmes, “Femicidio: Una perspectiva global”, en *Definición de femicidio y conceptos relacionados*, Publicado por teachers college press, 2006), 79.

⁴ Ver, “Id., 75”.

⁵ Ver, “Id., 76”.

⁶ Los instrumentos nacionales en donde se encuentra amparado el femicidio son:

Ver, Artículo 66.1 Constitución de la República del Ecuador Registro oficial 449 de 20 de octubre de 2008,

Ver, Artículo 141 “Código Integral Penal” Registro oficial N° 180 de 10 de febrero del 2014, y

Ver, Artículo 1 “Ley Orgánica Integral para la Prevención y Erradicación de la Violencia de Género Contra las Mujeres” Registro oficial suplemento N° 175 de 05 de febrero del 2018.

⁷ Los instrumentos internacionales que obligan a la tipificación de estas normas son: Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979) artículo 2.b y 2.c, Declaración y el Programa de Acción de Viena de (1993), Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer Belém do Pará (1994), Declaración y Plataforma de Acción de Beijing de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (1995) y Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998).

acceso a la justicia.⁸ A la vez señalan que es necesario que existan esta clase de delitos para mostrar la violencia y el machismo que existe dentro de la sociedad, y de cierta manera tratar de aminorar las cifras con el objetivo de prevenir o disuadir a las personas de cometer este tipo de actos.⁹

En Ecuador, el delito se encuentra tipificado en el artículo 141 del Código Orgánico Integral Penal como un delito autónomo. Y, aunque las razones de su tipificación sean válidas, ésta presenta varios problemas dentro de la técnica penal. Por lo tanto, se analizarán los inconvenientes que causa, y sus posibles soluciones.

3. Por qué el femicidio debería ser agravante

Como punto de partida, podemos ver que el femicidio nace hace muchos años atrás como parte de un movimiento cultural mundial, con la idea de darle más derechos a la mujer y, por ende, aminorar la violencia de género. A continuación, hablaremos de por qué el femicidio debería ser agravante, enfocados exclusivamente desde una perspectiva penal.

En el Ecuador el femicidio nace como tipo penal en el año 2014 con el Código Orgánico Integral Penal, y a pesar de que esto sea un avance, representa un gran problema dentro del Derecho Penal. Existen varios autores y expertos en la materia que no apoyan la tipificación de este delito, entre ellos podemos citar a Zaffaroni en Argentina, Johanna Prieto y Yaneth González en Colombia, Alba Victoria López Salazar y María Delgadina Valenzuela Reyes en México; quienes sostienen que este delito es muy peligroso, ya que puede tener problemas dentro de sus elementos objetivos, e inconsistencias con principios penales y constitucionales.

3.1. Problemas del femicidio como delito penal autónomo

Uno de los primeros problemas que podemos encontrar, es la falta de definición de los elementos normativos dentro del tipo penal, tal y como apunta Rocío Villanueva, quien afirma

⁸ Ver, Nayibe Jimenez, “Femicidio/Feminicidio: Una salida emergente de las mujeres frente a la violencia ejercida en contra de ellas”, *Revista Logos, Ciencia & Tecnología*, vol3, núm. 1, julio-diciembre, (2011), 127-148.

⁹ Ver, Jenny Pontón, “Femicidio en el Ecuador: realidad latente e ignorada”, *Flacso* (2009) 4-9.

que, al crear este tipo penal no se consideraron los nuevos términos que este traía a colación, y que se consideran vitales para su interpretación y aplicación¹⁰. La falta de claridad puede provocar que se otorgue un mayor poder punitivo al Estado, dado que, sin una interpretación de estos nuevos conceptos, la ley se presta a arbitrariedad provocando un mayor problema, que es la inseguridad jurídica.

Por otro lado, se puede ver que la tipificación de este delito, más que ayudar a controlar y aminorar las muertes de mujeres de forma sistemática y misógina, puede llegar a causar impunidad, y podría entorpecer el sistema. El problema que existe aquí es de orden probatorio, ya que, si leemos bien el tipo penal, señala que, para que se configure el delito tenemos que probar, entre otras cosas, que exista una relación de poder entre el agresor y la víctima, que existan manifestaciones de violencia, y que el presunto asesino haya matado a la víctima por el hecho de ser mujer¹¹.

Entre los autores que estaban de acuerdo con la tipificación de este delito, se encuentra Alfredo Santillán, en el Ecuador, quien apunta a que dicha tipificación se tiene que realizar con cuidado, ya que implica muchas más cosas, como la difícil compilación de las pruebas, así como llevar incluso a la impunidad del delito. Hallar todas estas pruebas para la configuración del delito como violencia, una relación de poder o incluso la razón de la muerte, es decir, que se haya dado por una razón de género, son realmente difíciles dentro de una escena de crimen o incluso por medio de una autopsia¹². Esta clase de inconvenientes vienen acompañados de varias violaciones a principios fundamentales.

3.1.1. Principio de no discriminación

El principio de no discriminación se encuentra representado por el derecho de igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 11 numeral 2 de la Constitución del Ecuador, según el cual

¹⁰ Ver, Rocío Villanueva. “Tipificar el femicidio: ¿la “huida” simplista al derecho penal?”, Comité de América Latina y el Caribe para la defensa de los derechos a la Mujer- CLADEM (2011), 153.

¹¹ Ver, Artículo 141 “Código Integral Penal” Registro oficial N° 180 de 10 de febrero del 2014.

¹² Ver, Alfredo Santillan, “Visualizar, prevenir y sancionar el femicidio”, *Flacso-Ecuador* (2009), 11.

“todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos”¹³. Este derecho se encuentra íntimamente relacionado con el derecho de igualdad formal y material consagrado en el artículo 66 numeral 4. Para poder concluir que una ley pueda atentarse contra estos derechos, varios órganos alrededor del mundo, encargados del control de constitucionalidad, han formulado una prueba mediante la cual se podrá apreciar la razonabilidad de la medida tomada. Uno de los exámenes más desarrollados ha sido el de escrutinio estricto, elaborado por la Corte Suprema de los Estados Unidos, al cual nos referimos a continuación. Este examen conlleva a demostrar si se han cumplido estos tres elementos:

- (i) El trato diferenciado debe estar justificado en un interés estatal imperativo (compelling state interest), que se refiere al grado máximo de trascendencia de un interés público, mas no a la urgencia o a lo apremiante del interés.
- (ii) La medida debe ajustarse estrictamente (narrowly tailored) a cumplir dicho fin. Esto significa que la medida diferenciadora debe diseñarse a medida, ya que si la acción gubernamental restringe otros aspectos (overinclusive) o no abarca los aspectos esenciales para cumplir el interés imperativo (underinclusive), no superará el test.
- (iii) Finalmente, la medida debe ser el medio menos restrictivo disponible para alcanzar el fin estatal imperativo, es decir, no debe existir un medio menos restrictivo para alcanzar eficientemente dicho objetivo¹⁴.

Bajo estas condiciones, se podría considerar que el artículo 141 del COIP atentó contra este principio. Al someter a esta norma a la prueba anteriormente descrita, se aprecia que existen falencias, sobre todo en los puntos dos y tres, dado que, como se verá más adelante, no es una norma creada a la medida ya que la tipificación tiene varias falencias; y, sobre todo, estas medidas serían menos restrictivas si se describieran de manera oportuna sus elementos de tipo objetivo.

La Corte Constitucional del Ecuador, por otro lado, también ha establecido parámetros para saber si una norma es discriminatoria o no, tales como:

¹³ Artículo 11.2, Constitución de la República del Ecuador. Registro oficial N° 449 del 20 de octubre de 2008.

¹⁴ José David Ortiz Custodio, “La Corte Constitucional, el derecho a la igualdad y las categorías sospechosas”, Revista de derecho, Iuris Dictio (2018) 86-87.

a. La existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual; b. La validez de ese objetivo a la luz de la Constitución, y c. La razonabilidad del trato desigual, es decir, la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido.¹⁵

Basándonos en estos criterios, el artículo 141 podría ser considerado como discriminatorio, sobre todo si comparamos el literal c de la prueba y este artículo. Si nos fijamos en el literal c, podremos observar que debe existir una relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido, lo cual muchos consideran que está totalmente desmesurado por la manera en la que se encuentra redactada la norma, ya que este trato desigual no solo puede llegar a vulnerar varios principios constitucionales, si no que es considerado por muchos como un delito especial¹⁶, sancionando con más gravedad ciertas conductas que se cometen en contra de ciertos sujetos¹⁷. Este delito puede ser clasificado como un delito penal de autor, lo cual analizaremos más adelante. Entre otras dificultades, esto ha causado que se deje de lado el bien jurídico protegido de otras personas que podrían necesitar una protección similar, como es el caso de los hombres, niños, ancianos y personas con capacidades especiales¹⁸.

3.1.2. Principio de legalidad

El principio de legalidad determina, entre otras cosas, la *lex certa*; ésta se refiere a que el legislador, al momento de dictar una ley penal, tendrá que aclarar y precisar la conducta típica, de modo que cualquier ciudadano promedio pueda entenderla. Precisamente en esto incurre el artículo 141 del COIP, ya que existen varias dudas sobre elementos fundamentales de la conducta como “las relaciones de poder”¹⁹ o incluso la frase que cita textualmente “dé muerte a una mujer por el hecho de serlo”²⁰. Estos nuevos conceptos, a pesar de estar definidos en el

¹⁵ Sentencia N° 245-12-SEP-CC, Caso N.º 0789-09-EP, Corte Constitucional del Ecuador, 24 de julio del 2012, 11-12.

¹⁶ Ver, Alba López, María Valenzuela, “Femicidio: tipo penal simbólico y discriminatorio”, Revista de investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica / Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México (2018) 226-227.

¹⁷ Ver, Patsilí Toledo Vásquez consultora para el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Oficina de México. “Femicidio”. México. 2009. Pág. 73

¹⁸ Ver, Sandra Bringas, “Feminicidio: ¿Necesidad de sexualiza el derecho penal?”, Fundación Dialnet, Universidad de la Rioja (2012) 6.

¹⁹ Artículo 141, Código Orgánico Integral Penal. Suplemento Registro Oficial N° 180 del 10 de febrero de 2014.

²⁰ Artículo 141, COIP.

artículo 4 de la Ley para Prevenir y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres²¹, podrían tener significados sumamente amplios, lo que implicaría una serie de situaciones que deberían estar debidamente establecidas. Estos elementos objetivos necesitan ser delimitados, dado que son amplios y sumamente ambiguos, abriendo así la posibilidad a que muchos de los escenarios que involucran la muerte de una mujer sean considerados como femicidios, lo cual no es o no debería ser el objetivo de esta norma²².

3.1.3. Principio de Culpabilidad

Otro principio que se halla vulnerado mediante esta tipificación es el de culpabilidad. Existe una gran crítica alrededor de este delito, ya que, a causa de términos poco delimitados, nos permite suponer que pueden ser cometidos tan solo por el sexo masculino, asumiendo una presunción de culpabilidad o de más culpabilidad, tan sólo por la condición de ser hombre. A esto se suele llamar Derecho Penal de Autor, mismo que se caracteriza no solo por castigar el cometimiento de la conducta prohibida, sino también por la identidad del actor²³.

3.1.4. Principio de última *ratio* o Mínima Intervención

Muchos autores sostienen que el femicidio atenta, entre otros principios, al principio de mínima intervención²⁴. La doctrina señala que este principio es la intervención mínima del *ius puniendi*, es decir, que limita la intervención del Estado, y encamina a este poder a regular tan sólo daños graves a valiosos bienes jurídicos²⁵. Esta definición también abarca la excesiva regulación normativa, que ocurre cuando se criminalizan conductas que se encuentran ya reguladas en el sistema penal. Este delito bajo dicha premisa se vuelve totalmente innecesario, ya que este tipo de muertes se hallan contempladas en otro delito como el asesinato, el cual engloba

²¹ Ver, Artículo 4 “Ley Orgánica Integral para la Prevención y Erradicación de la Violencia de Género Contra las Mujeres” Registro oficial suplemento N.º 175 de 05 de febrero del 2018.

²² Ver, Luciano Censorini, “El delito de femicidio y su constitucionalidad”, *Revista pensamiento penal edición 177* (2014) 27-37.

²³ Ver, Patsilí Toledo Vásquez, *Femicidio* (México: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009), 76 y 77.

²⁴ Ver, El principio de mínima intervención o última ratio se encuentra tipificado en el artículo 3 del Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano.

²⁵ Ver, Angel Monroy, “Principio de mínima intervención, ¿retórica o realidad?, *Derecho y Realidad* Vol. 11 Núm. 21 (2013) 28.

varios tipos de muertes para ambos sexos. Esto es así debido a que el asesinato cubre la mayoría, por no decir todos los supuestos que se tienen que probar en el femicidio, e incluso la pena podría llegar a ser la misma.

A pesar de las incongruencias analizadas, nos encontramos ante una situación especial, ya que dada la desigualdad que existe e incluso las muertes causadas por violencia de género, se considera que se debe tipificar, pero con mucha cautela²⁶. Autores como Eugenio Zaffaroni señalan que, excepcionalmente, se puede utilizar el poder punitivo para mostrar estas clases de luchas sociales y sancionar este tipo de conductas. Asimismo, nos advierte que, en realidad, hay que hacerlo con mucho cuidado, ya que podríamos convertir este delito en un delito penal de autor, que suele acarrear los problemas previamente mencionados²⁷. Para no caer en la violación de varios principios, tanto penales como constitucionales, y, a su vez, no dejar este problema social de lado, se podría incluir al femicidio entre los supuestos del asesinato. Esta posibilidad será analizada y valorada como solución a los problemas presentados. Para ello, a continuación, se analizará la tipicidad objetiva del artículo 141 del COIP, sus inconvenientes, y se mostrará la solución de cada uno de los problemas presentados, al incluir al femicidio como un supuesto dentro del delito de asesinato.

4. Análisis crítico del artículo 141 del COIP

El femicidio, según nuestro Código Orgánico Integral Penal, se encuentra en el artículo 141. Este artículo, según la misma Fiscalía General del Estado, se encuentra clasificado como delito contra la vida, al igual que el asesinato y el homicidio, pero he aquí el primer error técnico que podemos encontrar. El femicidio, como hemos recalado varias veces, se creó con el motivo de encarnar la lucha de las mujeres ante las consecuencias que deja la violencia de género, la cual genera la muerte de gran parte de las víctimas. Por lo tanto, al estar ligado inherentemente al principio de no discriminación e ir en contra de la dignidad humana, se debería agrupar en los delitos de odio, lo cual no generaría confusión en su interpretación, y consecuentemente tendría

²⁶ Ver, Sandra Bringas, “Feminicidio: ¿Necesidad de sexualiza el derecho penal?”, *Fundación Dialnet, Universidad de la Rioja* (2012).

²⁷ Ver, Eugenio Zaffaroni, “Trampas del poder punitivo”, *El discurso feminista y el poder punitivo*, (Buenos Aires: Editorial Biblos, 2000), 34-36.

una mejor aplicación, ya que sería más que evidente que para la consumación de este delito, se tendría que probar que la muerte se dio por una razón de odio contra la mujer, evitando asimismo confusiones por parte del juzgador y de la sociedad. Al estudiar un tipo penal, se debe estudiar la tipicidad. Ésta se divide en dos: la tipicidad objetiva y subjetiva²⁸. En este caso solo se analizará la tipicidad objetiva, ya que no existe discusión sobre la tipicidad subjetiva, en el sentido de que el presente delito, es un delito doloso.

4.1. Tipicidad objetiva

Los elementos objetivos bajo la doctrina penal determinan, en pocas palabras, que son los elementos internos o externos de la conducta, muchos de los cuales se encuentran plasmados por las acciones del infractor. Es decir, son los que se pueden percibir con los sentidos. La tipicidad objetiva está compuesta por los sujetos, el bien jurídico protegido, el nexo causal, elementos circunstanciales y por último los elementos normativos y valorativos²⁹.

A continuación, se analizará cada uno de estos elementos.

4.1.1. Bien jurídico protegido

Como el análisis realizado por la Fiscalía acertadamente señala, el bien jurídico protegido se refiere a los bienes, valores o principios afectados por una conducta típica. En otras palabras, según el autor Kierszenbaum, quien sigue la línea de interpretación de Von Liszt, “el bien jurídico protegido se puede decir que es un interés vital para el desarrollo de los individuos de una sociedad determinada, que adquiere reconocimiento jurídico”³⁰.

En el femicidio, el principal bien jurídico protegido es la vida, pero también recoge otros bienes jurídicos tutelados, como son la dignidad y el acceso a una vida sin violencia. Esto lo

²⁸ La tipicidad subjetiva se compone en dos elementos, el dolo y la culpa. Esta no se analizará, ya que no existe una discusión porque la doctrina y jurisprudencia están de acuerdo en que es un delito doloso.

²⁹ Ver, Ermer Valarezo, “Algunas consideraciones sobre la tipicidad en la teoría del delito”, Revista Universidad y Sociedad Vol 11 no. 1 (2018).

³⁰ Mariano Kierszenbaum, “El bien jurídico en el derecho penal. Algunas Nociones Básicas desde la Óptica de la Discusión Actual”, Revista Lecciones y Ensayos nro. 86 (2009), 188.

convierte en un delito altamente complejo³¹. Doctrinariamente este tipo de delitos son llamados pluriofensivos, ya que se caracterizan por atacar a más de un bien jurídico; razón por la cual el legislador considera que esta conducta debe ser penada con mayor severidad³².

Aunque se considera que esta protección es acertada, nos volvemos a encontrar con otra complicación. El problema es que no se contempla el bien jurídico de cualquier persona, si no sólo el de las mujeres y el de las personas de género femenino. Bajo este concepto, la muerte de un hombre en circunstancias similares no podría caer dentro de esta tipificación. Por lo que varios autores piensan que es un artículo discriminatorio.

Por otro lado, lo siguiente que se debe analizar es el verbo rector, el mismo que se refiere al verbo o a la acción, que rige el curso causal de la situación. En este caso podríamos ver que es “de muerte”.

4.1.2. Sujeto pasivo y sujeto activo

Para poder analizar este tipo penal, no podemos dejar de analizar tanto el sujeto activo y el sujeto pasivo del delito.

El sujeto activo³³ a primera vista es un sujeto activo indeterminado³⁴ ya que al leer en el artículo “la persona que” nos da a entender que es un sujeto activo indeterminado, pero al seguir leyendo el tipo penal nos hacemos la pregunta, ¿podría una mujer cometer femicidio?

Salta esta duda cuando en el mismo leemos: “que, dé muerte a una mujer por el hecho de ser mujer, o por su condición de género” o cuando tratamos de interpretar sus demás elementos.

³¹ Ver, Pamela Aguirre y Ximena Ron, “El feminicidio: El discurso jurídico latinoamericano”, *Revista IURIS No.16, Volumen 2* (2017), 10.

³² Ver, “*Id.*, 11”.

³³ La doctrina nos dice que el sujeto activo se refiere a la persona o sujeto con capacidad penal que realiza una conducta típica. Ver, Oscar Peña, *Teoría del delito* (Lima: Editorial Nomos & Thesis E.I.R.L, 2010), 71-72.

³⁴ Existen dos tipos de sujetos activos, el primero es el sujeto activo indeterminado o impropio y el segundo es el sujeto activo calificado o propio. Ver, *Id.*

El sujeto activo indeterminado se refiere a una generalidad, es decir que cualquier persona podría cometer dicho ilícito.

Por otra parte, tenemos al sujeto activo calificado el mismo que se refiere a que tan solo un tipo de persona, es decir una persona con ciertas características puede causar dicho delito. Ver, *Id.*

Si es así se podría pensar que es un sujeto activo calificado, ya que dependería de la interpretación que cada juzgador haga con base en el contexto social. En principio, varios podrían interpretarlo como un sujeto activo calificado en donde solo los hombres podrían cometerlo.

Según un estudio elaborado por la Fiscalía en el año 2016 sobre el femicidio, en su página 26 detalla, se determina:

La norma se refiere al sujeto activo sin definir si se trata de un hombre o de una mujer, solo ha dicho 'la persona que'; por tanto, podría incurrir en el delito de femicidio cualquier persona sin importar su género, un varón o una mujer, a esto la doctrina lo califica como sujeto indeterminado³⁵.

En su esencia esto no es cierto, ya que, como se mencionó anteriormente, por el motivo de la creación del delito y por la amplia interpretación de sus componentes, se podría interpretar lo contrario. Incluso en dicho análisis, la Fiscalía se contradice al interpretar el elemento "relaciones de poder". La Fiscalía señala que:

Las 'relaciones de poder' a las que se refiere la norma son aquellas que, a lo largo de la historia, han marcado la convivencia entre varones y mujeres. Tradicionalmente los hombres han ejercido dominación hacia las mujeres en diferentes ámbitos: en lo económico, social, familiar, político, cultural y religioso, entre otros. Estas relaciones se caracterizan por ser desiguales y someter a las mujeres. Estas relaciones se exteriorizan en cualquier tipo de violencia³⁶.

Esto significa que, si para el cometimiento del femicidio se necesita una relación de poder, y ésta se refiere a las relaciones interpersonales que existen entre varones y mujeres (relaciones donde existe dominio del hombre sobre la mujer) una mujer no podría cometerlo, volviéndolo en el fondo un sujeto activo calificado. Incluso con la nueva definición del artículo 4 de la Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres (LOIPEVM), el cual dispone que:

³⁵ Fiscalía General del Estado, *Femicidio: Análisis Penológico 2014-2015* (Quito: 1ra Edición digital, 2016), 26.

³⁶ *Id.*, 28.

8. Relaciones de poder. - Acciones, omisiones y prácticas sociales, políticas, económicas, culturales o simbólicas que determinan la imposición de la voluntad de una persona o grupo por sobre la de otro, desde una relación de dominación o subordinación, que implica la distribución asimétrica del poder y el acceso y control a los recursos materiales e inmateriales entre hombres y mujeres³⁷.

Podríamos llegar a tener la misma conclusión, porque, como se menciona al final de la definición, es entre “hombres y mujeres”, y, como se verá a continuación, si este artículo tiene un sujeto pasivo el cual es mujer o una persona de género femenino, el victimario, para que se pueda cumplir esta definición, tendría que ser hombre, descartando así a la mujer como parte del sujeto activo.

Por otro lado, está el sujeto pasivo³⁸. Dentro del femicidio, el sujeto pasivo claramente es calificado, tal y como constatan la doctrina y la norma. Según la Fiscalía General del Estado, el femicidio al expresar “por su condición de género” se refiere a que las víctimas también podrían ser sujetos biológicamente hombres, pero que se consideran mujeres. Este podría ser el caso hipotético de que un hombre matase a una persona transgénero por haber escogido el género femenino³⁹. El legislador al hacer esto incurre en varios errores, como atentar al principio de igualdad ante la ley consagrado en la Constitución, ya que le da un trato especial a la vida de un grupo de personas.

4.1.3. Nexo causal

Alrededor de este elemento se encuentra una discusión doctrinaria, ya que muchos autores piensan que no se trata de un elemento estructural dentro del delito. El nexo causal se refiere a la relación directa entre una acción y el resultado. En el caso del femicidio se comprueba cuando, de los hechos, podemos extraer que la muerte de una persona de género femenino se dio a consecuencia de un hombre, el cual la mató por el hecho de ser mujer o por su condición de

³⁷ Artículo 4 “Ley Orgánica Integral para la Prevención y Erradicación de la Violencia de Género Contra las Mujeres” Registro oficial suplemento N.º 175 de 05 de febrero del 2018.

³⁸ Se refiere, al sujeto en quien recae la acción, es decir que es el sujeto titular del bien jurídico protegido. Ver, Oscar Peña, Teoría del delito (Lima: Editorial Nomos & Thesis E.I.R.L, 2010), 74-75.

Según la doctrina este se logra identificar por medio de dos preguntas, ¿A quién pertenece el bien jurídico protegido? y ¿Quién es el titular del bien?

³⁹ Ver, Fiscalía General del Estado, *Femicidio: Análisis Penológico* (Quito: 1raEdición digital, 2016), 31.

género, mediante relaciones de poder manifestadas a través de la violencia⁴⁰. Cabe recalcar que el nexo causal tiene relevancia tan sólo en los delitos de resultado.

4.1.4. Elementos circunstanciales

En el estudio del Derecho Penal, y en el análisis de los tipos penales, algo muy relevante son los elementos circunstanciales que se encuentran en ciertos tipos penales. Según la doctrina existen tres clases, pero en este análisis solo se analizarán dos tipos, ya que son los más relevantes dentro del caso.

Los primeros son las circunstancias expresas en el tipo; a éstas se las puede encontrar dentro del mismo tipo penal. Existen tres tipos de elementos circunstanciales, pero en dicho artículo solo encontramos uno que es de modo, y se refiere al conducto por el cual se configura el delito⁴¹. En este caso lo podemos ver en la primera parte, en donde se especifica que necesita haber “una relación de poder manifestada en cualquier tipo de violencia”, es decir, que se tiene que probar que previamente existió una relación de poder, y que mediante el uso de esta relación existió violencia, la cual causó la muerte de una mujer por pertenecer a dicho género.

Por otro lado, tenemos las circunstancias específicas de agravantes o de atenuación. Estos elementos se caracterizan por encontrarse fuera del tipo penal⁴². Como ejemplo podemos observar el artículo 142 en el cual se encuentran normadas circunstancias que, de incurrir en ellas, se establecería la pena más alta que tipifica el femicidio. Este artículo es el que atenta de manera directa al principio de igualdad, dado que provoca una pena agravada tan solo para delitos contra el género femenino, y, según Pastili Toledo, este es uno de los principales argumentos que sustenta la postura que sostiene que el femicidio es un delito penal de autor⁴³.

4.1.5. Elementos normativos y valorativos

⁴⁰ Ver, Edmundo Boderó, “La causalidad en el derecho penal” pdf pag. 151-155.

⁴¹ Ver, Harold Vega, “El análisis gramatical del tipo penal”, Revista Justicia, de la Universidad Simón Bolívar (2016), 10.

⁴² Ver, “Id., 11”.

⁴³ Ver, Patsilí Toledo Vásquez, *Femicidio* (México: el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009), 76 y 77.

Los elementos normativos se refieren a términos que necesitan tener una valoración por parte del juzgador o el órgano intérprete, que en el caso del Ecuador puede ser la Corte Constitucional o el mismo legislador. Sucede porque una de las principales cualidades que tienen esta clase de elementos, es la necesidad de interpretación, ya que no se puede comprender de manera inmediata. En el caso del femicidio nos encontramos con algunos, tales como “relaciones de poder” o “la violencia”. Estos elementos, como apuntamos en diferentes ocasiones, se encuentran definidos, pero suelen ser muy generales. Como ejemplo, podemos poner el caso del término “violencia”; al decir sólo violencia se abre una amalgama de posibilidades que agrupa varios tipos, como violencia sistemática, violencia de género, etc., abarcando situaciones que van desde la violencia ejercida dentro de un robo, hasta la violencia ejercida dentro de una relación amorosa, y, aunque en ambas situaciones se causare la muerte de una mujer, no se puede considerar que en ambas se comete femicidio. Al ser tan amplia esta palabra, debería establecer a qué tipo de violencia se refiere, delimitando e incluso dándole una mayor protección a la mujer.

Por otro lado, los términos valorativos o descriptivos se refieren a términos que se pueden entender de manera inmediata y fácil, ya que se encuentran dentro del lenguaje común, y son definidos por la sociedad. Estos términos son “dé muerte a una mujer por el hecho de serlo” y “condición de género”. A pesar de esto, se deberían delimitar estos términos, ya que, bajo el principio de legalidad, se deben conocer las características y las situaciones a las que se refieren.⁴⁴

En cuanto a los elementos normativos, como se mencionó anteriormente, ocasionan un grave problema, ya que estos por definición tienen que ser interpretados, aunque dicha interpretación es muy amplia, provocando que no se sepa exactamente en qué situaciones se puede dar un delito de esta índole, existiendo así una amplia inseguridad jurídica⁴⁵, lo que ocasiona que se abran varias interrogantes en cuanto a su aplicación y delimitación. Las interrogantes sobre este delito son varias, tales como ¿una mujer podría cometer femicidio? ¿en qué circunstancias se considera femicidio y en cuál asesinato? ¿qué se necesita para que haya

⁴⁴ Ver, Rocío Villanueva. “Tipificar el femicidio: ¿la “huida” simplista al derecho penal?”, Comité de América Latina y el Caribe para la defensa de los derechos a la Mujer- CLADEM (2011), 153.

⁴⁵ Ver, *Id.*

una relación de poder? y ¿cuáles son las circunstancias en la que se puede dar muerte a una mujer por su sexo o condición de género?

El estado tendrá que resolver cada una de estas interrogantes acorde a la realidad, para que el tipo penal pueda ser aplicado en procesos penales, tanto para la acusación como para que se puedan calificar de manera pertinente los casos en los que sí se cometió un femicidio, obteniendo sentencias justas y claras. De lo contrario tendrá lugar lo que se verá a continuación con los casos que analizaremos.

5. Análisis de Casos

En el Ecuador se han reportado varios casos de femicidio, desde que este delito entró en vigor. Estos casos muchas veces han ocasionado problemas, ya que tanto los procedimientos llevados a cabo, como sus sentencias han sido confusas e incongruentes, lo cual prueba la discusión que presenta este trabajo. A continuación, señalaremos algunos ejemplos.

5.1. Proceso penal N-13151-2015-00158

El caso N-13151-2015-00158 o mejor llamado por la Fiscalía “Jessenia Adelaida Aveiga Chuez” fue uno muy controvertido. Este suceso ocurrió en el año 2015, un año después de que entrase en vigor el femicidio.

5.1.1. Antecedentes

Jessenia Adelaida Aveiga Chuez y Nelson Javier Cedeño Lucas, eran una pareja con una relación inestable, y un hijo de 5 años. La pareja se encontraba separada. El día 17 de abril del 2015, la señora Aveiga y el señor Cedeño acordaron verse en el exterior del colegio de su hijo, para que el señor Nelson Cedeño le entregara \$50 dólares a Jessenia Aveiga para la manutención del menor.

El señor Cedeño llamó a la víctima para decirle que se encontraba enfermo y que no podría acudir al encuentro. Además, le solicitó que se dirigiera hacia la finca de Wilson Zambrano, lugar en el cual el victimario vivía y trabajaba. El día de los hechos, Jessenia Adelaida Aveiga

Chuez llegó a la finca donde trabajaba el procesado, Nelson Javier Cedeño Lucas, quien le disparó con una carabina. El proyectil impactó en el costado izquierdo del pecho de la víctima, ocasionándole la muerte⁴⁶.

5.1.2. Acusación

La Fiscalía formuló cargos en contra de Nelson Javier Cedeño Lucas ante la Unidad Judicial de Garantías Penales con sede en el cantón Chone, por el delito de femicidio.

5.1.3. Juicio

Durante el juicio, la Fiscalía no logró probar los elementos normativos y valorativos necesarios para determinar el femicidio, como lo es la existencia de violencia previa⁴⁷, o la principal característica, que la muerte sea dada por el hecho de ser mujer (característica a la que el juez jamás hace referencia). Tan solo logró probar el delito de asesinato, puntualmente, el numeral 1 del mismo, el cual contempla el dar muerte a la conyugue o conviviente.

5.1.4. Sentencia

El Tribunal Noveno de Garantías Penales con sede en el cantón Chone deliberó y manifestó que la Fiscalía no logró probar el delito de femicidio, ya que no pudo demostrar que la muerte de la señora Aveiga se dio a causa de relaciones de poder manifestadas en cualquier tipo de violencia. Por otro lado, la Fiscalía sí logró demostrar el delito de asesinato, y el numeral primero del mismo⁴⁸. Así, se condenó a 26 años por el delito de asesinato al señor Cedeño. La Fiscalía apeló la decisión ante la Corte Provincial, quien rechazó el recurso de apelación y ratificó la sentencia dada en primera instancia⁴⁹.

5.1.5. Análisis del caso

⁴⁶Ver, Tribunal Noveno de Garantías Penales con sede en el cantón Chone. Proceso Penal N-13151-2015- 00158 Sentencia.

⁴⁷ Los jueces interpretaron el elemento de “violencia” como la necesidad de violencia previa. Ver., *Id.*, Sentencia.

⁴⁸ Ver, Causa No 13151-2015- 00158, Pag 7-8.

⁴⁹ Ver, Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Manabí. Proceso Penal N- 13151-2015- 00158. Sentencia.

Con base en las pruebas presentadas en el proceso, así como los antecedentes penales del agresor, el juzgador no encontró ninguna denuncia ni investigación por maltrato intrafamiliar, en consecuencia, descartó el elemento de violencia.

Por otro lado, según las pruebas testimoniales presentadas durante el juicio, se puede observar claramente la razón del delito, ya que Nelson Cedeño, según consta en la sentencia resaltó que: “Jessenia le ponía los cachos con otros hombres y le reclamaba por eso, y que no fue su intención matarla”⁵⁰. Esto se puede corroborar tras la declaración de Wilson Zambrano, quien, según la sentencia de segunda instancia nos indica que el “Vio a Nelson Javier Cedeño Lucas que iba con su hijo en hombros y que el pequeño le decía ¿por qué lo hiciste?, ¿por qué mataste a mi mamita?; que él preguntó: ¿qué hiciste Javier?, y que él le respondió: la maté a esa hija de puta que me tenía engañado”⁵¹.

Claramente se puede constatar que los celos fueron la causa del delito, pero no se conoce si los celos se encuentran dentro de las circunstancias en las que se puede considerar como muerte por razón de género. Las pruebas, tanto documentales como testimoniales, demuestran la razón del asesinato y la falta de existencia de violencia previa, siendo imposible condenarlo por femicidio. Pero aún así la Fiscalía apeló. En segunda instancia, la Fiscalía insiste en la existencia de violencia, porque considera que en realidad la característica “violencia” se configura al momento de disparar el arma, lo cual es un absurdo, ya que la mayoría de los delitos contra la vida son, por naturaleza, violentos, no obstante, esto no quiere decir que todos van a poder configurar violencia y un posible femicidio. Esta es la prueba de que el tipo penal de femicidio tan sólo crea confusiones por su redacción y tipificación.

Este caso es un claro asesinato, que, aunque haya sido en contra de la vida de una mujer, no fue una razón de género, e incluso, de acuerdo con los jueces, no se probaron los elementos para ello. Pero la falla no ocurrió a causa de Fiscalía, el error es producto de una ley que no es clara, y que ha causado que se dilate el proceso innecesariamente. Asimismo, lo más preocupante de todo es que la razón por la cual se le dio muerte a una mujer (la característica más importante

⁵⁰ Causa No 13151-2015-00158, Pag 5.

⁵¹ Causa No 13151-2015-00158, Pag 7-8.

del tipo penal) ni siquiera estuvo dentro de la discusión, ni el juzgador, dentro de su veredicto lo nombró. Es algo realmente preocupante y peligroso, ya que la posibilidad de considerar y condenar a asesinos por femicidas es real. Es decir que, si la Fiscalía hubiera probado violencia previa, el Tribunal posiblemente hubiera catalogado al caso como uno de femicidio, sin importar la razón de la muerte, la misma que, se considera, no es una de género.

5.2. Proceso Penal N-06333-2015-00277

El caso corresponde a Rosa Elena Morocho Yaguarshungo en el cual se trata de la muerte de esta señora por parte de su esposo, José Marcelo Guaranga Michiqui.

5.2.1. Antecedentes

El 12 de julio del 2015, en Bazán Grande, comunidad que se encuentra en el cantón Camote, se encontró el cuerpo sin vida de Rosa Morocho. En un principio, se pensó que había sido un suicidio, pero la autopsia determinó que se trataba de una muerte violenta y que la causa de la muerte era por estrangulación. La autopsia también reveló desgarros vaginales, algunas lesiones y, sobre todo, se descubrió que tenía 8 meses de embarazo⁵². Según los hechos presentados, todo empezó por una supuesta discusión entre la pareja, con motivo de la compra de un inmueble, con el que la señora Morocho no estaba de acuerdo.

5.2.2. Sentencia

La sentencia de primera instancia dictaminó que fue un asesinato, ya que lo probado en juicio se englobaba dentro del artículo 140.1 del COIP, imponiéndole una pena privativa de libertad de 22 años. Dentro de la sentencia de primera instancia se dictaminó que fue un asesinato, porque el Tribunal interpretó que no se probó que la razón de la muerte haya sido por el hecho de ser mujer, ni que se configuró el elemento de violencia. La Fiscalía apeló la sentencia ante la Corte Provincial, instancia en la cual se aceptó y reformó la sentencia, determinando que, efectivamente, la conducta típica en el presente caso tenía que ser calificada

⁵² Ver, Causa No. 0633-2015-00277, Tribunal de garantías penales con sede en Riobamba, Sentencia.

como femicidio⁵³. Como se puede apreciar, en segunda instancia, sí se consideró que existió violencia de género y, por lo tanto, se llegó a la conclusión de que la muerte se dio por el hecho de ser mujer, condenando al procesado a la pena de 26 años de cárcel.

5.2.3. Análisis del caso.

Se evidencia claramente que la tipificación de elementos tan generales provoca un problema mucho más grande, ya que ni siquiera los mismos jueces tienen claro en qué casos se incurre en un delito de esta índole, provocando inseguridad jurídica, así como la dilatación del proceso y la ejecución de la sentencia.

En este caso, se puede observar de una mejor forma cómo el femicidio debería ser incluido dentro de artículo 140. Una de las pocas diferencias que existen entre estos dos tipos penales es la razón de la muerte, característica que algunos jueces pasan por alto, ya que no tienen claro a qué se refiere.

5.3. Proceso Penal N-17282–2015–03493

Este caso, llamado María Rosa Abrajan Almache, trata de la muerte de una menor, hija de María Rosa Abrajan Almache.

5.3.1. Antecedentes

⁵³ La sentencia señala:

DECIMO. - (...) en el presente caso la víctima sufrió los maltratos por parte de su cónyuge; además se avizora que en la autopsia médico legal practicada a la occisa, se encontró en la vagina de la víctima en la pared lateral izquierda una vagina eritematosa, edematosa, equimótica con dos desgarros recientes de trazo oblicuo de 3 cm por 1,5 cm de extensión cada una. En pared lateral derecha de vagina eritematosa, edematosa, con dos equimosis de trazo oblicuo de 3 cm y 2 cm de extensión; concluyendo que antes de la muerte mantuvieron relaciones sexuales la víctima con su victimario. En cuanto al útero se evidenció que se encontraba gestante de 25 cm por 19 cm de diámetro; al realizar el corte transversal del útero se obtuvo un feto de sexo masculino de 37 cm de estatura con un perímetro cefálico de 28 cm, perímetro torácico de 24 cm, perímetro abdominal de 22 cm, de aproximadamente 5-6-7 meses de gestación. Por ello se concluye que existió femicidio (...) Por las consideraciones que anteceden, la Sala “ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA” Acepta el recurso de apelación interpuesto por Fiscalía y REFORMA la Sentencia emitida por el Tribunal de origen, respecto al tipo penal contenido en el art. 141 del COIP en relación con el art. 142. 2 ibídem, imponiéndole la pena de 26 años de privación de libertad.

El 7 de agosto del 2015, la señora María Rosa Abrajan salió junto con su hija (menor de edad) y el novio de su hija, Wilmer Javier Collaguazo Maila, a un bar, donde se encontraron con el señor Segundo Ramón Chipantasig Soria. Durante la noche, María Rosa Abrajan perdió la conciencia por el efecto del alcohol, así como las demás personas mencionadas. Por ello, deciden dirigirse a su domicilio, lugar en el cual, al día siguiente, se encontró el cuerpo sin vida de la menor⁵⁴.

Sobre la base de varios peritajes y, sobre todo, debido a un testigo ocular, se acusó a Segundo Ramón Chipantasig Soria, por femicidio, debido a que se encontró una marca de estrangulamiento en la víctima, así como una herida hecha por un objeto corto punzante en la parte derecha del ombligo y varias lesiones vaginales y anales que daban señales de una posible violación previa a la muerte de la joven⁵⁵.

5.3.2. Sentencia

El señor Chipantasig fue condenado a 26 años de prisión por femicidio más agravantes, lo cual sumó 34 años, 6 meses y 6 días⁵⁶.

5.3.3. Análisis del caso

Aunque se hayan podido probar los elementos de la conducta, se vuelve a evidenciar que hay aspectos que no quedan claros, como, por ejemplo, el motivo por el cual la Fiscalía no acusó por asesinato, esto dado que los hechos del caso también encajaban dentro de los supuestos del asesinato; de esta manera, se puede plantear otra duda, ¿cuándo se acusa por asesinato y cuándo por femicidio? Además, cómo podríamos saber que el motivo se basó en razones de género. Aunque se podría pensar que en un caso así, sí existió violencia de género, y, por ende, la muerte ocurrida, fue por razones de género.

⁵⁴Ver, Causa No. 17282 – 2015 – 03493., Tribunal Noveno de Garantías Penales, Sentencia.

⁵⁵Ver, Causa No. 17282 – 2015 – 03493, Sentencia.

⁵⁶Ver, Causa No. 17282 – 2015 – 03493, Sentencia.

6. El femicidio dentro del asesinato

Una vez analizado el femicidio, se debe analizar el delito de asesinato tipificado en el Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano en el artículo 140, para que, de esta manera, se pueda observar cómo se podrían evitar los problemas presentados previamente, si tan solo el núcleo de la conducta del femicidio, es decir “el matar a una mujer” se incluiría entre uno de los supuestos contemplados para incurrir en el artículo 140.

Para llegar a conectar estos dos delitos y unirlos en uno sólo, se debe analizar brevemente el asesinato y su tipificación.

6.1. El asesinato

Este delito se encuentra entre el grupo de los delitos contra la vida y, en el Ecuador, engloba una serie de conductas, las mismas que el legislador ha calificado con más gravedad, ya que no sólo atentan contra la vida, si no que atentan en contra de la dignidad humana. Como manifiesta Andrea Guerrón en su tesis, se trata de que: “Quien con alevosía, premeditación y ventaja (esencialmente) y aprovechándose de las circunstancias mencionadas en el artículo 140 del COIP, mata a otra persona”⁵⁷.

Existen varios elementos para analizar en este delito; entre ellos se encuentran los elementos objetivos que se refieren a las características tipificadas dentro de las normas, las cuales son requisitos para que se cumpla el tipo. Dentro del delito de “asesinato” podemos analizar los siguientes elementos:

1. Bien jurídico protegido: Claramente es la vida de cualquier ser humano sin distinción alguna.
2. Acción típica: La persona que mate a otra.
3. Verbo rector: Matar.
4. Sujeto activo: El sujeto activo es un sujeto activo indeterminado, ya que cualquier persona podría incurrir en uno de los supuestos contemplados.

⁵⁷ Andrea Estefanía Guerrón Yáñez, “Parámetros Específicos para Determinar una Muerte Como Femicidio en el Ecuador” (tesis de pregrado, Universidad Central del Ecuador, 2016), 19.

5. Sujeto pasivo: El sujeto pasivo es un sujeto indeterminado, ya que no hace distinción alguna entre las personas, de esta manera, cualquier persona puede ser víctima de este.

A parte de estos elementos, es muy importante mencionar la conducta de los sujetos dentro del delito. La conducta se refiere al comportamiento humano, la misma que es reflejada por la acción u omisión de ciertas actividades tipificadas y que se encuentra descrita por el verbo rector de cada delito⁵⁸. En el presente caso nos encontramos con el verbo “matar”, que describe la conducta de la mayoría de los delitos dentro del segundo capítulo, sección primera del COIP, y el cual hace referencia a los delitos contra la inviolabilidad de la vida. Incluso el verbo rector del femicidio es el mismo, con la diferencia que este ata la conducta con la víctima, provocando que tan sólo se pueda consumir este tipo de delitos cuando se cometen en contra de ciertas personas (lo cual causa los problemas previamente analizados).

Esta conducta en ambos casos se encuentra calificada por ciertos elementos tanto normativos como valorativos, los cuales, tanto en el asesinato como en el femicidio, describen situaciones que agravan la conducta tipificada ya que afectan a la dignidad humana. Aparte de esta ligera diferencia no existe otra, lo cual provoca que sea viable pretender unir estos dos delitos y así sanear algunas faltas en las que incurre la tipificación del femicidio. Entre las inconsistencias que podrían ser saneadas, se encuentra la violación a principios tanto constitucionales como penales.

Por lo tanto, si se incluye al femicidio entre uno de los supuestos del asesinato, se podría sanear el atentado contra el principio de no discriminación, ya que reflejaría que se está considerando a este tipo de muertes como más grave, por el medio del que se está valiendo la persona al cometer el crimen y no porque la vida de una mujer sea más importante. De esta manera, se concede la misma importancia a todas las personas evitando el argumento de

⁵⁸Ver, Ramiro Ortega, “El tipo Penal y su responsabilidad en los delitos de asesinato, homicidio y homicidio culposo en el código orgánico integral penal” (Tesis de pregrado, Universidad de Loja, 2017)”, 62-63.

discriminación presentado anteriormente⁵⁹. Cabe recalcar que de esa manera el bien jurídico protegido vendría a ser la vida del ser humano, y no la vida de un grupo en particular⁶⁰.

Por otro lado, se arreglaría también la incompatibilidad con el principio de culpabilidad, ya que desaparecería la presunción de que, por ser hombre, se podría presumir que es culpable o más culpable, ya que en este delito no hay un sujeto activo calificado⁶¹, así como se evitaría violar el principio de última *ratio*, dado que se estaría impidiendo la creación de tipos penales con conductas previamente tipificadas.

Por último, para respetar el principio de legalidad, lo único que se puede hacer es realizar una interpretación taxativa de este tipo de elementos, tan generales y abstractos⁶².

El arreglar otros problemas, como la confusión que crea dentro de la sociedad, e incluso en la justicia, o los tantos problemas probatorios que presenta el mismo, se repararían, ya que se pondría en evidencia que no toda muerte a una mujer es femicidio, y que tan solo este englobaría situaciones específicas, en donde no habría duda que el poder punitivo tenga que intervenir de una manera más severa para así poder parar las mismas, el cual cabe recalcar, es el objetivo esencial por el que fue creado el femicidio.

Incluso serviría para evitar las confusiones dentro del mismo Código Orgánico Integral Penal a la hora de poder resolver un caso, ya que, como se aprecia dentro de la tipificación del artículo 140 del COIP, muchas de las características del femicidio ya se encontraban previstas en aquella norma, tal como se puede observar en los numerales 1 y 2 del artículo 140 del COIP, los cuales prescriben que:

⁵⁹Ver, Walker Steve Cuenca Quiroz, “La Vulneración Del Principio De Mínima Intervención Del Derecho Penal Y El De Igualdad De La Constitución Por Parte De La Política Criminal Estatal Al Incorporar El Delito De Femicidio En El Código Penal” (Tesis de posgrado, Universidad Nacional de Cajamarca, 2019), 84.

⁶⁰ Ver, *Id.*, p. 84.

⁶¹ Ver, Luciano Censori, “El delito de femicidio y su constitucionalidad” *Revista pensamiento penal* (2014), 28.

⁶² Ver, Rocío Villanueva, Contribuciones al debate sobre la tipificación penal del Femicidio/Femicidio, *Tipificar el femicidio: ¿La “huida” simplista al derecho penal?*, Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos - Cladem (Lima, 2011), 153.

1. A sabiendas, la persona infractora ha dado muerte a su ascendiente, descendiente, cónyuge, conviviente, hermana o hermano.
2. Colocar a la víctima en situación de indefensión, inferioridad o aprovecharse de esta situación⁶³.

En estos dos numerales, podemos observar dos elementos objetivos del femicidio, como lo es la relación previa, y la situación de poder que se refiere al control y la puesta en inferioridad de una persona a otra o, en el caso del femicidio, de un varón a una mujer.

Finalmente, al hacer esta unión se evitan varios interrogantes a la hora de acusar a una persona o durante el proceso penal; esto se puede evidenciar reflejado en varios casos citados en el análisis penológico hecho por Fiscalía.

El femicidio no sólo se encuentra normado en la jurisdicción ecuatoriana. Varios países como Chile, Perú, Colombia, Costa Rica, Argentina, etc. lo han regulado, y en varios de ellos, ha sido tipificado como delito penal autónomo.

7. Análisis comparado en otras jurisdicciones

El femicidio, durante los últimos 15 años, se ha esparcido por toda Latinoamérica y ha sido un tema de discusión no sólo en nuestro país. Este tipo penal cuenta con varios opositores, que argumentan problemas muy similares a los mencionados previamente y esto es así dado que su concepto en sí mismo es confuso y, al parecer, no fue revisado por expertos en la materia; incluso no fue ni siquiera consultado, ya que su redacción en muchos de los países deja mucho que desear.

Existen varios países latinoamericanos que presentan dicho problema. Este es el caso de Chile, Perú y Colombia en donde su redacción y los conceptos fundamentales, mal delimitados, los sitúan en una posición parecida a la del Ecuador.

⁶³ Artículo 140, Código Orgánico Integral Penal [COIP]. Suplemento Registro Oficial N° 180 del 10 de febrero de 2014.

7.1. Chile

En Chile, al igual que en Ecuador, el femicidio se encuentra tipificado en la Ley número 21212 del 04 de marzo del 2020, la cual modifica algunos de los artículos del Código Penal chileno; entre otras leyes, y pasó a incluirlo dentro del su artículo 390:

Artículo 390 bis. -El hombre que matare a una mujer que es o ha sido su cónyuge o conviviente, o con quien tiene o ha tenido un hijo en común, será sancionado con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado.

La misma pena se impondrá al hombre que matare a una mujer en razón de tener o haber tenido con ella una relación de pareja de carácter sentimental o sexual sin convivencia⁶⁴.

Esta nueva reforma se dio como consecuencia de un caso brutal de femicidio, ocurrido el 12 de junio de 2018, y que dejó como víctimas a Gabriela Alcaíno y Carolina Donoso. Este acontecimiento provocó la reforma, que, desde una perspectiva teórica, y basándonos en todo lo que se ha analizado, podría considerarse como un delito penal de autor, ya que expresamente se está dando un sujeto activo calificado.

7.2. Perú

En Perú fue incorporado el femicidio en el artículo 2° de la Ley N° 30068, publicada el 18 de julio de 2013, donde se establece que:

Artículo 108°-B.- Femicidio

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince 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;

⁶⁴ Artículo 390, Código Penal. Código N° 18742 del 12 de noviembre de 1874, Última modificación: 18 de marzo del 2010.

4. Cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente⁶⁵.

Según Sandra Bringas, la manera en la que se encontraba tipificado el artículo que lo precedía, causaba los problemas anteriormente expuestos, como la discriminación, y el atentado al principio de culpabilidad. También presentaba problemas como violaciones claras en contra del principio de mínima intervención y ultima *ratio*⁶⁶. Pero gracias a la modificación hecha en el 2013, el femicidio en este país es un muy buen ejemplo de cómo se podría modificar el femicidio en el Ecuador, ya que su manera de tipificarlo fue simple y precisa, dejando de lado la mayoría de los problemas que acarrearía su artículo predecesor.

7.3. Colombia

En Colombia a través del artículo 26 de la Ley N° 1257, en el año 2008, se reforma el Código Penal; entre sus reformas tenemos la del artículo 104 del Código Penal colombiano, que lleva el nombre de “Circunstancias de Agravación”, refiriéndose así a los agravantes del homicidio. En este se estipula que:

Artículo 104. Circunstancias de Agravación:

La pena será de cuatrocientos (400) a seiscientos (600) meses de prisión, si la conducta descrita en el artículo anterior se cometiere: (...)

11. Si se cometiere contra una mujer por el hecho de ser mujer⁶⁷.

A pesar de esto, existe una nueva reforma al Código Penal hecha por el artículo 2 de la Ley 1761 de 2015, en la cual se modifica el referido artículo 104 y se determina que:

ARTÍCULO 104 A. FEMINICIDIO: 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

⁶⁵ Artículo 107, Código Penal. Decreto Legislativo N° 65 de mayo del 2016.

⁶⁶ Ver, Sandra Bringas, “Femicidio. ¿Necesidad de sexualizar el derecho penal? A propósito de la ley n 29819” *revista Derecho y Cambio Social* (2012), 7.

⁶⁷ Artículo 104, Código Penal. Diario Oficial No. 44097 del 4 de abril del 2000.

de las siguientes circunstancias, incurrirá en prisión de doscientos cincuenta (250) meses a quinientos (500) meses (...)⁶⁸.

El caso colombiano con la nueva reforma es bastante parecido al ecuatoriano, ya que incurre en los mismos problemas; incluso, el caso colombiano podría llegar a ser peor, ya que establece una pena más baja que en su reforma previa. Por lo tanto, se considera que el artículo anterior era acertado, porque al tipificarlo como agravante, se evita atentar en contra de principios como los de culpabilidad e igualdad ante la ley, ya que el sujeto activo se convierte en un sujeto activo indeterminado, evitando así la discriminación.

La pequeña comparación entre las diferentes legislaciones permite observar que el problema de la tipificación es generalizado en toda la región y, a la vez, nos indica que hay maneras de corregirlo, sin desprender la figura del femicidio de nuestro ordenamiento jurídico.

Como podemos ver en los países detallados, al tratar el delito de femicidio como un delito penal autónomo, existen varios problemas, de técnica jurídica, como atentados contra principios fundamentales y problemas probatorios. Es por esto que, autores como Sandra Bringas y Rocío Villanueva, señalan que es incorrecta la forma en la que el legislador lo está tipificando, mas no la figura como tal. Ante esto, el autor Pastili Toledo manifiesta: “Durante los últimos años, Latinoamérica ha presenciado el proceso de transformación de los conceptos teóricos y políticos de femicidio y feminicidio en conceptos jurídicos, y en particular, jurídico penales”⁶⁹. Lo que plantea Toledo es real y provoca consecuencias como la inseguridad jurídica y una mala técnica legislativa con la cual varias personas han sido perjudicadas.

8. Cómo se debe tipificar

El artículo 141 se debió haber tipificado dentro del artículo 140 como uno de los supuestos del asesinato; así, se evitarían problemas procesales, elementos que van en contra de principios fundamentales y sobre todo ayudaría con su aplicación en la práctica.

⁶⁸ Artículo 104, Código Penal. Diario Oficial No. 44097 del 4 de abril del 2000.

⁶⁹ Pastilí Toledo, *Feminicidio* (México: Publicado por la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009), 91.

Para finalizar, el artículo 140 podría quedar así:

Art. 140.- Asesinato. - La persona que mate a otra será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años, si concurre alguna de las siguientes circunstancias:
(...)

11. La persona que dé muerte a una mujer, a causa de la violencia de género.

Así, evitaríamos tantas incongruencias por parte del tipo penal y, a su vez, no sería necesario probar tantos elementos subjetivos, que lo único que han causado es problemas al momento de acusar y juzgar. Pero, aun así, el término “violencia de género” debería ser definido para poder entender a qué situaciones se refiere.

Como observamos previamente, la conducta del femicidio puede encontrarse dentro del asesinato sin ningún problema. Varios doctrinarios como Bernal Pinzón y Ramiro Osorio concuerdan con que el asesinato es considerado como una muerte ilegítima, en donde existen circunstancias que agravan la conducta, porque incrementan la crueldad y la malicia del acto⁷⁰. Esta conducta es una actuación dolosa que comparte con el delito de femicidio, esto es, por varias de las circunstancias que se encuentran previstas en el artículo 141 del COIP donde se encuentran actuaciones sumamente reprochables que, sin duda, incrementan la perversidad del acto. Incluso estos delitos pueden ser considerados como pluriofensivos⁷¹, debido a que, tanto el asesinato como el femicidio, tipifican actuaciones que no sólo afectan al derecho a la vida, sino que pueden afectar a otros derechos humanos como la dignidad.

Por lo tanto, no habría contradicciones, disminuiría la confusión y evitaría los problemas procesales presentados. Con respecto a la parte social, se considera que se estaría simbolizando

⁷⁰ Edwin Velasco, “Incidencia del delito de asesinato en la convivencia social en el cantón Quito, aplicado a la legislación ecuatoriana” (Tesis de pregrado, Universidad Central del Ecuador, 2014), 14-15.

⁷¹ Ver, Pamela Aguirre y Ximena Ron, “El feminicidio: El discurso jurídico latinoamericano”, *Revista IURIS No.16, Volumen 2* (2017), 10.

la protección que se le quiere dar a la muerte de una mujer por tantos siglos de maltrato, tanto físico como psicológico.

9. Conclusión

En conclusión, se pudo observar en el artículo, que las intenciones de plasmar y tipificar el femicidio fueron buenas, pero no existió la discusión jurídica pertinente, y tan solo se trató como una discusión política y sociológica, cuando en realidad se tuvieron que revisar todas las aristas. A pesar de que hubo una buena intención, los problemas se agrandaron, ya que se buscó colocar un parche a un problema gigante; provocando que exista confusión entre dos de los delitos con mayor pena de nuestro Código Penal y con justa razón, ya que ni siquiera se pudo otorgar una definición taxativa a definiciones bastante abstractas. Los problemas fueron varios, tanto dentro del proceso penal, como una incompatibilidad con el mismo cuerpo legal.

Como se apreció durante este trabajo, los problemas son diversos. Empezando con varias contradicciones hacia principios tanto constitucionales como penales, que tuvieron que ser subsanados incluso antes de entrar en vigor. La Constitución de la República del Ecuador tiene la más alta jerarquía dentro de nuestra legislación, por lo tanto, todas las leyes subordinadas y sus artículos tienen que estar en armonía con los derechos y principios que se encuentran consagrados en dicho cuerpo normativo. De esta manera, tales contradicciones podrían desembocar en que el artículo 141 del COIP y, por ende, el 142 *ibídem*, sean inconstitucionales. Por otro lado, los principios penales considerados en este análisis fueron los que más han sufrido a causa de la mala técnica legislativa, ejemplo de esto, es el principio de *lex certa*, afectación causada porque varios de sus términos no se encuentran bien definidos. Este es el caso de la palabra “violencia” que abarca tantos matices que es difícil saber a qué situaciones se quería referir el legislador al momento de tipificar el femicidio. Este término también resultó ser un gran problema dentro de la práctica, tanto para las partes como para los jueces; incluso se pudo evidenciar, en la sección de casos, que es posible dejar en indefensión a las víctimas, debido a que el fiscal acusaba por femicidio y el juez lo condenaba por asesinato, hecho que según la doctrina y la norma es inconcebible, ya que no puede existir un cambio así de abrupto en cuanto al tipo penal por el que se está acusando.

También causó una dilatación innecesaria de los diferentes casos, ya que la muerte era clara, por lo cual, si se hubieran delimitado bien los elementos de tipo penal, no habría ocurrido.

De esta manera, el mejor camino a seguir para evitar todas estas dificultades, pero sin obviar el problema social, es reformar el artículo 141 del COIP y, por ende, el 142 del mismo cuerpo normativo, incluyéndolo dentro del delito de asesinato. Para que así el mismo esté acorde, no sólo a los varios principios constitucionales o penales presentados, sino también serviría para adecuar su redacción a la Ley Orgánica para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres. También es sumamente necesario que junto con esta reforma se formulen o establezcan cuáles son las situaciones en las que se puede considerar que se cometió un femicidio. La idea se basaría más o menos en el artículo previamente mencionado del Código Penal peruano, en el que se pudo observar en la sección 7.2 *ut supra*, que logró, en principio, solventar gran parte de los problemas; haciendo énfasis en la manera en la que se lograron delimitar las situaciones en las que se ampara, las cuales, aunque no sean las mejores, logran proporcionar seguridad jurídica.

Como sociedad debemos proteger y eliminar o, en su defecto, aminorar cualquier muestra de discriminación dentro de la misma, y cuando ésta es así de grande, podemos dejar que el poder punitivo del Estado intervenga; pero como se mencionó en las primeras páginas, se debe tener bastante cuidado, ya que en el proceso podría existir un sistema preestablecido, provocando más problemas, y entorpeciendo el mismo.