

La incorrecta adecuación típica de la muerte de una mujer como delito de femicidio en Ecuador

The incorrect appropriateness typical of the death of a woman as a femicide in Ecuador

Patricio Fernando Sarabia Castro; María Susana Ciruzzi

RESUMEN

En el presente trabajo se analizó el tipo penal de femicidio, incorporado en el Código Orgánico Integral Penal (COIP) desde el año 2014, así como sus elementos constitutivos, específicamente, se analizó la tipicidad como elemento esencial para que exista el cometimiento de un delito. Asimismo, en este trabajo se determinó que existen errores que engloban al tipo penal ya mencionado, en cuanto existe una gran dificultad probatoria al momento de tener una certeza plena sobre si el quitar la vida a una mujer se da por su condición de género. De esta manera, se utilizó un enfoque metodológico de tipo cualitativo, englobando un análisis doctrinario y jurisprudencial sobre las dificultades probatorias y típicas del delito mencionado líneas arriba. Respecto de los métodos utilizados en el presente trabajo, se destacaron el método histórico-lógico, con el cual se analizó el origen y evolución de este tipo penal. El método comparativo, con el cual se observó la realidad jurídica de otros países en torno a este tópico, y finalmente el método dogmático, con el cual se realizó una debida fundamentación teórica respecto del delito de femicidio. Concluyendo así, que el delito de femicidio tiene errores a nivel de la tipicidad, los cuales han creado inseguridad jurídica, respecto de la configuración –o no- del delito, quitando la certeza necesaria que se requiere para la aplicación del *ius puniendi*.

Palabras clave: asesinato; derecho penal; género; mujer.

ABSTRACT

In the present work, we analyze the criminal type of femicide which is incorporated in the Comprehensive Organic Criminal Code (COIP) since 2014, as well as its constituent elements, specifically, the legal description was considered as an essential element for the commission of a crime to exist. Likewise, in this work it was determined that there are errors that include the criminal legal description already mentioned, as there is a great evidentiary difficulty now of having full certainty about whether the taking of a woman's life has been determined by her gender condition. In this way, a qualitative methodological approach was used, encompassing a doctrinal and jurisprudential analysis of the probative and typical difficulties of the crime mentioned above. Regarding the methods used in the present work, the historical-logical method was highlighted, with which the origin and evolution of this criminal behavior was analyzed. The comparative method, with which the legal reality of other countries around this topic was observed, and finally the dogmatic method, with which a proper theoretical foundation was made regarding the crime of femicide. Thus, concluding that the crime of femicide has errors at the legal description level, which have created legal uncertainty, regarding the configuration -or not- of the crime, removing the necessary certainty that is required for the application of the *ius puniendi*.

Keywords: criminal law; gender; murder; woman.



INFORMACIÓN:

<http://doi.org/10.46652/rgn.v7i34.985>
ISSN 2477-9083
Vol. 7 No. 34, 2022. e210985
Quito, Ecuador

Enviado: agosto 13, 2022
Aceptado: octubre 05, 2022
Publicado: octubre 20, 2022
Publicación Continua
Sección General | Peer Reviewed



AUTORES:

- Patricio Fernando Sarabia Castro
Universidad Católica de Cuenca – Ecuador
patricio.sarabia.85@est.ucacue.edu.ec
- María Susana Ciruzzi
Universidad Católica de Cuenca – Ecuador
mariasusanaciruzzi@ucacue.edu.ec

Conflicto de intereses

Los autores declaran que no existe conflicto de interés posible.

Financiamiento

No existió asistencia financiera de partes externas al presente artículo.

Agradecimiento

A la Jefatura de Posgrados de la Universidad Católica de Cuenca por permitir el desarrollo y fomento de la investigación.

Nota

El artículo no se desprende de un trabajo anterior, tesis, proyecto, etc.

ENTIDAD EDITORA



1. Introducción

La presente investigación jurídica se refiere al tipo penal de femicidio (incorporado en Ecuador en el año de 2014 en el Código Orgánico Integral Penal, en el artículo número 141). Delito que puede ser definido como el hecho de causar la muerte a una persona, basándose en su condición de mujer –o en su condición de género-. De tal manera, se puede sintetizar este delito como el causar la muerte a una persona, motivado por el hecho de que la víctima es una mujer o se identifica como tal.

Por lo tanto, la característica esencial de esta investigación jurídica es el análisis de los elementos inexorables que se requieren para la configuración del tipo penal ya mencionado y brevemente explicado. Específicamente, un estudio sobre los elementos típicos (tanto objetivos como subjetivos) que engloban al delito de femicidio, así como las características esenciales de estos elementos típicos.

Es importante remarcar que existe una necesidad social de tipificar, procesar y sancionar la violencia de género, la cual es muy latente en la realidad social ecuatoriana. Sin embargo, la inclusión de una característica típica del delito que resulte compleja de probar y de demostrar podría ocasionar un ambiente jurídico de incertidumbre, así como una interpretación extensiva de los elementos normativos del tipo de femicidio, y una eventual aplicación indebida del delito.

El interés primigenio de realizar esta investigación radica esencialmente en la novedad del delito de femicidio, pues, como se conoce, hasta antes del año 2014 no existía esta figura. De tal manera que una nueva forma de delito siempre estará sujeta a observaciones críticas y análisis sobre sus características y exigencias normativas. Asimismo, el interés yace en la cantidad de hechos delictivos que suelen ser investigados como femicidios, para posteriormente modificarse a asesinatos calificados u homicidios, creando una inseguridad jurídica en toda la realidad legal ecuatoriana.

Bajo esta línea de pensamiento, el interés es igualmente de tipo práctico y teórico, en cuanto, como bien se conoce, se requiere de un pleno convencimiento para sancionar o culpar a una persona de un delito determinado, dicho de otro modo, la presunción de inocencia se quiebra únicamente con el pleno convencimiento y ausencia de duda. Sin embargo, el hecho de incorporar un elemento subjetivo tan complejo de probar (como es el hecho de causar muerte a una mujer por serlo) y sancionar dicha conducta bajo ese tipo penal, implica –de alguna manera y en ciertos casos- sancionar y culpar sin la presencia de un pleno convencimiento, quebrando –injustificadamente- la presunción de inocencia.

Por otro lado, la finalidad de la presente investigación jurídica es remarcar el hecho de que existen falencias al nivel de la tipicidad del delito de femicidio, lo cual ha creado una atmósfera de inseguridad jurídica y de incertidumbre, ya que resulta muy complejo probar el elemento de tipicidad subjetiva del delito de este tipo penal (siendo el hecho de dar muerte a una mujer por su condición de género).

2. Metodología

Respecto de la metodología utilizada, esta investigación se realizó esencialmente con un enfoque de tipo cualitativo, es decir, se procedió a un análisis elementalmente teórico, tomando como punto partida la doctrina sobre la teoría del delito (en el que se circunscribe la tipicidad). Así como el análisis y estudio de las bases del delito de femicidio.

De igual manera, se utilizaron los siguientes métodos de investigación. En primer lugar, un método comparativo, con el objetivo de identificar, analizar y comparar las figuras penales afines al delito de femicidio en otras realidades jurídicas. En segundo lugar, se utilizó un método dogmático, gracias al cual se pudo conocer las posturas existentes respecto de esta “novedad jurídica”. Asimismo, se realizó un análisis respecto de tres sentencias en las cuales se es posible evidenciar el problema propuesto en el artículo de investigación.

Finalmente, también fue de utilidad el método histórico-lógico, gracias al cual se pudo evidenciar el origen y la evolución del delito de femicidio en general, y particularmente en la realidad ecuatoriana.

3. Objetivo General

Realizar una óptima investigación de tipo jurídica con la finalidad de evidenciar que existen fallas en la forma de redacción del tipo penal de femicidio, haciendo que este último se encuentre desprovisto de elementos objetivos para su efectiva investigación, acusación, procesamiento y condena; sino que, al contrario, dependa de elementos subjetivos tales como la apreciación especialmente de acusadores y de juzgadores.

La finalidad esencial y primordial de esta investigación es demostrar que existe una indebida interpretación del delito de femicidio, haciendo que se vulnere la seguridad jurídica y creando un supuesto que da lugar a interpretaciones extensivas, siendo problemático para la certeza que debe acompañar inevitablemente al proceso penal, como supuesto de ultima ratio del derecho; así como probar la existencia de dificultades probatorias respecto de la configuración –o no- del delito.

4. Objetivos Específicos

1. Analizar los elementos concernientes a la teoría del delito del tipo penal de femicidio, específicamente a nivel de la tipicidad (objetiva y subjetiva); con el objetivo de abstraer las características esenciales e indispensables para que el delito de femicidio pueda configurarse.
2. Analizar sentencias o expedientes judiciales en los que se soporte el tema del artículo científico.
3. Desarrollar un análisis doctrinario respecto de la temática en discusión.
4. Proponer una posible solución al problema de tipo jurídico-práctico que engloba al delito de femicidio, haciendo que la inseguridad jurídica y la interpretación extensiva que se han explicado a lo largo de este trabajo se vean de alguna manera atenuadas, o incluso erradicadas por completo.

5. El delito de femicidio. Una aproximación doctrinaria

5.1 Evolución histórica del femicidio y debate teórico

Es conocido que la primera vez que alguien utilizó el término de “femicidio” fue Diana Hamilton Russell, en el año de 1976, durante la conmemoración del Tribunal Internacional de Crímenes contra las Mujeres. Sin embargo, en dicha fecha no se divulgó o no se presentó una definición precisa del novedoso término introducido. Dicha definición llegaría 16 años más tarde, en 1992, cuando Diana E.H. Russell –junto a Jill Radford- editarían el libro denominado *Femicide: The Politics of Woman Killing* (Laporta Hernández, 2012). En dicha obra, se afirma que el femicidio –o femicide en inglés- consiste en el asesinato misógino de mujeres, cometido por hombres (Laporta Hernández, 2012)

Bajo este primer acercamiento o primer esbozo a lo que implicaría el femicidio, la política mexicana, Marcela Lagarde y de los Ríos, en su obra *Femicidio, delito contra la humanidad* ha afirmado que el femicidio se refiere específicamente al punto -o hito final- de una serie de actos de violencia en contra de las mujeres, actos que han tenido lugar y se han desarrollado en un determinado período de tiempo y en un espacio delimitado, cuyo término resultan siendo accidentes mortales o incluso actos suicidas, que pudieron ser prevenidos o evitados por la figura estatal (Lagarde y de los Ríos, 1992).

De tal manera, que se puede afirmar que para esta autora, este concepto o esta figura implica mucho más allá del hecho de dar la muerte a una mujer por su condición de género, sino que involucra todo un aparataje de violencia por parte de conocidos o desconocidos, por violentos, violadores y asesinos individuales y grupales, ocasionales o profesionales (Lagarde y de los Ríos, 1992), el cual tiene como punto final o como cúspide de esta serie de actos violentos, la muerte de estas mujeres (las cuales fueron víctimas de agresiones de cualquier tipo. Por lo que el femicidio no es más que el lamentable resultado (siendo específicamente la muerte), producto de la violencia (manifestada o expresada en cualquier forma), la cual tiene lugar de manera repetida durante un período determinado de tiempo y un espacio preciso y delimitado.

Es gracias a estas nociones primigenias del acto femicida, que autores como Paola Jiménez Rodríguez, han afirmado que existe una necesidad social y cultural de tipificar a esta conducta, apartándola de sus similares y convertir al hecho de causar la muerte a una mujer como un delito autónomo. Esto gracias a la conclusión de que, tipificando al delito, involucraría una forma más de enfrentar estas conductas ilícitas (Jiménez Rodríguez, 2011). Siendo acertado a concluir que, en términos generales, la necesidad de incluir un tipo penal autónomo que describa y castigue lo que se ha desarrollado como “femicidio” responde principalmente a una problemática de tipo social, la cual se busca reducir, atenuar –o incluso- erradicar por completo.

Asimismo, se afirma que el femicidio debe ser un tipo penal autónomo, en cuanto el mismo refuerza el cambio de las posturas patriarcales de algunos jueces y juezas, los obliga a fundamentar sus fallos sobre la descripción del delito (Jiménez Rodríguez, 2011). Con el objetivo de cumplir la finalidad disuasiva de la pena, con miras a que las cifras de asesinato a mujeres y violencia de género se vean reducidas (Pontón Cevallos, 2009).

En este último argumento se puede evidenciar que la función que funge la tipificación del femicidio como tipo penal autónomo dentro de un ordenamiento jurídico determinado, es la de disuadir a las personas de cometer este tipo de acciones, no por la sanción únicamente, sino por el hecho de que, evidenciando las altísimas cifras de concurrencia o frecuencia de este delito. De esta manera, se puede inferir que, mediante la implementación del femicidio como un tipo penal autónomo y con su respectiva pena privativa de libertad, lo que se busca es una modificación de la conducta de las personas (de las sociedades) para que la frecuencia de este tipo de delitos se vea reducida, utilizando a la pena y a la tipificación misma del hecho punible, como elemento disuasorio de la sociedad.

Bajo esta línea de pensamiento, el “*Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio)*” describe y delimita la necesidad del femicidio como un tipo penal autónomo, al momento en que afirma que este tipo penal –el femicidio– permite visibilizar la expresión extrema de violencia resultante de la posición de subordinación, marginalidad y riesgo en el cual se encuentran las mujeres (ONU, 2012, pp. 13-14).

Por lo tanto, se puede concluir –al menos en un primer momento– que la posición doctrinaria mayoritaria, se inclina por aceptar y afirmar que el femicidio debe ser tratado como un delito autónomo o como un tipo penal independiente. Esta ha sido la posición adoptada en la realidad jurídica penal ecuatoriano desde el año 2014, en donde se ha tipificado al femicidio, como un tipo penal autónomo e independiente. Siendo esto último una novedad, en cuanto hasta antes de la entrada en vigor del cuerpo normativo anteriormente mencionado, no existía este tipo penal autónomo, por lo que su inclusión ha sido bastante novedosa (Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial Suplemento No. 180, febrero de 2014).

Por otro lado, a lo referido hasta este momento del presente acápite, existen autores como Eugenio Zaffaroni quien ha afirmado que el femicidio carece de eficacia (específicamente en la realidad argentina), en vista de que la forma en la que se ha construido ese delito o esa tipificación es en base a un delito de odio. Es así como el autor afirma que el homicidio por odio se produce contra minorías. La característica que tiene es que no importa el individuo (Parra Lara, 2017). De igual manera, Zaffaroni afirmó que este delito no va a tener eficacia respecto de la mujer, en vista de que no se trata de un grupo minoritario, a diferencia de travestis o transexuales (quienes sí son considerados un grupo minoritario) (Parra Lara, 2017).

Asimismo, la autora Rocío Villanueva ha afirmado que la incorporación del tipo penal femicidio en las realidades jurídicas de los países ha hecho que se incumpla con una de las exigencias vitales de la ley penal, que es la precisión taxativa de la ley penal (*lex certa*); esto quiere decir que la determinación de la ley penal debe ser conocida y comprendida por un ciudadano promedio (Villanueva Flores, 2011). Sin embargo, en el caso del femicidio, su formulación (dar muerte a una mujer por su condición de mujer) trae lugar a un escenario de imprecisión jurídica, en cuanto se puede dar –en palabras de la autora– una sobre inclusión de casos no abarcados por su razón justificante (Villanueva Flores, 2011).

De igual manera, el autor Alfredo Santillán afirma que la tipificación del delito de femicidio (en la realidad jurídica ecuatoriana) implica una serie de complicaciones de tipo probatorio, como es el caso de la recolección de pruebas (Santillán, 2009). Esto en vista de que, probar que se dio la muerte a una mujer por el simple hecho de ser mujer o por una condición de género, es una tarea realmente compleja en una escena del crimen, e incluso en una autopsia (Santillán, 2009).

Se puede observar claramente como existen dos posiciones teóricas o doctrinarias respecto de la formulación e implementación del delito de femicidio (al menos en un nivel general). Ya que, por un lado, se encuentra la necesidad latente y tangible de tipificar y sancionar una conducta reprochable, esto con la finalidad –además– de disuadir sobre el cometimiento de esta conducta. Por otro lado, se afirma que la incorporación de este tipo penal podría acarrear problemas de tipo procesal, así como vulneraciones a la seguridad jurídica, derecho a la defensa, y al principio de legalidad.

5.2 Realidad ecuatoriana

Para tratar lo concerniente a la realidad ecuatoriana respecto de este delito, es importante comenzar abarcando lo concerniente a los tratados internacionales, convenciones y afines que han marcado las bases y directrices esenciales para la regulación interna de esta conducta en la realidad nacional.

En primer lugar, es menester tomar en cuenta lo mencionado en la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (también conocida como Convención de Belem do Pará), cuyo primer artículo define y delimita con bastante precisión lo que implica o se entiende como “violencia contra la mujer”, siendo esta cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado (Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará, 1994).

De esta misma forma, resulta importante mencionar como antecedente normativo la Plataforma de Acción de Beijing (la cual data de 1995), cuyo Capítulo III, artículo 113, afirma que la violencia contra la mujer abarca a todo acto de violencia de carácter “sexista”, que tenga como resultado un daño posible o real (equiparando la peligrosidad al resultado), este daño puede ser físico, sexual o psicológico (Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, 1995). Es importante, además, tomar en cuenta que el ya mencionado cuerpo incluye como violencia en contra de la mujer a las amenazas, la coerción o privación de libertad; y le es indiferente que estos daños se produzcan en la vida pública o privada (Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, 1995).

Finalmente, en la realidad ecuatoriana se encuentra lo prescrito en el artículo 141 del Código Orgánico Integral Penal, en el cual se describe al tipo penal femicidio como dar muerte a una mujer por el hecho de serlo o por su condición de género (Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial Suplemento No. 180 de febrero de 2014), así como la incorporación de agravantes al delito anteriormente mencionado en el artículo 142. Dichas circunstancias agravantes para el tipo penal de femicidio son las siguientes:

1. Haber pretendido establecer o restablecer una relación de pareja o de intimidad con la víctima.
2. Exista o haya existido entre el sujeto activo y la víctima relaciones familiares, conyugales, convivencia, intimidad, noviazgo, amistad, compañerismo, laborales, escolares o cualquier otra que implique confianza, subordinación o superioridad.
3. Si el delito se comete en presencia de hijas, hijos o cualquier otro familiar de la víctima.
4. El cuerpo de la víctima sea expuesto o arrojado en un lugar público. (Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial Suplemento No. 180 de febrero de 2014).

5.3 Legislación comparada

5.3.1 Colombia

El caso colombiano respecto del femicidio tuvo lugar en el año 2015 como un delito autónomo, por la ley 1761, introduciendo el artículo 104A, según el cual:

Artículo 104A. Femicidio.

Quien causare la muerte a una mujer, por su condición de ser mujer o por motivos de su identidad de género o en donde haya concurrido o antecedido cualquiera de las siguientes circunstancias, incurrirá en prisión de doscientos cincuenta (250) meses a quinientos (500) meses.

Sin embargo, el primer acercamiento a este delito en la realidad jurídica colombiana tuvo lugar en el año 2008, en el cual la ley No. 1257 introdujo un agravante del delito de homicidio, modificando el artículo 104 del Código Penal Colombiano (habiendo en este artículo las agravantes del delito de homicidio), agregando así lo siguiente:

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 mujer.

Es importante mencionar que en el caso colombiano –en un principio- no se optó por incorporar una nueva forma de tipificación en su articulado, sin embargo, posteriormente si se incorporó un nuevo artículo que sancionaba como un delito autónomo el hecho de quitar la vida a una mujer por condiciones de género.

Siendo este un supuesto similar a la realidad ecuatoriana, respecto a la amplitud con la que se redactó el artículo, incumpliendo con la exigencia de la certeza del principio de legalidad, dando lugar a un supuesto de inclusión forzosa de casos que no aplicarían a la determinación del delito, es decir, sancionar bajo una agravante (realidad colombiana) o bajo el delito de femicidio (realidad ecuatoriana) inclusive aquellos homicidios de mujeres que no hayan sido producidos por razones de género (Villanueva Flores, 2011).

5.3.2 Chile

El femicidio en la realidad chilena fue introducido en el año 2010, mediante una modificación en su Código Penal (dicha modificación se realizó mediante la Ley No. 20.480 del año ya referido). Es así como el concepto de femicidio fue introducido en la legislación chilena mediante el siguiente mandato legal “El que mate a una persona con la que tiene o ha mantenido una relación de convivencia o vínculo matrimonial, o tiene un hijo en común, el delito tendrá el nombre de femicidio” (Ley No. 20.480 Chile, 2010).

Como se puede apreciar, la tipificación del delito de femicidio en el caso chileno se hizo mediante una ampliación de un artículo ya existente de su Código Penal (art. 390), y no se incorporó una nueva forma de delito independiente y autónoma. Sin embargo, el caso chileno limita los supuestos en los que podría darse una hipótesis del delito en cuestión, ya que reduce a femicidio, únicamente los casos en los que se de muerte a una persona con la que existió convivencia, un vínculo matrimonial, o tener un hijo común; dejando de lado los posibles casos en los que el homicidio tenga lugar en un contexto de pareja en el que no haya existido convivencia alguna (Villanueva Flores, 2011).

5.3.3 Perú

En Perú se incorporó al femicidio en su lista de delitos, mediante la Ley No. 30068 de julio de 2013. En la que se establecía que se incurre en delito de femicidio quien ocasione la muerte de una mujer (por condición de serlo), tipificando 7 contextos precisos y claros (bajo los cuales la sanción será de al menos 15 años), entre los que se destacan los siguientes: violencia familiar; coacción, hostigamiento o acoso sexual; cualquier supuesto de discriminación a una mujer (sin importar si existió o no relación conyugal o de convivencia).

Asimismo, en el caso peruano existe una clasificación adicional de dicho delito, cuya sanción nunca podría ser inferior a 25 años, igualmente, con una tipificación clara de supuestos, como el caso de la víctima menor de edad, si la víctima fue sometida a violación o si la víctima se encontraba en estado de gestación (Ley No. 30068, 2013).

Es importante destacar el caso peruano respecto al tratamiento del femicidio, en cuanto es una de las legislaciones más precisas respecto de este delito, ampliando la protección de este a –por lo menos– 7 supuestos estrictamente delimitados. La legislación peruana deja atrás problemas de vulneración al principio de legalidad o a la seguridad jurídica, ya que establece supuestos taxativos extremadamente claros, bajo los cuales se adecuaría una conducta al delito de femicidio.

5.3.4 Argentina

Respecto a la realidad jurídica argentina, el delito en mención se encuentra en el Código Penal, Libro Segundo (De los Delitos), Título I, (Delitos contra las personas), Capítulo I (Delitos contra la vida), específicamente en el inciso 11, del artículo 80. En dicho artículo se sanciona con una pena de reclusión perpetua a quien quite la vida –o mate– a “una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género” (Código Penal de la Nación Argentina, 1984).

Respecto de esta disposición normativa, es menester destacar el hecho de que el mencionado inciso se complementa con las disposiciones de la Ley 26485, cuyo artículo número 4 define aquello que implicaría violencia de género:

Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, que, de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes (Ley 26485, 2009)

De esta manera, la legislación argentina intenta –de una manera bastante acertada– definir y delimitar lo que involucra la violencia de género, precisándola inclusive a un punto en el que no haya lugar a una interpretación extensiva del inciso 11 del artículo 80 del Código Penal, preservando la seguridad jurídica y la certeza que debe existir al momento de redactar una norma de tipo penal.

Por otro lado, es importante destacar adicionalmente, que la formulación del inciso 11 del artículo 80 del Código Penal argentino, excluye a aquellos supuestos en los que una mujer quite la vida de otra mujer mediante violencia de género, es decir, limita la calificación activa del delito únicamente a hombres.

5.4 Análisis de los elementos normativos de la tipicidad del delito de femicidio en Ecuador

Como bien se conoce, la moderna concepción de un delito presupone la existencia de una acción típica, antijurídica y culpable (Roxin, 1997). Sin embargo, para fines del presente, se analizará lo relacionado específicamente con el elemento de la tipicidad de la teoría del delito.

5.4.1 Tipicidad

Para comprender sobre la tipicidad como elemento fundante de un delito, es inexorable que previamente exista una acción, entendiendo a esta como aquel actuar o conducta humana que genera una modificación en el mundo exterior y que precede a la voluntad. Se excluyen de esta categoría los “actos” producidos por la naturaleza, animales, aquellos que emanan de una persona jurídica; o los simples pensamientos. (Roxin, 1997). Adicionalmente que esta acción sea “típica”. La acción típica hace referencia en que la conducta realizada por quien perpetraría el delito debe coincidir con la descripción misma de este delito. Es decir, para que se cumpla con el supuesto típico de la teoría del delito, se deben cumplir con todos los elementos positivos del ilícito. A su vez, el elemento típico de un delito es el resultado del principio *nullum crimen sine lege*, ya que no puede configurarse la tipicidad de una acción, si es que en la redacción del delito no se lo describe a este mismo de una forma detallada, clara y precisa.

Por lo tanto, el delito de femicidio a nivel de la tipicidad exige que, en un primer momento existan relaciones de poder manifestadas en cualquier tipo de violencia; en segundo lugar, exigen el hecho de causar la muerte a una mujer; y finalmente, que dicha muerte sea producto de su condición de mujer o de género (Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial Suplemento No. 180 de febrero de 2014). De tal manera que se requiere la configuración –o adecuación– de todos estos supuestos típicos del delito, para que haya lugar a un ilícito que sea susceptible de sanción.

A su vez, es importante tomar en cuenta que para que la parte típica de la teoría del delito tenga lugar (específicamente en casos de conductas activas), es necesaria la presencia de la tipicidad objetiva y la tipicidad subjetiva. Dicho de otra forma, la configuración de la tipicidad requiere de la combinación de una afectación al bien jurídico (desvalor de resultado); así como el conocimiento y voluntad del sujeto activo en ocasionar la conducta ilícita (desvalor de acción) (Roxin, 1997).

De tal manera que es requisito inexorable del ilícito penal la unión de ambos tipos de tipicidades –o de desvalores-, es decir, la presencia de una vulneración o afectación a un bien jurídico determinado, así como la intencionalidad –o el dolo- de ocasionar dicha afectación.

5.4.1.1 Tipicidad objetiva

En primer lugar, es menester hacer referencia a la tipicidad objetiva, según la cual se define específicamente como el aspecto externo del ilícito (Mir Puig, 2006). Específicamente, la tipicidad objetiva –o parte objetiva del tipo- se configura mediante la descripción típica del ilícito, en la que suelen estar los siguientes elementos: sujetos activo y pasivo, el objeto jurídico tutelado, y la conducta perpetrada por el sujeto activo para la comisión del delito (Vega, 2016).

Entendida de otra forma, la parte objetiva de la tipicidad se puede interpretar como el “desvalor de resultado”, el cual es un concepto que hace alusión directa al cómo la conducta genera una lesión –o un menoscabo- al bien jurídico que se intentaba proteger mediante la tipificación del delito (De la Fuente, 1995). Por lo tanto, el desvalor de resultado –o la tipicidad objetiva- se refieren al resultado dañoso que existe en la conducta para el bien jurídico protegido.

Por consiguiente, en el delito de femicidio en Ecuador, la parte objetiva del tipo involucraría directamente a un sujeto activo (quien causa la muerte de una mujer, con el antecedente de relaciones de poder o de violencia), un sujeto pasivo (una mujer, o cualquier persona que por género se identifique como tal), un bien jurídico protegido, el cual en este delito es la vida y finalmente, la conducta típica objetiva requerida por el delito es la de causar la muerte. Siendo, por otro lado, el desvalor de resultado, la muerte de una mujer, como afectación, daño o lesividad del bien jurídico protegido.

De esta misma forma, para la realidad jurídica ecuatoriana, específicamente para el tipo penal –base de análisis del presente artículo- se requiere que dicho resultado dañoso, es decir, ocasionar la muerte de una mujer, responda a móviles que hagan alusión a una condición de género (Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial Suplemento No. 180 de febrero de 2014). Dándose así una posible vulneración al principio de legalidad, específicamente en lo referido al aforismo en latín de *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*, según el cual se exige que la interpretación de la ley penal debe atenerse directamente al tenor literal de lo establecido. (Resta, 2018) Sin embargo, en la descripción del tipo penal, no se determina con precisión lo que involucra “condición de género”.

Lo anteriormente mencionado implica inevitablemente una interpretación extensiva de lo referido por la ley penal, en cuanto se deja en libertad de los órganos jurisdiccionales interpretar –de manera abierta- lo que involucraría “condición de género”.

5.4.1.2 *Tipicidad subjetiva*

Por otro lado, la tipicidad de tipo subjetiva hace alusión directamente al fuero interno del autor de una infracción, o a la existencia –o no- de la intención de cometer el delito en cuestión. Es así que el nivel de la tipicidad de la teoría del delito requiere que el autor tenga el conocimiento y la voluntad de perpetuar dicha afectación en un bien jurídico protegido (Ramírez, 2017). Por lo tanto, es importante determinar que en el nivel subjetivo de la tipicidad se analizan dos elementos que yacen en el fuero interno del sujeto activo de un delito.

Entendido de otras formas, el tipo subjetivo hace referencia al dolo con el que actúa el sujeto activo del delito. En estos supuestos, afirma Bacigalupo que existe una coincidencia entre lo que tuvo lugar efectivamente (la descripción objetiva del tipo se ajustaría con lo sucedido) y lo conocido y anhelado por el sujeto activo (Bacigalupo, 1996).

Como se mencionó líneas arriba, la tipicidad subjetiva hace alusión a la existencia del dolo por parte del sujeto activo, el dolo, a su vez, se conforma con la unión de los elementos de conocimiento y de voluntad, es decir, un elemento de tipo cognitivo y un elemento de tipo volitivo (Bacigalupo, 1996).

Por otro lado, esta tipicidad subjetiva puede ser analizada desde la intencionalidad que tenía el sujeto activo de generar dicha conducta defectuosa, siendo específicamente lo denominado como “desvalor de acción”. Dicho concepto atiende esencialmente a consideraciones que yacen en el fuero interno de la persona, así como a las intenciones que efectivamente tenía el autor (Roxin, 1997).

Es menester destacar el hecho que el desvalor de acción puede ser diferente en cada caso concreto (atenuando o maximizando su presencia en la teoría del delito), de tal manera que existe un desvalor de acción mínimo cuando el sujeto activo del delito ha actuado en base a negligencia o imprudencia y, por otro lado, el desvalor de acción será mayor cuando el agente actúe bajo la presencia del ya mencionado dolo (conocimiento y voluntad).

Respecto a la incorporación de este concepto de la teoría del delito bajo la figura penal de femicidio, concluyendo así que la satisfacción de la tipicidad subjetiva implicaría inevitablemente que el sujeto activo haya tenido como plan de autor adecuar su conducta (con conocimiento y voluntad) al hecho de quitar la vida a una mujer debido a su condición de género. Entendido de otra forma, la redacción del artículo no es suficiente, en cuanto no prevé lo que sucedería en los supuestos en los que el bien jurídico se da mediante supuestos de negligencia o de imprudencia (ausencia de dolo).

5.5 Análisis de sentencias

5.5.1 Proceso No. 13151-2015-00158

Este caso tuvo lugar en el año 2015 (es decir, un año después de la incorporación del femicidio como un delito). Específicamente, se trata de un hecho en el cual el procesado asesinó a su pareja (con un hijo en común de 5 años) mediante un disparo en el costado izquierdo del pecho de la víctima (Proceso Penal No. 13151-2015-00158, 2015). Ante los hechos brevemente descritos, Fiscalía formuló cargos en base al delito de femicidio.

No obstante, a ojos del Tribunal Noveno de Garantías Penales del cantón Chone (provincia de Manabí), la parte titular de la acción penal pública no logró demostrar que la muerte de la víctima en el caso se dio por motivos de género o mediante manifestaciones de violencia; por otro lado, Fiscalía logró probar el hecho de que se cometió el delito de asesinato, ya que el procesado adecuó su conducta a lo establecido en el artículo 140, numeral 1 del COIP (asesinato a sabiendas que se da muerte a conviviente), ordenando la sentencia a 26 años de prisión (Proceso Penal No. 13151-2015-00158, 2015).

Posteriormente, en el caso, Fiscalía procede a apelar la decisión ante la Corte Provincial, quien posteriormente ratificó la sentencia de primer nivel.

Como se puede evidenciar en este caso, existe una dificultad probatoria muy amplia para la parte acusadora al momento de investigar y probar en juicio la culpabilidad plena de un posible delito de femicidio, esto se debe principalmente a que la forma de concebir al delito en la realidad jurídica ecuatoriana tiene varios problemas, como es el hecho de que en muchas ocasiones no se puede probar que se quita la vida a una mujer por el hecho de serlo.

5.5.2 Proceso No. 06333-2015-00277

El presente caso tuvo lugar en la comunidad de Bazán Grande (cantón Guamote, provincia de Chimborazo), el día 12 de julio de 2015. Bajo ese contexto se encontraría el cadáver de Rosa Morcho Yaguarshungo, de aproximadamente 19 años de edad, las presunciones iniciales apuntaban a un posible suicidio; sin embargo, gracias a la realización de la autopsia se concluiría que no se trató de un suicidio, sino de una muerte violenta, (siendo la causa de esta por estrangulación). El protocolo de autopsia, adicionalmente, reveló que existían desgarros vaginales, lesiones, y un embarazo en la víctima de aproximadamente 8 meses (Proceso Penal No. 0633-2015-00277, 2015).

En el caso, Fiscalía impulsa el proceso en base al delito de femicidio, argumentando que lo acontecido responde esencialmente a una expresión de violencia de género. Sin embargo, el Tribunal sentencia al culpable de este caso a 22 años de privación de libertad en base al delito de asesinato, ya que afirmó que lo probado en juicio se adecuaba a dicho tipo penal, y no al de femicidio (asimismo, se afirmó que la muerte por condición de mujer no fue probada) (Proceso Penal No. 0633-2015-00277, 2015).

Fiscalía apela la decisión del Tribunal, y dicha apelación es aceptada por parte de la Corte Provincial de Chimborazo, reformando así la identificación del tipo penal y la sentencia del procesado; dicha modificación se dio por el delito de femicidio, sancionando a 26 años de privación de libertad. Argumentando que la violencia perpetrada por el acusado ante la víctima y el feto que existía en su vientre se subsume en lo tipificado en el artículo 141 del COIP; sin hacer mención de una condición de género o algún elemento más subjetivo de la tipicidad (Proceso Penal No. 0633-2015-00277, 2015).

En el caso analizado se puede apreciar cómo existe una atmósfera de incertidumbre y de inseguridad jurídica respecto a lo que engloba el delito de femicidio en la realidad jurídica ecuatoriana. Esto debido al hecho de que, para ciertos órganos jurisdiccionales, una conducta podría adecuarse como femicidio, mientras que para otros sería un delito de asesinato, cayendo en la subjetividad del juzgador,

violando inclusive el principio de legalidad, en cuanto no se conoce con certeza qué casos deberían ser procesados como femicidio y, por otro lado, qué casos no. Por lo tanto, en este caso, la problemática del tipo analizado va más allá de un tema probatorio para Fiscalía, sino que se introduce en un aspecto de inseguridad jurídica y de subjetividad al momento de sancionar una conducta.

5.5.3 Proceso No. 17282-2015-03493

En este caso la víctima es una mujer, menor de edad, quien en agosto de 2015 fue víctima de violación y posteriormente fue asesinada por quien sería su padrastro. Adicionalmente, existió una marca de estrangulamiento en el cuello de la víctima, una herida producto de un objeto corto punzante a nivel del ombligo de la misma; y la presencia de lesiones vaginales y anales, las cuales conducían a una posible violación antes de la muerte de la víctima (Proceso Penal No. 17282-2015-03493, 2015).

En este caso, si existió una sentencia por el delito de femicidio, con sus respectivas agravantes, condenando al acusado a aproximadamente 34 años de privación de libertad, ya que en juicio se probó la existencia previa de violencia de género, así como el hecho de que la ahora occisa fue víctima de un asesinato de tipo sexual (producto de la cosificación de una persona). Asimismo, gracias a la valoración psicológica post-mortem, se pudo concluir que el asesinato de tipo sexual (el del caso), responde directamente a un supuesto de femicidio, a su vez a una violencia maximizada por una condición de género. A su vez, la víctima ya había sido objeto de varios tipos de vejaciones por parte de su padrastro, manifestando así una situación de género, que culminó con un asesinato de tipo sexual (Proceso Penal No. 17282-2015-03493, 2015).

Es importante remarcar en el presente caso como si se configura el delito de femicidio, mediante la manifestación de múltiples actos de violencia, los cuales son producto de una situación de género que poco a poco escala hasta culminar en el asesinato de una mujer por su condición de tal. Asimismo, esta sentencia es clarificadora en cuanto la concepción legal y típica del femicidio tienen un error, en cuanto su formulación vaga e imprecisa no dan lugar a una efectiva protección del bien jurídico, sino dan lugar a un espacio de incertidumbres, en los que no se logra sancionar efectivamente los casos de femicidio, y tampoco generan un impacto disuasivo en la sociedad, con miras a reducir las cifras de mujeres asesinadas.

6. Conclusiones y recomendaciones

Finalmente, y a modo de conclusión, es importante remarcar el hecho de que la forma de concebir, tipificar y aplicar el delito de femicidio en la realidad jurídica ecuatoriana ha implicado una serie de problemas de tipo procedimental, como es el caso de la dificultad probatoria de un elemento concerniente a la tipicidad objetiva. Esto debido a que para lograr probar que una persona ocasiona la muerte de una mujer (simplemente por su condición de tal), implicaría adentrarse al fuero interno de esta persona, reduciéndose significativamente los casos en los que efectivamente exista un femicidio, siendo como tal, un delito motivado por factores de odio.

Asimismo, existen dificultades o complejidades respecto de la teoría del delito, específicamente en el ámbito de la tipicidad. Pues, en primer lugar, respecto de la tipicidad objetiva, se requiere que se cumpla el asesinato –o el femicidio– por condiciones de género, lo que, una vez más, significaría reducir los supuestos a aquellos casos en los que exista dicho elemento normativo. Por otro lugar, la redacción del articulado respecto del femicidio en la ley penal ecuatoriana guarda problemas respecto de la tipicidad subjetiva, en cuanto no se afirma qué sucedería en caso de que se diera un “femicidio de tipo culposo”, es decir, manifestaciones de violencia de género perpetradas por un actor de manera constante, sin embargo, sin la intención de ocasionar la muerte de la víctima.

Por otro lado, es importante concluir que la forma de tipificar al delito de femicidio en Ecuador ha dado lugar a que se genere una atmósfera de inseguridad jurídica y de incertidumbre. Especialmente en el caso en que la configuración o adecuación de una conducta al delito de femicidio o de asesinato, dependerá esencialmente del criterio –o la sana crítica– del juzgador que conozca el caso, vulnerando así el principio de legalidad (en su manifestación de ley certera); además de quitarle la precisión y certeza que debe acompañar al derecho penal.

Por otro lado, a modo de recomendación, sería útil y muy eficaz corregir estos errores de la tipificación del delito de femicidio, con el objetivo de superar los problemas descritos a lo largo del presente artículo. Es importante destacar el hecho de que es necesario e indispensable una figura que proteja la violencia hacia el género femenino (en cualquiera de sus expresiones), sin embargo, el hecho de incorporar un artículo tan problemático podría hacer que dicha protección anhelada y ansiada se vea afectada.

Una posible solución podría ser la derogación de los artículos 141 y 142 del COIP (femicidio y sus agravantes) e incorporar un supuesto en el artículo 140 (que tipifica el asesinato), en el que se determine que quien ocasione la muerte de una mujer por su condición de género, incurrirá en asesinato, como fue el tratamiento inicial del caso colombiano en 2008. De esta forma, no existiría duda al momento de procesar a una persona por un delito u otro, sino que será siempre asesinato y, en base a los supuestos fácticos del caso, determinar bien el numeral o supuesto.

La otra posible solución (la cual considero que sería la óptima), implicaría modificar el artículo 141 del COIP, de tal manera que el artículo aumente los supuestos o hipótesis de protección en los que podría tener lugar el delito a análisis de este artículo, de tal manera que dicho artículo sería plenamente certero, dejando la incertidumbre y la inseguridad jurídica detrás, como el caso peruano de 2013.

Referencias

- Bacigalupo, E. (1996). *Manual de Derecho Penal*. Temis S.A.
- Carcedo, A. (2011). *Femicidio en Ecuador*. Repositorio IAEN.
- Código Orgánico Integral Penal [COIP]. (2014). Registro Oficial Suplemento No. 180 (Ecuador). <https://cutt.ly/zBHMxOW>
- Código Penal Colombiano [CPC]. (2000). Diario Oficial No. 44097. Ley 599 de 2000 (Colombia). https://www.oas.org/dil/esp/codigo_penal_colombia.pdf

- Código Penal de la Nación Argentina [CPNA]. (1984). Ley 11.179 (T.O. 1984 actualizado) (Argentina). https://www.oas.org/dil/esp/codigo_penal_de_la_republica_argentina.pdf
- De la Fuente, F. (1995). Relaciones Entre Desvalor de Acción y Desvalor de Resultado en la Fundamentación de la Responsabilidad Penal. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, (16). <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewFile/306/282>
- Jiménez Rodríguez, N. (2011). Femicidio/Feminicidio: Una Salida Emergente de las Mujeres Frente a la Violencia Ejercida en Contra de Ellas. *Revista Logos, Ciencia & Tecnología*, 3(1), 127-148. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=517751801011>
- Lagarde y de los Ríos, M. (1992). El femicidio, delito contra la humanidad. En *Feminicidio, justicia y derecho* (pp. 151-164). Comisión Especial Para Conocer y dar Seguimiento a la Investigaciones Relacionadas con los Feminicidios en la República Mexicana, y a la Procuración de Justicia Vinculada. <https://cutt.ly/rBH8UCV>
- Laporta Hernández, E. (2012). *El feminicidio/femicidio: Reflexiones desde el feminismo jurídico* [Tesis de maestría, Universidad Carlos III de Madrid]. Repositorio <https://cutt.ly/3BH4jsI>
- Ley No. 20.480. (2010). Modifica el código penal y la ley N° 20.066 sobre violencia intrafamiliar, estableciendo el “femicidio”, aumentando las penas aplicables a este delito y reforma las normas sobre parricidio (Chile). <https://cutt.ly/8BH4X4C>
- Ley No. 26485. (2009). Ley de protección integral a las mujeres. Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia (Argentina). <https://cutt.ly/kBH7ym4>
- Ley No. 30068. (2013). Ley núm. 30068 que modifica el Código Penal y el Código de Ejecución Penal con la finalidad de prevenir, sancionar y erradicar el feminicidio (Perú). <https://cutt.ly/tBH6hnN>
- Mir Puig, S. (2006). *Derecho Penal. Parte General* (Vol. 8). Editorial Reppertor.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. (1995). *Declaración y Plataforma de Acción de Beijing*. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2015/9853.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas. (2012). *Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio)*. <https://cutt.ly/IBJqtzJ>
- Organización de Estados Americanos. (1994). *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”*. <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>
- Parra Lara, F. (2017). Femicidio: ¿Se robustece su inconstitucionalidad en Yucatán? *Revistas Jurídicas UNAM*, 40. <https://cutt.ly/4BJwtTx>
- Pontón Cevallos, J. (2009). *Femicidio en el Ecuador: realidad latente e ignorada*. FLACSO.
- Ramírez, A. (2017). *La aplicación de los principios de legalidad y lesividad en los delitos de sabotaje y terrorismo en un estado constitucional de derechos y justicia: análisis de casos* [Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar]. Repositorio Institucional <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/5727>
- Resta, D. (2018). *El principio “nullum crimen, nulla poena sine lege” en el derecho penal internacional. En particular en el estatuto de la corte penal internacional* [Tesis de doctorado, Universidad de Granada]. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=150995>

- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. CIVITAS.
- Santillán, A. (2009). Visualizar, prevenir y sancionar el femicidio. FLACSO.
- Tribunal de Garantías Penales del Cantón Riobamba. (2015, 15 de diciembre). Proceso Penal No. 0633-2015-00277 (Ecuador).
- Tribunal Noveno de Garantías Penales de Pichincha. (2015, 18 de diciembre). Proceso Penal No. 17282-2015-03493 (Ecuador).
- Unidad Judicial Penal de Chone. (2015, 8 de junio). Proceso Penal No. 13151-2015-00158 (Ecuador).
- Vega, H. (2016). El análisis gramatical del tipo penal. *Justicia*, 29, 53-71. [http:// dx.doi.org/10.17081/just.21.29.1233](http://dx.doi.org/10.17081/just.21.29.1233)
- Villanueva Flores, R. (2011). *Tipificar al Femicidio: ¿La Huida Simplista al Derecho Penal?* CLADEM.

AUTORES

Patricio Fernando Sarabia Castro. Abogado cum laude por la Universidad San Francisco de Quito (2021). Cuenta con un diplomado por la Universidad de Belgano (Argentina) sobre “Reglas del Enjuiciamiento Criminal” (2021). Actualmente se encuentra cursando la Maestría en Derecho Procesal Penal y Litigación Oral por la Universidad Católica de Cuenca.

María Susana Ciruzzi. Abogada (UBA), Especialista en Derecho Penal (UBA), Diplomada en Bioética (FLACSO), Especialista en Bioética (FLACSO), Magíster en Bioética (FLACSO), Doctora de la Universidad de Buenos Aires, Área Derecho Penal. Posdoctorado de la Universidad de Buenos Aires. Docente de grado, posgrado y doctorado (UBA).