

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho Penal

**El derecho penal simbólico en el Ecuador, a partir del Código
Orgánico Integral Penal**

Homero Patricio Cepeda López

Tutora: Marcella da Fonte Carvalho

Quito, 2020

Trabajo almacenado en el Repositorio Institucional UASB-DIGITAL con licencia Creative Commons 4.0 Internacional

	Reconocimiento de créditos de la obra No comercial Sin obras derivadas	
---	---	---

Para usar esta obra, deben respetarse los términos de esta licencia

Cláusula de cesión de derecho de publicación

Yo, Homero Patricio Cepeda López, autor de la tesis intitulada “El Derecho Penal Simbólico en el Ecuador, a partir del Código Orgánico Integral Penal”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho Penal en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

06 de enero de 2020

Firma: _____

Resumen

El presente trabajo analiza uno de los principales problemas que enfrenta el derecho penal, como es la influencia que tiene el derecho penal simbólico en la ley penal.

En este contexto, con la vigencia en Ecuador del Código Orgánico Integral Penal-COIP, que pretende una visión garantista del derecho penal, surge la interrogante: ¿existe una influencia del derecho penal simbólico en esta ley penal?

Para responder esta pregunta partimos de que para la dogmática jurídicopenal únicamente las conductas que lesionan o ponen en peligro un bien jurídico, deben ser incluidas en la ley penal; por lo tanto, la figura del bien jurídico se transforma en un límite a la facultad expansionista de castigar que tiene un Estado.

Sin embargo, en el COIP encontramos conductas que no responden a un correcto análisis dogmático jurídicopenal, pues no ponen en peligro o lesionan algún bien jurídico, sino que surgen por presión de grupos políticos o de poder [medios de comunicación, iglesia] que buscan generar un falso sentido de seguridad en la sociedad; es decir, conductas que responden a un derecho penal simbólico.

De la investigación realizada se concluye que los tipos penales de simulación de secuestro y de aborto consentido, son una muestra del enfoque de derecho penal simbólico que encontramos en el COIP.

Esta evidencia se constata desde la dogmática jurídicopenal y a través del estudio de casos en concreto que ponen de manifiesto los problemas prácticos que estos tipos penales presentan.

Adicionalmente, este trabajo realiza un análisis del tipo penal de femicidio, en el que se evidencia la necesidad de precautelar la vida de mujer –o quien se autopercibe con identidad femenina–, cuando se le da muerte como resultado de un sentimiento de poder sobre ella, lesionando en este caso el bien jurídico de la vida digna de la mujer.

Descartándose en este sentido que el tipo penal de femicidio responda a un enfoque de derecho penal simbólico.

De esta manera, la presente tesis da una respuesta integral, desde la dogmática y la práctica, a los problemas que se generan por tener una ley penal con enfoque de derecho penal simbólico.

Como todos los actos de mi vida, se lo dedico a Dios,
y a mi familia.

En el caso en particular, a los procesados por tipos penales simbólicos
que no debieron conocer el castigo de la prisión

Agradecimientos

Mi reconocimiento especial a la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, a mi tutora, lectores, profesores, colegas y amigos que me apoyan en el estudio del Derecho Penal.

Tabla de contenidos

Introducción.....	13
Capítulo primero El derecho penal simbólico en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia	15
1. La criminología mediática y su relación con el derecho penal simbólico	24
2. Derecho penal simbólico y los bienes jurídicos.....	28
3. Derecho penal simbólico y los fines de la pena.....	35
3.1. Teoría de la retribución.....	36
3.2 Prevención general.....	36
3.3. Prevención especial.....	37
3.4. Vigencia de la norma	40
Capítulo segundo Análisis de casos	43
1. Caso No. 1: Expediente No.17294201800270. Tipo penal: aborto consentido.....	43
2. Caso No.2: Expediente No. 17297201800175. Tipo penal: aborto no consentido.	48
3. Caso No.3: Expediente No.17282201600472. Tipo penal: simulación de secuestro	57
4. Caso No.4: Expediente No. 17297201800206. Tipo penal: femicidio	63
Conclusiones.....	79
Bibliografía.....	81

Introducción

Dentro del estudio del derecho penal, y, evidenciado en la práctica del mismo, uno de los problemas que esta rama jurídica enfrenta, es cómo el derecho penal simbólico influencia en la ley penal, de tal manera que inclusive llega a afectar directamente a la función primordial del derecho penal, que es limitar el ejercicio del poder punitivo del Estado.

Con el objetivo de responder esta pregunta, el presente trabajo se encuentra dividido en tres capítulos.

En el primero se realiza un análisis que parte desde la vigencia del Código Orgánico Integral Penal, el 10 de agosto de 2014, con el que se pretende adecuar la normativa penal al nuevo paradigma constitucional del país, un Estado de Constitucional de Derechos y Justicia.

Paradigma que se enmarca en una concepción garantista de mínima intervención penal, por lo tanto exige que para considerar una conducta como prohibida dentro de la ley penal, se debe realizar un análisis desde la dogmática jurídicopenal, en apego a los principios de necesidad, lesividad y subsidiaridad del derecho penal.

En este sentido, para la dogmática jurídicopenal, una conducta será penalmente relevante cuando lesione o ponga en peligro un bien jurídico, convirtiéndose de esta manera en un requisito a cumplir, con el fin de evitar la expansión punitiva.

Sin embargo, frente a esta concepción, encontramos conductas incluidas en el COIP que no protegen bienes jurídicos o pretenden proteger bienes jurídicos idealizados, que únicamente responden a ciertos grupos políticos o de poder –medios de comunicación, la iglesia–; que lo único que buscan es generar una falsa percepción de seguridad en la sociedad.

Es decir, son conductas que responden a un enfoque de derecho penal simbólico, por ello la necesidad de centrar nuestro estudio en esta corriente y su relación con la teoría del bien jurídico.

A continuación, en el segundo capítulo, se analiza si estas conductas netamente simbólicas incluidas en la ley penal, cumplen con alguno de los fines de la pena, o contrario a ello deslegitiman la vigencia de la norma.

En el tercer capítulo se realiza el estudio de casos en concreto respecto a los tipos penales de aborto consentido, aborto no consentido y simulación de secuestro, para evidenciar la existencia de este enfoque de derecho penal simbólico que tiene el COIP.

De estos tres casos, se tendrá una aproximación con los Fiscales que estuvieron a cargo de las investigaciones, para obtener sus comentarios al respecto.

Finalmente, nos detendremos en el análisis de un caso de femicidio, tipo penal que generó y continúa generando discusión sobre su aplicabilidad, en el que comprobaremos si este tipo penal responde a un enfoque de derecho penal simbólico.

Conforme la división propuesta en los capítulos enunciados, se pretende lograr una investigación con enfoque integral desde la dogmática y la práctica, con respecto a la influencia que el derecho penal simbólico en el Código Orgánico Integral Penal.

Por tanto, el método de investigación jurídica aplicado en este trabajo fue el dogmático, en razón de que se realizó un estudio desde los postulados de la dogmática jurídica para señalar cuando es necesario tipificar una conducta dentro de la ley penal.

Además, esta tesis se basó en un enfoque cualitativo, con alcance descriptivo aplicado en el estudio de los casos en concreto, seleccionados de esta ciudad de Quito, en la que se incluyó los comentarios de los Fiscales que estuvieron a cargo de la investigación.

Se deja constancia de que al momento de realizar esta tesis no se encontraban vigentes las reformas aprobadas al COIP por la Asamblea Nacional, el 17 de diciembre de 2019, por lo que no se realizó un estudio pormenorizado de las mismas.

Capítulo primero

El derecho penal simbólico en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia

Con la promulgación de la Constitución de la República del Ecuador –CRE- en el año 2008, se deja atrás a un Estado Legal de Derecho, que tiene como característica esencial el desconocimiento del carácter normativo de la Constitución y se pasa a un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, donde esta norma es el punto vértice del ordenamiento jurídico, lo que determina que todo acto de poder público o privado debe mantener conformidad con las disposiciones constitucionales, so pena de carecer de eficacia jurídica.¹

El artículo 84 de la CRE, señala que es obligación del Estado adecuar formal y materialmente todas sus normas al marco constitucional y de protección internacional de derechos humanos. Este imperativo dispone un ejercicio inicial para superar las disposiciones anacrónicas que se contrapongan a la Constitución, además de un ejercicio permanente por parte del legislador, que debe generar reforma normativa con el objetivo de guardar correspondencia con los estándares de derechos.

La legislación penal vigente a la época de adopción de la Constitución tenía una serie de limitaciones, “El Código Penal vigente, antiguo, incompleto, disperso y retocado, ha sido permanentemente modificado. La codificación de 1971 ha soportado, en casi cuarenta años -desde octubre de 1971 hasta la producida en mayo del 2010- cuarenta y seis reformas”²; de igual forma el Código de Procedimiento Penal, sufre recién en el año 2000, un cambio fundamental: pasamos de un sistema inquisitivo a un incipiente sistema acusatorio, “el Código se ha reformado catorce veces. Estas reformas no tomaron en cuenta las normas penales sustantivas y pretendieron cambiar el sistema penal, modificando solamente una parte aislada.”³

¹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 420, 20 de octubre de 2008, art. 424.

² Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Exposición de motivos, Suplemento del Registro Oficial 180, 10 de febrero de 2014.

³ *Ibíd.*

Es en el año 2014, que se aprueba el Código Orgánico Integral Penal –COIP-, ley con el que se pretende adecuar la normativa penal al nuevo paradigma constitucional, incorporando según versa en su propia exposición de motivos: desarrollos normativos, doctrinales y jurisprudenciales modernos.

El legislador, es el encargado de señalar que conductas tienen el carácter de relevantes para incluirlas como delitos en la ley penal, con un correcto estudio de dogmática jurídicopenal y política criminal, observando los principios de necesidad, lesividad y subsidiaridad del derecho penal.

Sin duda, la relación entre dogmática jurídicopenal y política criminal es inminente, aunque muchas veces antagónica, la primera concebida como la materia que protege los derechos de las personas involucradas en el derecho penal [el derecho como es] y la segunda que tiene su base en la criminología, que busca mantener un control social, limitando las actuaciones de las personas [como deberían ser].

Roxin al señalar la relación recíproca antagónica que mantienen estas dos disciplinas recuerda el aforismo propuesto por Von Liszt: el derecho penal es la barrera infranqueable de la política criminal, por eso sostiene que se transforma en el baluarte del ciudadano contra el Leviatán del Estado⁴. Por ello la necesidad de que el legislador no se deje influenciar de temas mediáticos, ni de presiones políticas creando disposiciones legales con el fin de ganar votos para mantener o conseguir el poder.

Al ser el derecho penal la barrera infranqueable de la política criminal, el baluarte del ciudadano contra el poder del Estado; solo podrán ser perseguidas por el Estado a través del derecho penal las conductas descritas en la ley.

De esta forma el principio de legalidad, *nullum crimen sine lege*, será el postulado que fije cuales son las conductas penalmente relevantes establecidas como delito en la ley penal y, la sanción que la realización de estas conlleva, no solo como un elemento de prevención general sino como postulado de limitación del ius puniendi.

Bajo este contexto, todo postulado de política criminal que considere que una conducta debe incluirse en la ley penal, deberá pasar el filtro de análisis basado en la dogmática jurídicopenal.

Para una mejor clarificación del derecho penal simbólico, analizaremos primero las características que debe reunir una conducta para ser considerada delito, para posterior

⁴ Claus Roxin, *Derecho Penal Parte General*, Tomo I, trad. Diego Manuel Luzón Peña (Madrid: Civitas Ediciones, 2006), 223 – 4.

detenernos en el estudio de si existen conductas que no cumplirían estas características y que responden simplemente a un derecho penal netamente simbólico.

En este sentido, guardando simetría con la actual teoría general del delito, las características que debe reunir un acto [acción u omisión] para ser considerado como delito –incluidas en el COIP a manera de enciclopedia–, es que este sea típico, antijurídico y culpable, cuya sanción se encuentre prevista en la ley. Al respecto, Francisco Muñoz Conde, señala:

[...] podemos definir el delito como la conducta (acción u omisión) típica, antijurídica, culpable y punible. Esta definición tiene carácter secuencial, es decir, el peso de la imputación va aumentado a medida que se pasa de una categoría a otra, teniendo, por tanto, que tratarse en cada categoría los problemas que son propios de la misma. Si del examen de los hechos resulta, por ejemplo, que la acción u omisión no es típica, ya no habrá que plantearse si es antijurídica, y mucho menos si es culpable o punible.⁵

Si bien el *Acto* está considerado como una categoría propia con los elementos acción y omisión, y los conceptos que cada uno abarca; mientras que la *conducta* es un elemento de la tipicidad objetiva que se refiere al verbo rector del tipo -por ejemplo: en el homicidio, la conducta será *matar*, en el de robo será *sustraer*, etc.-, en cierta medida existe una absorción del acto en la conducta.

Para explicar el párrafo anterior, si la acción de la persona fue matar, pues se configura efectivamente la conducta exigida en el tipo penal, caso contrario si el acto realizado difiere de la conducta exigida por el tipo penal, se elimina el delito, pues nos encontramos frente a un acto atípico.

Se realiza esta corta aclaración, porque en este trabajo nos centraremos exclusivamente en la conducta, como elemento de la tipicidad objetiva, pues como se dijo en líneas anteriores, es el legislador quien establece que conducta se debe tipificar como delito.

Partamos entonces de lo que se entiende por *conducta*, es el comportamiento humano con el cual se lesiona o se pone en peligro bienes jurídicos, la cual generalmente esta descrita por un verbo: matar, hurtar, abusar, etc.; es decir, el verbo rector del tipo penal es la conducta prohibida por el legislador.⁶

⁵ Francisco Muñoz Conde, *Teoría General del Delito* (Lima: Editorial jurídica del Pacífico, 2015), 4-5.

⁶ Pablo Encalada Hidalgo, *Teoría Constitucional del Delito, análisis aplicado al Código Orgánico Integral Penal* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2015), 46.

Roxin sostiene que no son acciones en sentido jurídico los efectos producidos por fuerzas naturales, por animales, los actos de una persona jurídica o, los meros pensamientos.⁷ Concluyendo, no toda conducta tiene relevancia penal, sino únicamente las acciones u omisiones de personas que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos.

¿Pero, qué se entiende por bien jurídico? el concepto de bien jurídico como analizaremos en líneas posteriores, no es estático, está abierto al cambio social, al progreso científico.

En este sentido, “[...] si a una conducta se le agrega como consecuencia una sanción (ley), es porque esa conducta está prohibida (norma) y esa prohibición obedece a que el derecho tiene interés en proteger al ente que esa conducta afecta, o sea que ese ente es valorado positivamente por él (es un bien jurídico).”⁸

Por eso, para tipificar una conducta como penalmente relevante –incluirla en la norma-, debe observarse si esta es necesaria, necesidad que puede tener su génesis en un estudio de política criminal, y posterior pasar el filtro de la dogmática jurídicopenal, o no necesariamente, aunque todas deberían cumplir este presupuesto como un requisito obligatorio.

Para la dogmática jurídicopenal será necesario que lesione o ponga en peligro un bien jurídico; si esta condición se cumple por defecto será una conducta lesiva y corresponderá medir el grado de afectación al bien jurídico [un bien jurídico puede ser razonablemente afectado, un tema distinto es que se lo vulnere], para poder determinar si la punición es efectiva a través de la ley penal o puede ser solucionada por otra vía distinta.

Si se determina que la ley penal es el camino viable, corresponde analizar la proporcionalidad entre la conducta prohibida y la sanción que recibirá una persona por realizarla.

Sin embargo, en contraposición a este análisis surge una categoría del derecho sin ninguna de estas bases, conocida como derecho penal simbólico.

El derecho penal simbólico tiene una estructura formal basada en la dogmática jurídica, pero materialmente no cumple con sus requisitos.

Para ser más específicos, los tipos penales que responden a un derecho penal simbólico formalmente están estructurados en la ley como conductas típicas, antijurídicas, culpables y punibles, pero ya en el análisis *material* del tipo penal no se

⁷ Roxin, *Derecho Penal Parte General*, 194.

⁸ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal, Parte General III* (Buenos Aires: EDIAR, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 2004), 221.

configuran como conductas penalmente relevantes porque no protegen un bien jurídico o se trata netamente de un bien jurídico idealizado.

Roxin al referirse al derecho penal simbólico sostiene que no desarrolla efectos concretos de protección; sino, beneficia a ciertos grupos políticos o de poder [medios de comunicación, iglesia, etc.]; o, apacigua al ciudadano haciéndole creer que se está haciendo algo positivo por su seguridad, cuando en realidad, se trata de una huida al derecho penal, porque significa evadir el cumplimiento de tareas político-sociales; y, es deber de la ciencia penal poner en evidencia esta realidad.⁹

En similar sentido, Cesano señala respecto al derecho penal simbólico: “[...] se trata de normas que no tienen una efectiva incidencia en la tutela real del bien jurídico al que dicen proteger (sencillamente porque no se aplican), pero que, sin embargo, juegan un rol simbólico relevante en la mente de los políticos y de los electores”.¹⁰

Concretamente, se puede entender el derecho penal simbólico cómo una figura creada a partir de la influencia mediática; o, de grupos de poder político, religiosos o ideológicos, con el objetivo de transmitir a la sociedad una falso sentimiento de seguridad o actuación para generar marketing.

Rodríguez, es claro en señalar que el derecho penal simbólico son aquellos preceptos prohibitivos que contemplan una pena, pero que se legislan e incorporan al Código Penal sin una base de política criminal, que terminan siendo imperseguidos, funcionan únicamente como herramienta política, existen para darle al ciudadano una perspectiva de política criminal ficticia, que calme sus ánimos y angustias, y le permita creer que el derecho penal es solvente en la protección de la sociedad.¹¹

Sin duda el derecho penal eventualmente podrá generar efectos simbólicos en la sociedad pero, limitar la función penal a estos efectos sería desconfigurar su primordial función, que es el limitar el poder punitivo del Estado, función que la cumple protegiendo bienes jurídicos; en contraparte, lo que se estaría permitiendo es su expansión, criminalizando cualquier conducta.

La función simbólica del derecho penal puede ser exclusivamente para encubrir la falta de la capacidad del Estado para la resolución de un problema, dando la sensación

⁹ Claus Roxin, “¿Qué puede reprimir penalmente el Estado? Acerca de la Legitimación de las conminaciones penales”, en AA.VV., *Problemas actuales de la dogmática penal*, (Lima: Ara, 2004), 35-36.

¹⁰ José Daniel Cesano, *La política criminal y la emergencia, (entre el simbolismo y el resurgimiento punitivo)* (Córdoba: Editorial Mediterránea, serie azul, 2004), 18.

¹¹ *Ibíd.*

al ciudadano que existe preocupación por él, no obstante que la realidad es otra, en la cual subsiste el problema y más aún se profundiza, porque no existe una solución efectiva para el mismo.¹²

Hassemer Winfried sostiene que el derecho penal simbólico sería una manifestación de la crisis del derecho penal, “[...] [el] Derecho penal simbólico con una función de engaño no cumple con la tarea de una política criminal y mina la confianza de la población en la Administración de Justicia”¹³.

De la misma forma, Baratta cuestiona la función simbólica del derecho penal, e indica que esta tiende a prevalecer sobre la función instrumental y no logra la efectiva protección de bienes jurídicos¹⁴; es decir, según este autor, la simbología penal es parte de una ilusión porque en realidad no genera ninguna protección, a pesar de que el legislador a ojos de la sociedad se vea como atento a sus necesidades.

Por ejemplo, debido alto índice de personas desaparecidas, en las recientes reformas al COIP, aprobadas el 17 de diciembre de 2019 por la Asamblea Nacional, publicadas en el Registro Oficial, Suplemento No.107, de 24 de diciembre de 2019, que entrará en vigencia después de 180 días contados desde su publicación en el Registro Oficial, se incorporó como delito la desaparición involuntaria de personas.

Tipo penal, que sanciona a la persona que prive de la libertad, retenga, arrebate, desaparezca, traslade a una o más personas, en contra de su voluntad ¹⁵; y, exactamente la misma conducta prohibida la encontramos cuando revisamos el tipo penal de secuestro¹⁶, ya incorporado en el COIP desde la promulgación, 10 de agosto de 2014.

El tipificar dos veces la misma conducta, que protegen el mismo bien jurídico –la libertad de tránsito–, únicamente cambiando el título del artículo, evidencia que a través del derecho penal simbólico se pretende generar en la sociedad un falso sentimiento de tranquilidad.

Cuando en realidad lo que traerá como consecuencia es la pérdida de credibilidad del ciudadano en la norma, porque en la práctica el bien jurídico ya se encontraba

¹² Juan Bustos Ramírez, “Necesidad de la pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente”, en AA.VV., *Pena y Estado* (Santiago de Chile: editorial Jurídica ConoSur, 1995), 101.

¹³ Winfried Hassemer, “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, en AA.VV., *Pena y Estado* (Santiago de Chile: editorial Jurídica ConoSur, 1995), 36.

¹⁴ Alesandro Baratta, “Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: una discusión en la perspectiva de la Criminología crítica, en AA.VV., *Pena y Estado* (Santiago de Chile: editorial Jurídica ConoSur, 1995), 53.

¹⁵ Ecuador, *Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal*, Suplemento del Registro Oficial 107, 24 de diciembre de 2019, art. 35

¹⁶ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 161.

protegido por el tipo penal de secuestro, bajo la prohibición de la misma conducta, que ahora se repite en delito de desaparición involuntaria.

Esto solo evidencia que nuevo tipo penal, es producto de la presión de grupos sociales –organizaciones de familiares de personas desaparecidas–, y no de un correcto estudio dogmático jurídicopenal.

Por supuesto, al legislador populista no le conviene políticamente realizar un estudio dogmático, sino al contrario, incluir tipos penales que responden a un derecho penal simbólico, porque produce a los ojos de la sociedad y de los medios de comunicación, como si estuviera atento a sus necesidades.

Como bien lo señala Zaffaroni, el legislador populista se convierte en algo parecido a un actor o actriz de telenovela, pasa a ser un telepolítico, pero no puede cambiar de personaje a diferencia del actor o actriz profesional, queda preso de su papel, por eso adopta medidas paradójales como aprobar leyes descabelladas. Si bien son políticos que hacen esto por oportunismo o por ideología autoritaria, en ciertos casos no son mayoría, sostener lo contrario es caer en la antipolítica y esto sería lo mismo que anhelar una dictadura, la verdad es que la mayoría de los políticos no conocen dogmática jurídicopenal y lo que hacen es actuar de acuerdo a la criminología mediática, que es la única que conocen.¹⁷

Debemos ser claros, cuando una persona es reportada como desaparecida el Estado debe poner en marcha a sus organismos, en especial a la Policía Nacional, para localizar a esa persona, si la persona aparece con vida, puede concurrir por lo general dos escenarios.

El primero, de manera voluntaria la persona decidió desaparecer de su círculo social y familiar, conducta que no lesiona ningún bien jurídico, por lo tanto no tiene relevancia penal.

El segundo, la persona fue privada de su libertad en contra de su voluntad, la consecuencia jurídica, se apertura una investigación por el delito de secuestro.

Por tanto, la incorporación de este tipo penal, Desaparición Involuntaria, es una clara muestra de la influencia del derecho penal simbólico, que entrará en vigencia en el COIP desde junio de 2020.

Desde esta lógica los medios de comunicación son el pilar fundamental del derecho penal simbólico, que han instaurado un mensaje: existe un incremento de la

¹⁷ Eugenio Raúl Zaffaroni, *La cuestión criminal*, segunda edición (Buenos Aires: Planeta, 2012), 243.

criminalidad, que conlleva a un aumento de la percepción de inseguridad, por lo que se exige del Estado la construcción de respuestas punitivas duras.¹⁸

Los medios de comunicación, crean una realidad paralela en la que de manera reiterada se transmite un mensaje a la sociedad que lo acepta como verdadero, exige al Estado que se brinde una respuesta a esta problemática, y el Estado se vale del derecho penal para crear figuras meramente simbólicas, generando un espejismo de seguridad.

Albrecht da una posible explicación al respecto: el aumento de la criminalidad no solo sirve para su instrumentación política, sino que también es el objeto de auténticos melodramas cotidianos que se comercializan en los medios de comunicación. Se comercializa con la criminalidad y su persecución, como si se tratara de mercancía.¹⁹

Por ello, en el siguiente subcapítulo analizaremos la íntima relación que existe entre el derecho penal simbólico y la criminalización mediática

Sin duda, se debe tener precaución en pensar que el derecho penal simbólico es sinónimo de derecho penal del enemigo. El derecho penal, sea del enemigo o del amigo, puede ser simbólico, eso dependerá del análisis en concreto de las circunstancias que lo configuran: ideología, incidencia de la religión, instituciones procesales, sistema de gobierno.²⁰

Para encontrar una diferencia más simple, podemos sostener que el derecho penal del enemigo se caracteriza como un derecho de autor [construcción de un enemigo]; mientras que el derecho penal simbólico son conductas establecidas en la ley penal que no tiene asidero dogmático jurídicopenal real.

Para Manuel Cancio Meliá, el llamado derecho penal simbólico y lo que ha denominado resurgir del punitivismo, constituyen el linaje del derecho penal del enemigo.²¹

Para clarificar lo señalado, según Jakobs, el derecho penal del enemigo se caracteriza por tres elementos: i) existe un adelantamiento de la punibilidad, es decir, la perspectiva del ordenamiento jurídico penal es prospectiva (punto de referencia: el hecho futuro), en lugar de retrospectivo (punto de referencia: el hecho cometido); ii) las penas

¹⁸ José Daniel Cesano, *La política criminal y la emergencia, (Entre el simbolismo y el resurgimiento punitivo)* (Córdoba: Editorial Mediterránea, serie azul, 2004), 52-53.

¹⁹ Alexis Albrecht, “El derecho penal en la intervención de la política populista”, en José Daniel Cesano, *La política criminal y la emergencia (Entre el simbolismo y el resurgimiento punitivo)* (Córdoba: Editorial Mediterránea, serie azul, 2004), 55.

²⁰ Rodríguez, *La expansión del Derecho Penal Simbólico*, 67.

²¹ Manuel Cancio Meliá, “De nuevo: ¿el derecho penal del enemigo?”, en *Derecho penal del enemigo: el penal de la exclusión*, Volumen 1, Cancio Meliá – Gómez Jara Díez, Coordinadores, (Montevideo: B de F, 2006), 345.

son desproporcionalmente altas; iii) determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas.²²

Así en la práctica se ha evidenciado escenarios bajo esta categoría [derecho penal del enemigo], como son las organizaciones criminales, carteles de droga, organizaciones de trata de persona, tráfico de migrantes, terrorismo.

El efecto simbólico que se crea frente a esto, es que se produce una exclusión del enemigo de la sociedad, una exclusión del círculo de ciudadanos [amigos]. Con esta tesis planteada por Cancio Meliá, se extiende la categoría de derecho penal simbólico no solo a la conducta (hecho) tipificada penalmente, ni a la punición, sino a otros elementos como la caracterización del autor como perteneciente a la categoría de los enemigos. Dicho en sus propias palabras:

La carga genética del positivismo (la idea del incremento de la pena como único instrumento de control de criminalidad) se recombina con la del Derecho penal simbólico (la tipificaciones penal como mecanismo de creación de identidad social), dando lugar al código del Derecho penal del enemigo [...].²³

Luis Greco al mencionar la tesis de derecho penal del enemigo, esgrimida por Jakobs, señala que esta determina que el derecho penal puede ver en el autor a un ciudadano; o, a un enemigo. El primero que dispone de una esfera privada libre del derecho penal; el segundo es una fuente de peligro para los bienes protegidos. El derecho penal del enemigo prioriza la protección de los bienes jurídicos, el derecho penal del ciudadano prioriza las esferas de la libertad.²⁴

Si bien dijimos que debemos tener precaución en pensar que derecho penal simbólico es sinónimo de derecho penal del enemigo, estos tienen un punto en común, su relación con la criminología mediática.

La criminología mediática es la principal fuente para crear tipos penales con un enfoque de derecho penal simbólico, inclusive influye en el accionar del estado frente a personas que ingresan a la esfera del derecho penal.

²² *Ibíd.*, 356 – 357.

²³ *Ibíd.*, 364.

²⁴ Luis Greco, “Acerca del llamado Derecho penal del Enemigo”, en *Derecho penal del enemigo: el penal de la exclusión*, Volumen 1, Cancio Meliá – Gómez Jara Díez, Coordinadores, (Montevideo: B de F, 2006), 1082.

1. La criminología mediática y su relación con el derecho penal simbólico

Conforme las ideas expuestas, empecemos analizando la influencia de la criminología mediática en el accionar del Estado, para posterior revelar su relación con el derecho penal simbólico.

Zaffaroni defiende que: “La criminología mediática crea la realidad de un mundo de *personas decentes* frente a una masa de *criminales* identificada a través de estereotipos, que configuran un *ellos* separados del resto de la sociedad [...]”²⁵. Estos son identificados por los medios de comunicación como las personas que atentan contra la paz, el bienestar, la seguridad pública, pues son los que roban, violan, amenazan a los demás, a quienes el gobierno debe aislarlos en un centro de rehabilitación.

Cuando una persona es detenida los medios de comunicación la consideran culpable desde el primer momento, señalando frases como: se captura al monstruo de los Andes, causante de asesinatos en Quito; refiriéndose a un individuo a quien en muchos de los casos ni siquiera se le ha formulado cargos para dar inicio a un proceso penal por parte de Fiscalía, pero ya es parte de la primera página de los principales diarios de la ciudad y aparece en los titulares del horario estelar de los noticieros, medios en los cuales se transmiten las escenas más crudas que se pueda emitir, a fin de alimentar la picota pública; sin contar que en el internet podemos encontrar más detalles acerca del hecho, generando una clara violación al estatus de inocente.

Ahora, no solo los medios de comunicación privados son los que generan una criminología mediática sino está surgiendo desde el propio gobierno, que es el llamado a garantizar sus derechos; porque al gobierno le interesa publicitar su política criminal, generando un ilusorio manto de seguridad que le permita transgredir los derechos de las personas.

Paladines al referirse a la labor que realizan los medios de comunicación cuando la policía detiene a una persona, señala: “Se coloca en la cosa pública la vida e imagen de todos los ciudadanos aprehendidos, de aquellas personas que mientras no obtengan una sentencia judicial condenatoria ejecutoriada deberán gozar del principio de presunción de inocencia [...]”.²⁶

²⁵ Eugenio Raúl Zaffaroni, “La criminología mediática I” en *La Palabra de los Muertos: Conferencia de criminología cautelar* (Buenos Aires: Ediar, 2011), 369.

²⁶ Jorge Vicente Paladines, “Periodismo sin garantismo: ¿la reaparición de la picota pública?, en revista *Ciencias Penales del Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional* (Toledo: Universidad de Castilla La Mancha, 2008), 3.

Sin duda exponer como trofeo a las personas detenidas, a través de la acostumbrada rueda de prensa convocada por la Policía Nacional, previo a que se traslade ante su juez competente —no solo con el objetivo de realizar una audiencia en la que se resolverá su situación jurídica, sino para verificar que estas no hayan sido sometidas a torturas, tratos crueles e inhumanos—; representa una vulneración a su presunción de inocencia, porque con la rueda de prensa ya se generó en la sociedad un efecto simbólico de que son culpables.

Si resulta que después de la realización de la audiencia ante el Juez se verifica que no hay elementos suficientes para mantener al presunto delincuente privado de su libertad, los medios de comunicación crearán un nuevo mensaje simbólico: la culpa de que existan delincuentes libres es del juez.

Este nuevo mensaje reproducido a toda la población por los medios de comunicación, que ahora tiene en la policía a su mejor aliado, provoca que se ahonde la desconfianza que las personas tienen en el sistema de justicia, pues si estos individuos presentados como los más audaces delincuentes salen en libertad, el único culpable es la judicatura.

Lo que no transmiten es que la justicia no puede prestarse para encubrir violaciones que se hayan dado en el proceso de detención de un individuo, al contrario, este debe ser puesto inmediatamente en libertad a fin garantizar el respeto al debido proceso.

Así, la noticia emitida a través de los medios de comunicación, es basada en la seguridad ciudadana, en el que debemos ceder parte de nuestra intimidad a fin de que se nos proporcione mayor seguridad, por ello permitimos cacheos imprevistos, cámaras de seguridad en cualquier sitio, controles de revisión en las calles; otorgándole de esta manera mayor poder al estado de policía frente al estado de derecho.

Frente a esta tensión Foucault sostiene que se genera un constante esfuerzo para ajustar los mecanismos de poder que enmarcan la existencia de los individuos, de adaptar los aparatos que se ocupan de sus actividades cotidianas, inclusive de la que aparentemente no tienen importancia, con el objetivo de mantenerlos vigilados.²⁷

El brindar una rueda de prensa en la que se muestra a un individuo como culpable de un presunto delito, acarrea una violación a su honra y a la de su familia, no olvidemos que dentro del proceso penal se le puede confirmar su estado de inocencia. “El avergonzamiento público promovido por la policía ante los medios de comunicación es

²⁷ Michel Foucault, *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión* (Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2002), 76. http://latejaprde.com/IMG/pdf/Foucault_Michel_-_Vigilar_y_castigar.pdf

una forma de maltrato psicológico – la incriminación aparece en las crónicas de los medios de comunicación.”²⁸

Con el objetivo de incrementar la sensación de inseguridad, la criminología mediática crea monstruos, sino recordemos algunas figuras creadas por la criminología mediática: *el monstruo de los andes* quien en realidad se llamaba Pedro Alonso López, *el niño del terror* cuyos nombres fueron Juan Fernando Hermosa Suárez; entre otros.

Por lo general los medios comunicación resaltan cualquier característica física o étnica que posee un individuo con el fin de destacar el mensaje que desean transmitir y de esta forma afianzar los estereotipos que ellos publicitan: el negro Alfredo, el pepudo Alejo; cualquier epíteto que se les ocurra para distinguirles, “...no se juzga sobre una base proporcional al momento de publicar las imágenes de las personas aprehendidas, a quienes incluso, se les coloca apelativos injuriosos o insultante.”²⁹, categorización que es aceptada y reproducida por la sociedad.

El derecho a la información ha encontrado en la prensa su principal representante. Los medios de comunicación nacional alarman sobre lo vulnerable en la protección de derechos como la vida o la propiedad; de ahí que la sociedad se debate con una incesante criminalidad que provoca su propia sensación de in-seguridad ciudadana.³⁰

Esta sensación de inseguridad crea estereotipos de supuestos delincuentes, es común escuchar en los mensajes que los medios difunden que dentro de las bandas de crimen organizado siempre está involucrado un ciudadano extranjero, por lo general de nacionalidad venezolana; con lo que se estigmatiza al extranjero latinoamericano, haciéndolos ver como potenciales delincuentes. En algún momento se incluyó en este grupo a ciudadanos colombianos, peruanos y cubanos, lo cual está acarreado como consecuencia el surgimiento de xenofobia en contra de estas personas.

Estos estereotipos son utilizados por actores políticos que pretenden acceder o permanecer en una dignidad de elección popular o simplemente afianzarse en el poder con una reelección indefinida; y, para conseguirlo repiten e incluso magnifican el mensaje discriminador de los medios, usando como parte de su estrategia el incremento de las penas para los delincuentes y ampliando los centros donde deben ser aislados pues representa un peligro para la sociedad.

²⁸ Paladines, “Periodismo sin garantismo: ¿la reaparición de la picota pública?”, 10.

²⁹ *Ibíd.*, 15.

³⁰ *Ibíd.*, 17.

Que mejor forma de aislarlos sino encerrándolos, por ello la creación de centros carcelarios es un gran negocio.

“La cartera de justicia ha emprendido el crecimiento del sector penitenciario al mejor estilo de los Estados Unidos, mediante la construcción de tres grandes centros regionales de detención con un costo de 370 millones de dólares: Guayaquil (Guayas), Latacunga (Cotopaxi) y Turi (Azuay)”³¹, con lo que se busca aumentar los cupos para que existan más personas recluidas.

Dentro del escenario de la criminología mediática cabe mencionar que las víctimas juegan un papel importante, pues estas son explotadas por los medios de comunicación para sensibilizar el mensaje de cómo se perturbó su plan de vida; los medios vulneran en reiteradas ocasiones su intimidad, no tiene reparos en transmitir imágenes sobre la muerte de un familiar o en llamarles a entrevistas en las que se los revictimiza sin ningún reproche.

El COIP amplifica el discurso del castigo, eleva el tiempo de las penas la cual puede llegar hasta un máximo de 40 años; y, aumenta el catálogo de delitos con tipos penales ineficaces, esta es la evidencia de su relación con el derecho penal simbólico.

De esta manera los medios de comunicación bajo el manto del derecho a la comunicación, transmiten la realidad que les conviene, de manera reiterada con total morbo, en busca de incrementar su rating, exigiendo respuestas del Estado; generando un efecto multiplicador en la sociedad.

En ese sentido, Rodríguez, cita como ejemplo:

[...] la prensa publica durante tres meses seguidos la existencia alarmante de sicariato en el Ecuador, entrevista familiares de las víctimas y presenta estadísticas de esta modalidad de asesinato. Sin importar que matar por precio o recompensa ya es una forma de cometer asesinato, los legisladores [...] responden a la prensa, no con Derecho, sino con populismo, y crean el nuevo tipo penal: el delito de sicariato.”³²

En concordancia con el citado autor, se observa que el legislador populista encuentra en los medios de comunicación a su mejor aliado, a él no le interesa realizar un análisis dogmático jurídicopenal para considerar cuando es necesaria la incorporación de una nueva conducta en la ley penal, sino le importa ganar los votos de los electores, y

³¹ Jorge Vicente Paladines, “La mano dura de la Revolución Ciudadana: el giro punitivo de la izquierda ecuatoriana”, en Máximo Sozzo, edit., *Giro punitivo y gobiernos de izquierda en América Latina* (Buenos Aires: CLACSO, 2015), 21.

³² Rodríguez, *La expansión del Derecho Penal Simbólico*, 64.

para ello hará lo que los medios de comunicación le exigen, al cumplir sus postulados presentado proyectos para incorporar tipos penales que responden a un derecho penal simbólico, se reafirma el mensaje que nació desde la propia prensa.

Por tanto, será la propia prensa quien se encargue de ensalzarlo como el funcionario que escucha las necesidades del pueblo, cuando en realidad se convirtió en títere de los medios de comunicación.

El legislador populista el momento que quiera poner un límite a las concesiones que otorgó a la criminología mediática, el embate ahora será en contra de él, y se verá inmerso en la misma causalidad que reforzó con sus concesiones por la búsqueda del triunfo electoral.³³

Lo que trae como consecuencia que se desvanezca la función primordial del derecho penal, limitar el poder punitivo del estado, la cual se encuentra íntimamente ligada a la protección de bienes jurídicos.

Roxin señala que la protección de bienes jurídicos es subsidiaria, porque no se realiza solo mediante el derecho penal, sino que coopera el instrumental de todo el ordenamiento jurídico, el derecho penal incluso es la última medida protectora a considerar, es decir puede intervenir cuando no sean eficaces otros medios de solución social del problema, por ello se le denomina de ultima ratio.³⁴

Como se analizará a continuación los bienes jurídicos se tornan en el punto eje para saber si estamos o no frente a un derecho penal simbólico, las conductas que no lesionen bienes jurídicos responden netamente a un derecho penal simbólico, pues lo único que buscan es generar un falso sentido de seguridad a través de la ley penal.

2. Derecho penal simbólico y los bienes jurídicos

La figura del bien jurídico, busca limitar la facultad expansionista de castigar que tiene un Estado. Se considera como su creador a Birnbaum, en el siglo XIX, quien le otorgo un contenido liberal y limitador, como noción apta para determinar el objeto de tutela penal.³⁵

No existe un concepto unánime de bien jurídico, pero se concuerda en que sirve para medir la amenaza o la lesión generada por una conducta, así como la sanción que

³³ Zaffaroni, *La cuestión criminal*, 243-244.

³⁴ Roxin, *Derecho Penal Parte General*, t. I, 65.

³⁵ *Ibíd.*, 55.

deba imponerse. Estos criterios están basados en los principios de materialidad, lesividad y responsabilidad penal; que respectivamente definen tres elementos necesarios para un delito: la acción, el resultado y la culpabilidad.³⁶

Si bien existen varias nociones de lo que se considera un bien jurídico, la que señala Roxin debe ser una de las más claras: “los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema global estructurado [...]”, en este sentido, la conminaciones penales arbitrarias no protegen bienes jurídicos y son inadmisibles, por ejemplo, no se puede exigir que un ciudadano le rinda reverencia a cualquier símbolo, pues ello ni sirve a la libertad del individuo, ni a la capacidad funcional de un sistema social.³⁷

A lo largo de la historia, se ha buscado separar cada vez más la moral del derecho penal, para que la punición que se establezca a través de la ley, no sea producto de un derecho penal simbólico.

Recordemos, un ejemplo de derecho penal simbólico: en año 1997, en la ley penal ecuatoriana, se consideraba como delito a la homosexualidad, sosteniendo que la conducta afecta el bien jurídico de la moral ciudadana, bajo el argumento de que limita el correcto desarrollo de la sociedad. Ahora resulta irrelevante debatir todo el sesgo discriminatorio y machista que encarnaba esta disposición legal; sin embargo, a esa fecha era una posición defendida por varios frentes conservadores extremos del legislativo.

La punición de relaciones homosexuales u otras consideradas inmorales, entre adultos, contrario a proteger un bien jurídico, lo que hace es restringir la libertad del individuo y genera efectos nocivos para la capacidad funcional del sistema social, por crear conflictos sociales innecesarios al estigmatizar a personas socialmente integradas. Preceptos penales que crean o aseguran la desigualdad entre los seres humanos no protegen ningún bien jurídico.³⁸

No se puede sostener que el concepto de bien jurídico es permanente, sin duda hay bienes jurídicos como la vida, la propiedad, la integridad corporal, que son constantes en el tiempo; sin embargo en base cambios sociales y al avance científico, este concepto también se va reconstruyendo.

³⁶ Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*, 5.ª ed. (Madrid: Trotta, 2001), 463.

³⁷ *Ibíd.*, 56.

³⁸ *Ibíd.*, 57.

La concepción de bien jurídico por tanto, no será estática, sino que dentro del marco de las finalidades constitucionales está abierta al cambio social y a los progresos del conocimiento científico.³⁹

Ferrajoli sostiene que en realidad no puede alcanzarse una definición exclusiva de bien jurídico, lo que significa que esta teoría no puede decirnos positivamente que una determinada proposición penal es justa cuando protege un determinado bien jurídico. Sino que puede ofrecernos una serie de criterios negativos de deslegitimación, para afirmar que una determinada prohibición penal carece de justificación.⁴⁰

Sin embargo, el punto de partida correcto es reconocer que la función primordial del bien jurídico es orientar el sistema penal, pues marca los límites de la potestad punitiva del Estado; en el sentido de que, la única restricción previamente dada para que el legislador tipifique una conducta, se encuentra en verificar si esta lesiona o pone en peligro a un bien jurídico, por tanto este concepto se vuelve vinculante en un Estado de Derecho basado en la libertad del individuo.⁴¹

Desde esta lógica, estos límites se han visto afectados, por la inclusión de tipos penales con enfoque de derecho penal simbólico, que no protegen ningún bien jurídico, lo que genera como consecuencia una expansión del poder punitivo.

En ese sentido, Roxin, sostiene:

[...] se trata de preceptos penales que no despliegan en primera línea efectos protectores concretos, sino que, confesándose partidarios de determinados valores o condenando conductas consideradas reprobables, pretenden servir para la autoafirmación de grupos políticos e ideológicos. A menudo también sucede que sólo se persiguen apaciguar al lector [...].⁴²

Esta influencia ha trastocado a la legislación penal ecuatoriana para evidenciarlo citemos como ejemplo el tipo penal de simulación de secuestro⁴³, la ley penal ecuatoriana reprime con pena privativa de libertad de seis meses a dos años, a quien simule estar secuestrada. Para entender lo que pretendía precautelar el legislador con esta disposición al acudir al título de la sección donde se encuentra esta prohibición, nos encontramos con la leyenda: delitos contra la libertad personal.

³⁹ *Ibíd.*, 58.

⁴⁰ Ferrajoli, *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*, 471.

⁴¹ Roxin, *Derecho Penal Parte General*, t. I, 55-56.

⁴² *Ibíd.*, 59.

⁴³ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Art. 163.

Sin profundizar en el análisis de que en este caso el sujeto activo de la infracción será a la vez el sujeto pasivo de la misma, nos centraremos en el estudio del bien jurídico que el Estado considera que está protegiendo: la libertad personal o, si prefieren el derecho a transitar libremente.

El Estado sin duda debe precautelar la libertad personal de una persona, pero la conducta prohibida en este caso: simular estar secuestrada, no vulnera ningún bien jurídico, porque es la propia persona la que está consintiendo este acto y lo ejecuta, por tanto no existe lesividad. Esta conducta no debe ser sancionada penalmente.

Si buscamos la razón para tener este tipo penal en nuestra legislación, la respuesta podríamos encontrarla en la presión que los agentes policiales generaron en la Asamblea Nacional para causar miedo a través de la ley penal a las personas que hagan movilizar el andamiaje estatal en busca de una persona que miente, lo que trajo como consecuencia una evidencia de derecho penal simbólico.

En el peor de los casos, si esta fue la razón y se aceptó la tipificación por parte del legislador, el bien jurídico protegido debe estar dirigido a esa situación, no a incluir esta conducta dentro de la ley en el capítulo de delitos contra la libertad personal.

Por ello, la categoría del bien jurídico tiene una función de límite, que consiste en el hecho de que la lesión o amenaza a un bien jurídico debe ser condición necesaria, aunque no la única, ni la suficiente, para justificar la prohibición y punición como delito.

El bien jurídico parte de los derechos fundamentales que tenemos los seres humanos, pero no limitados solo a los clásicos, sino a los colectivos y sociales, como los derechos de la naturaleza. Pero también debe incluirse bienes que no son derechos, como una administración pública no corrupta.⁴⁴

La tutela de bienes jurídicos desde la ley penal tiene su justificativo siempre que sea subsidiaria de una política extrapenal de protección de los mismos⁴⁵, se deberá analizar primero si la afectación puede ser resuelta por la vía civil o administrativa, para como última instancia acudir a la penal.

La relación entre bien jurídico y el tiempo, y tipo de pena, es directa; cuanto más identificado está el bien jurídico con un derecho fundamental mayor será el grado de sanción. Por eso encontramos en la ley penal penas altas para delitos como violación, asesinato, secuestro en comparación a la pena de delitos como asociación ilícita, tráfico de influencias.

⁴⁴ Ferrajoli, *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*, 472.

⁴⁵ *Ibíd.*, 473.

Tipos penales que han generado gran debate respecto a si responden a un derecho penal simbólico, son el aborto consentido y el femicidio, este último será analizado de manera detallada a través del estudio de un caso en concreto en el tercer capítulo.

Respecto al tipo penal de aborto⁴⁶, encontramos que la ley penal ecuatoriana con respecto al aborto consentido, señala dos presupuestos: en el primero el sujeto activo puede ser cualquier persona, cuya conducta sea: *hacer abortar* a una mujer, *pese que lo haya consentido*, restringiendo el accionar sobretodo de los médicos.

En el segundo presupuesto, el sujeto activo está limitado únicamente para la mujer, pues la conducta prohibida es causar o permitir la interrupción de su embarazo.

Los dos presupuestos buscan precautelar el bien jurídico de la vida del no nacido, teniendo en consideración que la CRE reconoce el derecho a la vida desde la concepción⁴⁷.

El punto vértice de discusión es el consentimiento, figura ligada a los derechos de autodeterminación, libertad y dignidad de la mujer, no se puede limitar a una persona a que simplemente sea considerada un objeto obligado a llevar una gestación.

La dignidad humana denota la absoluta posibilidad de que el individuo disponga de sí mismo y en correspondencia la imposibilidad absoluta de que otros individuos dispongan sobre él. Por ende, el mecanismo innato de garantía de dicha dignidad se circunscribe exactamente a la protección de la autonomía de la persona.⁴⁸

Lo único que se logra al sancionar esta conducta, es que la mujer busque clínicas clandestinas –porque actúa contraria a la ley–, para poder interrumpir su embarazo, lo cual pone en peligro su derecho a la salud, que debe ser garantizado por el Estado, o al menos así lo dispone la Constitución⁴⁹, sin que este pueda ser restringido por temas de discriminación.

El incremento del mercado clandestino para la práctica de aborto continuará mientras continúe vigente este tipo penal, que tiene como principal partidario al sector religioso. Los abortos se seguirán practicando a pesar que la conducta se encuentre prohibida; y, al suprimirla no se está fomentado la práctica de los mismos, lo único que se conseguirá es el reconocimiento del derecho a la libertad y dignidad de las mujeres.

⁴⁶ *Ibíd.*, art. 149.

⁴⁷ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Art. 45.

⁴⁸ Colombia, *Corte Constitucional*, “Sentencia No. C-355/06”, en *Expediente D-6122*, 14 de marzo de 2006, 340.

⁴⁹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Art.3.1, 32.

Ahora bien, con lo expuesto no se está obligando a los médicos que acepten hacer abortar a las mujeres que así lo deciden, pues pueden presentar su objeción de conciencia al respecto, porque es un tema subjetivo del galeno, pero no se puede imponer unas creencias particulares a toda una sociedad, como lo señaló la Corte Constitucional Colombiana, en su sentencia T-301 -2016:

en lo que respecta a objeción de conciencia, la Corte reiteró que: (i) se trata de un derecho constitucional fundamental, y que su aplicación está restringida solamente a las personas naturales, específicamente, el personal médico cuya función implique la intervención directa a la interrupción el embarazo. Dicho funcionario deberá manifestar por escrito las razones que sustentan su objeción; (ii) no es dado invocar la objeción de conciencia institucional o colectiva, por cuanto, se trata de manifestación de íntimas e irrenunciables convicciones morales, filosóficas o religiosas [...]⁵⁰

Teniendo en consideración lo referido, ¿es realmente necesario tipificar el aborto como delito? a pesar de la carga ideológica, religiosa o moral, que pueda tener la respuesta que presente una persona, esta no puede ser impuesta como regla de comportamiento social dentro de un Estado laico como es el Estado Constitucional de Derechos y Justicia Ecuatoriano; la respuesta desde el punto de vista jurídico dogmático penal está en que lesiona más bienes jurídicos el mantenerla como prohibida que despenalizarla.

El derecho penal debe alejarse de la moral y de la religión, para que en verdad cumpla su función de limitar el poder punitivo del estado y tutelar bienes jurídicos; y, no caer en una mera afirmación simbólica de valores morales.

Con lo mencionado no se está desconociendo el deber del Estado de proteger la vida de *nasciturus*, sino que se torna necesario establecer en que momento la ley penal con el propósito de proteger la vida del *nasciturus*, termina afectando de manera desproporcionada los derechos de la mujer.

Para clarificar esta interrogante, la Corte Constitucional Colombiana en su sentencia No.C-355-06, se basó en la resolución emitida por la Corte Suprema de Justicia Norteamericana, dentro del caso *Roe vs. Wade*, señalando:

[...] la Corte excluyó toda posibilidad de intervención estatal en la decisión de abortar de la mujer antes de cumplir los tres primeros meses de embarazo. En dicho periodo, tal decisión es dejada al ámbito interno de la mujer. En cuanto al periodo subsiguiente a los tres meses de embarazo, la Corte expresó que al Estado le estaba permitido regular el procedimiento del aborto [...] pasado el periodo de viabilidad del embarazo, el interés del Estado en la protección de la vida del que está por nacer incrementa sustancialmente

⁵⁰ Colombia, *Corte Constitucional*, “Sentencia n.º T-301-16”, En *Expediente T-5.331.547*, 09 de junio de 2016, 52-53.

en razón de la viabilidad del embarazo, por lo cual el Estado podría, según la Corte, regular e incluso prohibir el aborto con miras a proteger la vida potencial, salvo en aquellos casos en los que según criterio médico éste fuese necesario para preservar la vida o la salud de la mujer.⁵¹

En el mismo sentido, la legislación Chilena a través de la ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo, autoriza la interrupción del embarazo por tres causales, una de ellas cuando es resultado de una violación, siempre que no hayan transcurrido más de doce semanas de gestación⁵²; es decir, en los tres primeros meses, al igual que lo señalado por Corte Suprema de Justicia Norteamericana y acuñado por la Corte Constitucional Colombiana.

Desde el punto de visto biológico, Jorge Carpizo McGregor sostiene que lo distingue al ser humano es su corteza cerebral, la cual en el embrión de 12 semanas no está formada, razón por la que dentro de ese lapso el embrión no puede ser considerado biológicamente como un ser humano, en virtud de que carece de las estructuras, las conexiones y las funciones nerviosas necesarias para ello y, desde luego, es incapaz de sufrir o de gozar⁵³.

Por tanto, el Estado debe respetar el derecho que tiene la mujer de decidir interrumpir su embarazo hasta los tres primeros meses, garantizándole de esta manera que no se vea afectada su dignidad al obligarle a llevar un embarazo que no está dentro de su proyecto de vida.

Actualmente la CRE reconoce la vida desde la concepción⁵⁴; sin embargo, la ley penal permite interrumpir el embarazo en dos circunstancias, sin que esto contravenga la disposición constitucional. La primera, si es para evitar un peligro para la vida o salud de la mujer embarazada y que este peligro no puede ser evitado por otros medios, y la segunda, si el embarazo es consecuencia de una violación en una mujer con discapacidad mental⁵⁵.

Por tanto, para que el tipo penal de aborto consentido no sea una muestra de derecho penal simbólico debe incluirse en la ley penal ecuatoriana, una tercera causal que

⁵¹ Colombia, *Corte Constitucional*, “Sentencia n.º C-355/06”, en *Expediente D-6122*, 14 de marzo de 2006, 278.

⁵² Chile, *Ley Número 21.030 Regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales*, Art.1.3 https://www.minsal.cl/wp-content/uploads/2018/02/LEY_21030.pdf

⁵³ Jorge Carpizo McGregor, “La interrupción del embarazo antes de las doce semanas”, *Biblioteca jurídica virtual de la UNAM*, acceso: 22 de marzo de 2020, 5 <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2841/4.pdf>

⁵⁴ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 45.

⁵⁵ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 150.

permita la interrupción del embarazo hasta los tres primeros meses, mientras esto no suceda, este tipo penal seguirá siendo una respuesta de simbología jurídicopenal.

En conclusión, en el derecho penal simbólico encontramos tipos penales con una estructura formal basada en la dogmática jurídicopenal; pero, materialmente haciendo un análisis de sus categorías, los tipos penales de derecho penal simbólico no protegen ningún bien jurídico, por tanto son ineficaces.

Ahora bien, si sostenemos que presentan una estructura formal basada en la dogmática jurídicopenal, por ende, los tipos penales que tienen un enfoque de derecho penal simbólico tendrán incorporado en su estructura un precepto sancionador; es decir, la imposición de una pena.

Recordemos que en derecho penal dentro de la estructura formal de las categorías dogmática, si se ha comprobado que una conducta es típica y antijurídica, corresponderá ahora ver si cumple los elementos de culpabilidad para saber si merece o no una pena.

Puede ser que un ciudadano haya adecuado su conducta a lo señalado en el tipo penal, sin que exista ninguna causa de justificación de la antijuridicidad, es decir, no obró en legítima defensa, en estado de necesidad, en cumplimiento de una orden legítima o de un deber legal; corresponderá entonces, ver si esta persona es imputable, actuó con conocimiento de la antijuridicidad de su actuar y si le era exigible otra conducta distinta.

Si el resultado del análisis es que efectivamente cumplió con cada uno de los referidos elementos, la consecuencia será imponerle una pena, concebida desde nuestra realidad pena será igual a castigo.

Si eso sucede es cuando efectivamente nos encontramos con preceptos coherentes de derecho penal; por tanto, lo que corresponde ahora es analizar qué sucede con los fines de la pena si el tipo penal responde a un derecho penal simbólico.

3. Derecho penal simbólico y los fines de la pena

Para determinar si el derecho penal simbólico cumple con algunos de los fines de la pena, debemos recordar las tradicionales teorías de los fines y funciones de la pena, las cuales se han catalogado en tres grupos: teorías absolutas, teorías relativas y, teorías mixtas

Las teorías absolutas consideran que la pena es el fin en sí misma, su función es la retribución del dolor causado a la víctima. Las teorías relativas consideran que la pena es un medio para alcanzar otros fines, como la prevención, la rehabilitación, la

resocialización; es decir, observa en la pena un fin utilitario. Las teorías mixtas, es la combinación de las dos anteriores, persigue tanto un fin retributivo como utilitario.⁵⁶

3.1. Teoría de la retribución

Se basa en que toda acción conlleva su consecuencia, la persona que haya causado un mal [cometer un delito] merece que se le retribuya ese mal [el sufrimiento de una pena], por tanto no persigue un fin socialmente útil

Los inicios de esta teoría los encontramos en el viejo principio de Talión: *ojo por ojo, diente por diente*, para remplazarla para ojo por cárcel.

Describe el desarrollo de la pena desde el punto de vista histórico, en un inicio se maneja como una venganza personal, venganza privada que después pasará a ser una pena estatal, de tal forma que el derecho a la retribución ahora está a cargo de una autoridad pública neutral que pretende generar una paz social.⁵⁷

Reyes Echandía señala que considerar la pena como una moderna venganza estatal, no es válido, porque no se puede sostener que el mal se retribuye con el mal, cuando resulta de mayor contenido humano mantener que el mal se destruye con el bien.⁵⁸

Actualmente esta teoría no puede ser sostenida, pues si la finalidad del derecho penal es el limitar el poder punitivo del Estado y de manera subsidiaria la protección de bienes jurídicos, entonces, para el cumplimiento de estos fines no está permitido servirse de una pena que prescinda de todos los fines sociales, porque pierde su legitimación.⁵⁹

Tomando el ejemplo del tipo penal de simulación de secuestro, resulta absurdo que la persona que se realiza un mal a ella misma [autosequestrarse], merezca el sufrimiento de otro mal [la cárcel].

Esta muestra de derecho penal simbólico termina siendo un mero enunciado, que inclusive dentro de esta teoría que actualmente ya es insostenible, como se mencionó en líneas precedentes, no cumple su fin.

3.2 Prevención general

⁵⁶ Alonso Reyes Echandía, *Derecho penal, parte general* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, sexta edición), 340.

⁵⁷ Roxin, *Derecho Penal Parte General*, t. I, 82.

⁵⁸ Reyes, *Derecho penal. Parte General*, 344.

⁵⁹ Roxin, *Derecho Penal Parte General*, t. I, 84.

Esta teoría ve el fin de la pena en su influencia sobre la comunidad, tiende a la prevención de delitos, por consecuencia la pena no debe actuar *especialmente* sobre el condenado sino *generalmente* sobre la sociedad.

La prevención general puede ser positiva o negativa. La primera genera un efecto positivo educador, que la sociedad comprenda y entienda que los actos prohibidos por ley, al ser ejecutados, concluyen en la aplicación de una pena, por lo tanto la sociedad aprende sobre los efectos de la ley.⁶⁰

El efecto de confianza que surge cuando el ciudadano ve que existe una norma que lo protege, la pacificación que se produce cuando la conciencia jurídica general se tranquiliza, en virtud de la sanción.⁶¹

La prevención general negativa es el efecto amenazante, el miedo a sufrir ese daño [cárcel] si se comete un delito.

Fue desarrollada de manera eficaz por Feuerbach, quien desarrollaba su doctrina de prevención en la llamada teoría psicológica de la coacción, en ella se imaginaba que el delincuente potencial que tendría la tentación como en un campo de batalla, entre los motivos que le empujan hacia el delito y los que se resisten a que lo cometa; había que provocar en la pisque del indeciso sensaciones de desagrado, que hiciesen prevalecer los esfuerzos por impedir la comisión del hecho.⁶²

Los detractores de esta teoría señalan que si la pena generaría un efecto disuasivo, las ciudades que han aprobado la pena de muerte deberían tener los índices más bajos de cometimiento de delitos, pero esto no sucede. Ahora bien, tampoco se podría negar que en cierta medida la pena puede considerarse un repelente para la criminalidad, porque genera un proceso de reflexión en todo individuo sensato que no quiere perder su libertad.

Si bien el generar un efecto disuasivo en el individuo podría considerarse una razón para incluir dentro del COIP un enfoque de derecho penal simbólico, esto sería ineficaz, porque como lo señalamos en el subcapítulo del derecho penal simbólico y los bienes jurídicos, este no termina protegiendo ningún bien jurídico, por tanto lo que se está haciendo es generar miedo a un simple enunciado.

3.3. Prevención especial

⁶⁰ Rodríguez, *La expansión del Derecho Penal Simbólico*, 40.

⁶¹ Roxin, *Derecho Penal Parte General*, t. I, 92.

⁶² *Ibíd.*, 90

Según esta teoría el fin de la pena apunta directamente a la prevención que va dirigida al autor desde un enfoque individual [especial], su principal portavoz fue Franz Von Liszt, quien sostiene que esta puede actuar de tres formas: asegurando a la comunidad frente a los delincuentes, mediante el encierro de éstos; intimidando al autor, mediante la pena, para que no cometa futuros delitos; y, evitando su reincidencia mediante su corrección.⁶³

Por la concepción de Von Liszt, es que podemos hablar de una prevención especial negativa, en la que se coacciona al individuo con el miedo de la pena; y, una prevención especial positiva, lo que tiene como fin su rehabilitación para posterior reinserción en la sociedad, fin totalmente utópico.

La prevención especial negativa, mediante el aislamiento en la cárcel al individuo que vulneró la ley, pretende generar un efecto de tranquilidad en la sociedad, pues el individuo por el tiempo que permanezca en prisión ya no volverá a delinquir.

Pero qué hacer con el individuo mientras deba estar aislado [cumpliendo una pena], ahí surge de manera complementaria la prevención especial positiva, debemos rehabilitarlo, para que cuando deje de estar aislado no vuelve a delinquir, lo que se conoce como la resocialización.

En palabras sencillas, el delincuente condenado debe tener la oportunidad de integrarse otra vez a la sociedad después del cumplimiento de su pena, no expulsarlo o marcarlo, sino integrarlo.⁶⁴

Este fin de la pena es el que consagra la Constitución de la República del Ecuador, al señalar que el sistema de rehabilitación social tiene como finalidad la rehabilitación integral de las personas sentenciadas penalmente para reinsertarlas en la sociedad.⁶⁵

Sin embargo, como se señaló en líneas anteriores, -a mi criterio- el enfoque preventivo especial positivo es una utopía, es conocido por muchos, o por lo menos por quienes hemos visitado las cárceles del país, que es un desastre; la cárcel es la experiencia más perturbadora para un individuo, en ningún sentido es rehabilitadora.

Cabe aclarar que cuando se sostiene que la pena no rehabilita, nos estamos enfocando en los individuos que están cumpliendo condenas de largo tiempo, inclusive a los reincidentes, mas no al infractor esporádico, por ejemplo, al sancionado por un delito culposo, en estos casos el individuo no necesita ser rehabilitado, lo único que requerirá

⁶³ Roxin, *Derecho Penal Parte General*, t. I, 85-6.

⁶⁴ *Ibíd.*, 87.

⁶⁵ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 201.

cuando salga de prisión es asistencia psicológica para recuperarse del calvario que es la cárcel.⁶⁶

Por eso es lógico que Rodríguez sostenga que: “La cárcel es un submundo, con una subcultura, donde abunda mucha más criminalidad que en el exterior. Por supuesto que esto está mal y que no debería ser así, pero así es [...]”⁶⁷. Es una realidad compleja, con estructura empírica enraizada basada en la violencia a la cual ingresas como delincuente, donde al contrario de recibir tratamiento de resocialización, puedes terminar siendo víctima de otros delitos – robo, extorsión, lesiones, violación-.

Dentro de los puntos débiles más cuestionados a la prevención especial están, que no proporciona una escala para la pena, en consecuencia, solo se debería retener al condenado el tiempo necesario hasta que sea rehabilitado, lo que podría conducir al establecimiento de penas indeterminadas; sumado al hecho de que no se sabe qué hacer con los autores que no están necesitados de resocialización; o, que hacer con las personas reincidentes. Dificultades que se interpone en la práctica de los planes de resocialización que han llevado a un descrito de esta teoría.⁶⁸

En consecuencia, que una persona que simule su secuestro deberá ser aislada de la sociedad, porque representa un peligro para la misma, y para que vuelva a formar parte de la colectividad debe ser rehabilitada, esto no tiene asidero alguno, porque no es una persona peligrosa y peor aún necesitada de resocialización.

En el mismo sentido, la mujer que aborta, contrario a recibir asistencia médica segura por parte del Estado para interrumpir su embarazo, recibe como consecuencia de su decisión –la que tomó sobre su propio cuerpo–, que debe ser confinada a una prisión utópicamente para ser rehabilitada, cuando no necesita rehabilitación de ningún tipo, ya que su conducta fue tipificada en base a prejuicios y creencias religiosas, que ella simplemente no compartía; no se puede utilizar la figura de rehabilitación para imponer una educación forzosa que afecta al libre desarrollo de la personalidad del individuo.

Estos ejemplos de derecho penal simbólico incluidos en el COIP, evidencia que no cumplen de ninguna manera los fines de la pena bajo la teoría de la prevención especial.

⁶⁶ Rodríguez, *La expansión del Derecho Penal Simbólico*, 49.

⁶⁷ *Ibíd.*

⁶⁸ Roxin, *Derecho Penal Parte General*, t. I, 85 – 86.

3.4. Vigencia de la norma

Frente a estas teorías clásicas de los fines de pena, actualmente se discute si la pena sirve como vigencia de la norma.

Esta moderna teoría de la pena, tiene a sus principales expositores en Welzel y Jakobs, quienes señalan que el fin es buscar que la colectividad sea fiel al derecho, sosteniendo que la imposición de la pena no es otra cosa que la autoconstatación de la vigencia de la norma.⁶⁹

Para clarificar esta postura, tengamos en cuenta que al revisar la ley penal se identifica una frase sacramental en todos los tipos penales: *será sancionada con pena privativa de libertad de [...]*, es decir la pena forma parte de la norma, por ello en el caso de infringirla y no imponer la sanción, perdería vigencia la norma.

En este contexto, Enrique Peñaranda, al analizar la concepción de Jakobs sobre la teoría de la pena, sostiene que: “[...] encuentra su fundamento en su necesidad de garantizar la vigencia de las expectativas normativas esenciales frente a aquellas conductas que expresan una máxima de comportamiento incompatible con la norma [...]”.⁷⁰

Además sostiene que, este mantenimiento de la fidelidad hacia el derecho no se presenta como un equivalente a la prevención general positiva, sino que la pena significa algo con independencia de esta consecuencia psicológica social o individual, significa una autoconfirmación de la sociedad.⁷¹

Es decir, la pena ya solo tiene la función de caracterizar el delito como delito, lo que expresando en otros términos significa que sirve para la autoconfirmación de la norma.

Citemos un ejemplo didáctico, si yo sé que está prohibido matar y veo que mi vecino le quita la vida a su esposa y no es juzgado, por tanto penado conforme a la ley penal, y al contrario a ello sigue desarrollando su vida sin ninguna consecuencia, entonces podré concluir que la prohibición de matar no está vigente, lo que me da la libertad de matar cuando quiera, porque sé que mi delito no tendrá ninguna consecuencia jurídica.⁷²

⁶⁹ Carmen Eloísa Ruiz, “Teoría de los fines de la pena”, en *Lecciones de Derecho Penal parte general*, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Segunda Edición, 2011), 37.

⁷⁰ Enrique Peñaranda Ramos, “Sobre la influencia del funcionalismo y las teorías de sistemas en las actuales concepciones de la pena y el delito”, en *Teoría de Sistemas y Derecho Penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*, Carlos Gómez - Jara Díez, Coordinadores, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007), 258.

⁷¹ *Ibíd.*, 260-261.

⁷² Rodríguez, *La expansión del Derecho Penal Simbólico*, 51.

Por ello al aplicar la pena, se afirma que la norma está vigente, lo que consecuentemente produce seguridad jurídica y una armonía en el sistema.

Por tanto, el derecho penal limita el poder punitivo del Estado, sancionado únicamente conductas que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos, imponiendo una pena en el caso de que la conducta se cumpla sin ninguna causa de justificación; pena que tiene como función afirmar que la conducta prohibitiva, está vigente.

Si la norma no contendría este precepto sancionador o si este no se cumpliera, la norma quedaría en el limbo, al contrario, al aplicarse la pena la norma se reafirma como vigente, por tanto el sistema penal funciona.

Sin embargo, el derecho penal simbólico al no proteger ningún bien jurídico, establece una pena a una conducta que no debería estar sancionada, por tanto es una pena arbitraria, que lo que hace es poner en vigencia una norma que no es válida, por tanto en un Estado de Constitucional de Derechos y Justicia tipos penales que responden a un enfoque de derecho penal simbólico deberían ser expulsados de la ley penal.

En resumen, los límites del derecho penal están orientados a la protección de bienes jurídicos y los preceptos penales que no cumplen esta función, responden a una legislación simbólica, creada por los medios de comunicación o por grupos políticos, ideológicos, o religiosos que pretenden apaciguar al ciudadano creando un falso sentimiento de seguridad, pero contrario ello lo que en realidad producen es una expansión del poder punitivo del Estado.

Capítulo segundo

Análisis de casos

En la introducción de este trabajo investigativo se mencionó que el problema del derecho penal simbólico se percibe no solo desde la dogmática sino también en la práctica, en este sentido, a continuación analizaremos algunos casos sobre los tipos penales de aborto consentido, aborto no consentido y simulación de secuestro, para evidenciar la existencia de un enfoque de derecho penal simbólico en el COIP.

Finalmente, nos detendremos en el estudio de un caso de femicidio, tipo penal que cuando fue creado generó y sigue generando mucha discusión sobre su adecuada aplicabilidad.

Los casos a analizarse fueron tomados de las reuniones de trabajo que se mantienen en la Fiscalía General del Estado, entre Fiscales de distintas Unidades, a fin de compartir experiencias en las investigaciones tramitadas respecto a diversos tipos penales, los cuales generaron mayor grado de discusión entre los participantes, convirtiéndose en casos guías para futuras causas similares.

A fin de garantizar el respeto de los involucrados, únicamente serán identificados con un nombre, se deja constancia que se particulariza los detalles de los hechos porque estos son de libre acceso al público a través del sistema virtual de la función judicial de Pichincha.

1. Caso No. 1: Expediente No.17294201800270. Tipo penal: aborto consentido

La causa penal No.17294201800270, se investigó por el delito establecido en el artículo 149 inciso segundo del COIP, aborto consentido, la cual tiene su génesis en el siguiente hecho.

El día 15 de abril de 2017, alrededor de las seis de la mañana, agentes de la Policía Nacional, se trasladan al Dispensario del Centro Médico Metropolitano, Club de Leones de Carcelén, donde realizaron el levantamiento del cadáver respecto de un feto de 25 a 30 semanas de gestación, que lo habían encontrado en el baño del área de emergencia, en el interior de un cesto de basura.

Ese día se realizan las siguientes diligencias: primero, se entrevistan con la señora Mariana, encargada de la limpieza de la casa de salud, quien les indicó que cuando estaba limpiando los baños encontró un feto en el cesto de la basura.

Acto seguido, se contactan con el médico de turno, Dr. Cristian V. quien refirió que, el 14 de abril de 2017 ingresó en calidad de paciente Xiomara, de 18 años de edad, indicando que tenía un fuerte dolor abdominal. Una vez que la examina, evidencia sangrado vaginal y se percata de una especie de masa en la región abdominal, cuando el médico realiza una ligera presión sobre esta, Xiomara le refiere que quiere ir al baño, por lo que el galeno le pide a la madre, Gladys, que le acompañe.

Al salir del baño Xiomara, presenta un sangrado más fuerte, por lo que el Dr. Cristian V. dispuso que se le realice urgente un examen médico, por cuanto se presumía la existencia de un aborto incompleto.

El resultado del examen médico realizado por la Dra. Lourdes V., Ginecóloga del Club de Leones de Carcelén, señala que la paciente Xiomara de 18 años de edad, presenta un sangrado vaginal posterior a un parto prematuro séptico de un embarazo y que amerita realizarse un legrado de acuerdo a los protocolos de manejo del caso; por tal motivo queda internada en la referida casa de salud.

Con estos elementos se da inicio a la fase de investigación previa, en la que se conoce el Informe de Autopsia Médico Legal practicado al NN feto, que establece que la causa de muerte es por prematuridad, y su manera de muerte es súbita, que se trata de un feto que corresponde a unas 24 semanas de gestación.

Una vez practicado el legrado a Xiomara, se le realiza un nuevo examen médico legal, el mismo que estableció que los restos hemáticos encontrados en vulva son provenientes del útero, debido al legrado instrumental realizado, de igual forma al no existir huellas evidentes de traumatismos recientes a nivel externo y al no evidenciar lesiones, ni restos farmacológicos a nivel del cuello de útero, se determina que fue un parto prematuro y se toma las muestras respectivas para realizar el examen toxicológico.

En la versión rendida por Xiomara, manifestó que no sabía que estaba embarazada, que se sentía muy mal, y su madre le dio agua con femen, que sus padres la llevaron al Club de Leones de Carcelén, estaba muy adolorida, cuando fue al baño cayó algo amarillo en medio de sus piernas, entonces lo cogió y lo puso en el basurero pensando que era un coágulo, comenzó a sangrar más fuerte y fue atendida por los médicos.

Además rinde versión la señora Gladys, madre de Xiomara, en lo principal manifestó que su hija nunca le contó que estaba embarazada, que presumía que la hemorragia que tenía era porque en sus periodos menstruales sangra en abundancia.

Hasta ese momento, la línea de investigación que se encontraba en desarrollo por Fiscalía, configuraba un aborto espontáneo de una adolescente, sin que denote una conducta penalmente relevante.

Sin embargo, en la versión formal rendida por el galeno que le atendió en un primer momento a Xiomara, Dr. Cristian V., a más de reiterar los datos que le mencionó a los agentes de la policía nacional el día de los hechos, acotó que Xiomara le habría indicado a la enfermera Elvia, que mientras su madre había salido en busca del médico, ella ha puesto el feto en el tacho de la basura.

Generándose ahora la hipótesis que ella conocía que estaba embarazada y además se dio cuenta que en el baño expulsó el feto, no como mencionó en su versión, que pensó que se trataba de un simple coágulo.

Con esta nueva información, se requiere los resultados del examen toxicológico realizado por la Bioquímica Silvia Y., a los restos hemáticos encontrados en el cuerpo de Xiomara, concluyendo el Informe Pericial No.1066, que el examen toxicológico practicado a la muestra del NN feto se determina positivo para misoprostol, antibiótico detectado en la muestra de sangre analizada.

Adicional el informe señala que el misoprostol es un medicamento utilizado para producir la interrupción del embarazo, en el segundo o tercer trimestre en casos de embarazos complicados por una anomalía fetal o muerte fetal intrauterina.

Con estos datos, se genera la necesidad de realizar una ampliación al informe de autopsia practicado al NN feto, se delega esta diligencia al Dr. Luis F., quien concluye que la causa de muerte es por prematurez en razón de que el misoprostol actúa a nivel de la musculatura lisa del útero de la madre, produciendo contracciones uterinas y dilatación del cuello uterino.

Ahora correspondía analizar las muestras de sangre de Xiomara, las cuales fueron estudiadas por la Bioquímica Catalina C., que determina la presencia de misoprostol.

Además la perita Catalina C., reitera lo dicho por su colega, la Bioquímica Silvia Y., al citar que de acuerdo a la biblioteca de salud reproductiva de la Organización Mundial de la Salud, se considera al misoprostol como un medicamento para producir la interrupción del embarazo en el segundo o tercer trimestre, en embarazos complicados por una anomalía fetal o muerte fetal intrauterina.

Con estos elementos que configuran la existencia del tipo penal de aborto consentido, Fiscalía formula cargos en contra de Xiomara, quien a la fecha de inicio del proceso penal tiene 19 años, a pesar de las alegaciones presentadas en contra del tipo penal por parte de la defensa, que sostenía que es un delito que no debería existir porque vulnera la libertad de decidir sobre si misma de la mujer.

Se coordinó una entrevista con la Fiscal que estuvo a cargo de la investigación⁷³, quien señaló que ella está a favor de la despenalización del aborto, pero no puede desconocer el principio de legalidad, porque hacerlo sería vulnerar la seguridad jurídica, cuando una mujer decide abortar trae como consecuencia, actualmente, una sanción penal; estemos o no de acuerdo con la tipificación realizada.

Respecto a lo mencionado por la señora Fiscal, es verdad, no podemos desconocer el principio de legalidad, pero sí podemos cuestionar la tipificación y más cuando lo que evidencia tipos penales como el aborto consentido, es el enfoque de derecho penal simbólico que posee el COIP.

Hagamos la siguiente reflexión, es un hecho cierto que en el caso en análisis, Xiomara ingirió misoprostol para interrumpir su embarazo, es una adolescente de 18 años, a la que el Estado por su mayoría de edad le reconoce sus derechos, pero no le permite elegir sobre su cuerpo, ella no puede interrumpir su embarazo pese a que en su proyecto de vida no está el ser madre a tan corta edad; por tanto, el Estado la obliga a mantener su embarazo, vulnerando de esta manera su derecho a una vida digna.

Además, tampoco puede acudir a un hospital para que algún médico la asista en su decisión, porque el Estado castiga los profesionales de la salud que ayuden a abortar a las mujeres, por tanto Xiomara no tiene garantizado su derecho a la salud.

Con esta reflexión, nos damos cuenta que el Estado considera a Xiomara como un saco gestacional, a quien no le da el derecho a decidir, no le importa su proyecto de vida, sino que a través del tipo penal de aborto consentido, exige a Xiomara que debe ser madre.

Frente a esta imposición el único camino que le queda es acudir a la clandestinidad para comprar pastillas abortivas, las ingiere, sin ninguna asistencia médica, y le produce una fuerte reacción, a tal punto que su madre tiene que llevarle al Hospital para que le revise un médico.

⁷³ Verónica Murgueytio Luna, entrevistada por el autor, 31 de octubre de 2019, en la instalaciones de la Fiscalía Provincial de Pichincha.

Analicemos qué hubiese pasado si la madre de Xiomara, la señora Gladys, no se encontraba en su casa para llevar a su hija al doctor, el resultado sería una adolescente muerta probablemente.

Si bien se evitó la muerte de la adolescente, el resultado que tuvo este hecho fue que Xiomara tuvo que ir a la cárcel por el tiempo de dos meses.

Continuando con la entrevista a la Fiscal que llevó la investigación, se le preguntó respecto a la estrategia que presentó la defensa de la procesada, obteniendo como respuesta que solicitó la aplicación de un procedimiento abreviado, porque las pruebas que existían en contra de ella eran sólidas y era mejor busca un acuerdo para rebaja de pena.

Frente a la solicitud de procedimiento abreviado, Fiscalía observando las circunstancias del hecho y su posición personal frente al cuestionado tipo penal del aborto, negociaron la pena en el mínimo establecido por ley, dos meses para este delito en razón del procedimiento especial.

La conclusión de este caso fue una adolescente de 19 años, cumpliendo una pena de 2 meses en la cárcel⁷⁴, con su útero parcialmente lesionado y con una afectación psicológica permanente por su estancia en prisión.

Un punto relevante de este caso, que no fue observado por la Fiscal a cargo de la investigación, es tiempo que tenía Xiomara de embarazo, 24 semanas, es decir 6 meses.

Recordemos que en la parte teórica de esta tesis, se sostuvo que únicamente en los 3 primeros meses de embarazo se excluye al Estado toda posibilidad de intervenir en la decisión de abortar de una mujer, pasado ese tiempo el interés del Estado en la protección de la vida del que está por nacer incrementa sustancialmente, en razón de la viabilidad del embarazo, por lo que el Estado puede prohibir el aborto.

En este contexto, para que el tipo penal de aborto consentido no responda a un enfoque de derecho penal simbólico, se debe incluir en la ley penal como circunstancia no punible, que la mujer pueda interrumpir su embarazo hasta los tres primeros meses de gestación, posterior a este tiempo la conducta podría ser punible.

En el caso en análisis, si estuviese vigente esta circunstancia, Xiomara debía ser sancionada porque se encontraba de seis meses de embarazo; sin embargo, como actualmente se encuentra tipificado el aborto consentido, así como las circunstancias no punibles del mismo, no le reconocen en ningún momento el derecho a la mujer a decidir,

⁷⁴ Ecuador Unidad Judicial Penal con sede en la parroquia Carcelén del Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha, "Sentencia", *en juicio 17294-2018-00270*, 07 de agosto de 2018.

desconociendo su derecho a la libertad, a la dignidad, por eso esta disposición normativa actualmente es meramente simbólica porque lo que pretende es que la mujer este obligada a llevar una gestación, vulnerando más bienes jurídicos que el intenta proteger.

Inclusive el mantener conductas que responden a un derecho penal simbólico, como el tipo penal del aborto consentido, puede generar arbitrariedades a terceras personas que traten de ayudar a que una mujer interrumpa su embarazo, no me refiero a los que lucran en mercados clandestinos a través de sus clínicas insalubres; sino a los familiares, amigos, que apoyan la decisión de una mujer; o, a esos terceros afectados que nada tienen que ver con el hecho, como en el siguiente caso.

2. Caso No.2: Expediente No. 17297201800175. Tipo penal: aborto no consentido

Se tuvo conocimiento de este expediente, porque se solicitó una reunión para someter el caso a crisis⁷⁵, esta idea surgió dentro de un grupo de compañeros Fiscales que decidimos, que cuando tengamos expedientes que necesiten ser sometidos a presión; es decir, observar sus debilidades y fortalezas, se mantendrá reuniones con compañeros Fiscales que no estuvieron involucrados en el desarrollo de la investigación, para obtener puntos de vista distintos.

El antecedente fáctico de este expediente, se remonta al 02 de mayo de 2017, aproximadamente a las 23h40 minutos, la Dra. Cecilia V., médica del Hospital Carlos Andrade Marín -HCAM, ubicado en la ciudad de Quito, se comunica con el ECU 911, alertando un posible aborto.

Con esta alerta los agentes de la policía acuden al lugar, donde la Dra. Cecilia V les informa que la señora Flor acudió por emergencias a ginecología aproximadamente a las 23h00, con dolor pélvico y sangrado vaginal, al realizarle el tacto de su canal vaginal, evidenció tres pastillas en proceso de disolución, que por su apariencia se trataría de Misoprostol, medicamento que se usa para interrumpir el embarazo.

Acto seguido, los agentes de policía se reúnen con Flor, a quienes le indican que puede irse detenida por lo que hizo, y ella les manifiesta, que nada tiene que ver, que alrededor de las 15h30 se encontró con su ex pareja, Luis, en el sector de El Recreo, que fueron a la Hostal El Rosal, ingresaron a la habitación 103, en la habitación Luis empezó

⁷⁵ Reuniones de trabajo que siguen parámetros similares a la práctica del “tanque pensate”, técnica que aplica una institución o grupo de investigadores en la que su misión es pensar y estudiar para hacer pronósticos, diagnósticos y proponer planes de acción sobre diversos asuntos, se le llama tanque porque se considera un lugar seguro para discutir planes y estrategias.

a besarle, a acariciarle, le quitó la ropa, le puso boca abajo, le metía los dedos en la vagina, que en esos momentos al parecer el habría introducido las pastillas, que por el grado de excitación no las sintió.

Frente a este hecho, se inicia las investigaciones respectivas por un presunto delito de aborto no consentido, tipificado en el artículo 148 inciso primero del COIP, como sospechoso directo Luis.

En la versión formal de la presunta víctima, Flor, indicó que es enfermera, tiempo atrás mantuvo una relación con Luis, que él actualmente vive en Guaranda, ella le aviso que estaba embarazada en abril de 2017, frente a la noticia él le dijo que no quería tener otro hijo.

Mencionó con mayores detalles lo ocurrido el día de los hechos, que se vio con Luis, salió cuarto para las cuatro de su casa a la dirección que él le dio, en la calle José Peralta él se subió al vehículo, le dijo que vayan al Hostal donde estaba hospedado. Al llegar, él le dijo que quería tener solo sexo oral, que quería solo tocarle, al entrar a la habitación él le mencionó que no quería tener otro hijo, que no le alcanza el dinero.

Después de esta rápida conversación, empezó a besarla, a manipularle, le puso boca abajo, le metía los dedos en la vagina, hecho que duró unos veinte a treinta minutos. Cuando terminó todo, se quedaron acostados y se puso fría, como que le bajó la presión.

Incluyó en su versión, que Luis nunca tuvo una erección, por lo que no mantuvieron una relación sexual.

Se levantaron, él quería que le vaya a dejar en el terminal para irse a Guaranda, en esas condiciones no podía, se sentía muy mal, solo le pudo pasar dejando en la Ecovia para que tome un bus con rumbo a la terminal de transporte interprovincial.

Ella manejaba despacio, llegó a su casa y se quedó en el vehículo porque seguía sintiéndose mal, cuando se bajó y empezó a subir a su casa le empezó a doler su vientre, entró al domicilio, fue al baño y vio que tenía unas pintas de sangre en su ropa interior, después no paraba sangrar, el dolor cada vez era más fuerte.

Su sobrina, Cinthia, subió a preguntarle qué le pasa, le había preparado agua de manzanilla para el dolor.

Pasada unas horas llegó su hermano, Carlos, quien después de comer subió a verle y por el cuadro de dolor que presentaba llamó a sus compañeros del hospital Andrade Marín para que la atiendan, se trasladaron al hospital, e ingresó por el área de emergencia de ginecología, la doctora que le atendió le hizo un tacto; y le dijo, señora qué se puso, qué se hizo, le respondió que nada, entonces le dijo, lo que pasa es que aquí hay dos

pastillas, más una que ya se había disuelto, mencionó que en ese momento iba a llamar a la policía.

Insistió que respecto a las pastillas que le encontraron, ella no tenía conocimiento, deduce que se las habría colocado Luis, pero que no lo vio directamente, ni sintió nada, seguramente por el momento de excitación y la manipulación que él le hacía.

Aclarando que cuando vio el sangrado no fue de inmediato al médico porque pensó en hacer reposo para evitar que continúe el sangrado y porque no podía conducir.

Con estos datos aportados por Flor, uno de los cuestionamientos que surgía en el caso era, que si bien por el momento de la excitación no sintió la introducción, ni la colocación de las pastillas en su cavidad vaginal; después, cuando concluyó su excitación, pudo o no percibir estos cuerpos extraños.

Esta duda fue desvirtuada, con la versión de la médica Dra. Cecilia V., que señaló que el grado de percepción es subjetivo, hay mujeres que sienten y otras que no.

En la audiencia de juicio, Flor durante su testimonio a más de los datos ya particularizados, acotó que después de tres meses de lo ocurrido, volvió a tener contacto con Luis, que realizaron un viaje juntos fueron a Ambato y a Baños.

A las preguntas que le realizó la defensa de Luis, mencionó que no logró ver si tenía algo en las manos, por la posición en la que se encontraba –boca abajo-, que al salir no sintió algún cuerpo extraño en su vagina. Además, que dentro de su experiencia como enfermera trabajó en el área de ginecología, por eso conoce que el misoprostol se utiliza para abortar, que ese día no llamó al 911 porque pensó en reposar para evitar el sangrado.

Durante la fase investigación, con el objetivo de establecer la afectación a Flor, se realiza una valoración psicológica por María P., a quien detalló el hecho del 02 de mayo de 2017, concluyendo la psicóloga que su testimonio es creíble y su sintomatología se corrobora con lo narrado; y, en la aplicación de los tests psicológicos se determina depresión, ansiedad, existencia de estrés postraumático.

Por lo elementos que se iban recopilando, la línea de investigación se configuraba en contra de Luis por haber interrumpido el embarazo de Flor sin su consentimiento.

Con el objetivo de garantizar el derecho a la defensa de Luis, rinde su versión sobre los hechos, afirmando que mantuvo una relación sentimental con Flor desde febrero de 2011 hasta abril de 2016, que en el año 2014 se fue a vivir en Guaranda, que actualmente tiene una nueva pareja.

El día 2 de mayo de 2017, vino a Quito por motivos de trabajo, fue Flor que le llamó para decirle que tenía que hablar de un tema muy importante, en un inicio ella busco

que nos reconciliemos, a lo que le respondí que no puedo regresar. Fue en ese momento cuando le habría dicho que estaba embarazada, pero no consideró que sea de él, porque no habían tenido relaciones íntimas hace mucho tiempo

Ese día -2 de mayo de 2017-, no mantuvo relaciones sexuales con Flor, simplemente se reunieron para hablar, y se enteró de esta denuncia cuando el agente le llamó para que rinda una versión, él no cometió el hecho, no tiene conocimiento para qué sirve la pastilla misoprostol.

La versión de Luis no convenció a Fiscalía, por lo que se decidió formular cargos en su contra y llevar el caso a juicio.

Durante la investigación y en el juicio, uno de los elementos fundamentales para esclarecer lo sucedido, fue el testimonio de la ginecóloga del HCAM, que atendió a Flor el día de los hechos, la Dra. Cecilia V., quien evidenció en el canal vaginal la presencia del saco gestacional y tres tabletas aparentemente de misoprostol, presumió que era esa medicación por la apariencia de las tabletas, por lo que notificó al 911, en razón de la naturaleza del cuadro que presentaba.

Las tres tabletas estaban en proceso de disolverse, que esta clase de pastillas demoran en disolverse en canal vaginal de una a dos horas y para absorción total se requiere de un período de cuatro horas.

En este caso pudieron haber sido administradas las tabletas unas tres horas antes de su ingreso al Hospital, es posible que la mujer no perciba las tabletas en el canal vaginal; después de una o dos horas administradas las pastillas pueden empezar sus primeros efectos, que es sobretodo dolor, el cual va aumentando conforme pasa el tiempo.

Al revisar a Flor no vio el embrión, solo el saco gestacional, en el caso de no tener embrión el saco gestacional si hay embarazo, se lo denomina anembrionario; o, pudo suceder que el embrión fue expulsado al momento del sangrado.

A fin de corroborar el diagnóstico, se realiza el análisis toxicológico a los fragmentos de pastillas encontradas en la cavidad vaginal de Flor, por parte de la Bioquímica Silvia Y., que efectivamente dio positivo para misoprostol, acotando que este es el principio activo del medicamento denominado comercialmente Citotec, su función principal es proteger a nivel gástrico, pero tiene otro efecto a nivel de la musculatura del útero que provoca contracciones, es utilizada para interrumpir los embarazos.

Continuando con la investigación, se practica un examen médico legal, por parte del Dr. William I., en el que analizó el examen toxicológico y la historia clínica de Flor, haciendo referencia que según la historia clínica, a las 23H06 minutos ingresa la paciente

al área de urgencias con un sangrado vaginal, dolor en hipogastrio, al realizarle el tacto vaginal, la médico encuentra tres tabletas que supone son misoprostol y un saco gestacional, por lo que diagnostica un aborto incompleto.

Además, en su experticia el Dr. William I. señaló que los efectos de esta medicación depende de la dosis, la edad gestacional, la calidad del cuello uterino y el lugar exacto de la aplicación, sus efectos suelen ser inmediatos, o máximo a partir de los veinte minutos; contradiciendo a lo dicho por la Dra. Cecilia V., quien sostuvo que los efectos se presentan después de una hora.

Ahora bien, por qué se resalta el tema de las horas, respecto tanto al tiempo en que se producen los efectos, como el tiempo que demoran las pastillas en disolverse, porque los testimonios rendidos por la sobrina de Flor y de su hermano, fueron fundamentales en la decisión del tribunal que resolvió este caso, pese a que Fiscalía mantuvo su acusación en juicio.

La señorita Cinthia, de 20 años de edad, sobrina de la presunta víctima, informó que el 02 de mayo de 2017, su tía Flor le dijo que se iba a encontrar con Luis, ella se fue, y regresó como a las cuatro y media de la tarde, estaba bien, inclusive se fue a lavar y arreglar su carro.

Regresó como a las seis diciendo que le dolía el vientre, se fue al baño y dijo que presentaba unas pequeñas gotas de sangre al orinar, ella le fue a dejar agua y en ese momento le habría mencionado que sentía más dolor.

Cuando llegó su tío, Carlos, le dio de merendar y le dijo que vaya a verle a Flor, y después ellos se fueron para el hospital.

Carlos, hermano de la presunta víctima, de profesión paramédico, señaló, que llegó a su casa alrededor de las 19H00, Cinthia le llamó a comer y le dijo que su hermana estaba en el tercer piso con un dolor abdominal, que estaba embarazada.

Cuando terminó de comer, subió a verle, estaba en la cama con dolor abdominal, decía que ya no aguantaba, además Flor le mencionó que estaba embarazada, y el basado en su experiencia de paramédico, dedujo que podría tratarse de un aborto, por lo que la llevó al HCAM, aproximadamente a las nueve de la noche.

Estos son los elementos más destacados de la investigación, y que fueron sustentados en la audiencia de juicio, en la que el Tribunal de Garantías Penales con sede en la parroquia de Quitumbe, resolvió confirmar el estado de inocencia del señor Luis.⁷⁶

Para esta decisión tomó en consideración que, el día 02 de mayo de 2017, se habrían encontrado Flor y Luis, alrededor de las 15h30, según lo manifestado por la propia Flor; y, que regresó a su casa alrededor de las 16H30, hora que fue corroborada por su sobrina Cinthia, que la vio llegar a esa hora.

A decir de Flor, en ese periodo de tiempo tuvieron actos sexuales, Luis le puso boca abajo, metió sus dedos en su vagina y en esos momentos habría introducidos pastillas de misoprostol en su cavidad vaginal, a los diez minutos empezó a sentir mareos, escalofríos, sintió como si se le bajaba la presión.

Según Flor, cuando llegó a su casa -16h30-, se quedó en su vehículo porque se sentí mal, se bajó, y cuando empezó a subir a su departamento le empezó a doler su vientre, entró al domicilio, fue al baño y vio que tenía unas pintas de sangre en su ropa interior, después no paraba de sangrar. Sin embargo, su sobrina, Cinthia, contradijo lo mencionado por la presunta víctima, pues refirió que cuando llegó a la casa -16h30-, ella estaba bien, inclusive se fue a lavar y arreglar su carro, regresó a alrededor de las 18h00.

Esta contradicción es valorada por el tribunal, y resta credibilidad al relato de Flor.

Sumado a la contradicción, el Dr. William I., señaló que los efectos de estas pastillas depende de la dosis, la edad gestacional, la calidad del cuello uterino y el lugar exacto de la aplicación, suelen ser inmediatos, o máximo a partir de los veinte minutos; en este sentido, si Flor llegó a su casa a las 16H30 y se encontraba con esta medicación en su organismo no hubiese podido lavar su auto o llevarlo a reparar, pero su sobrina testificó señalando que eso sucedió.

El Tribunal frente a este análisis, no tuvo en consideración que la Dra. Cecilia V., médica que atendió la emergencia de Flor en el HCAM, estableció que los efectos pueden presentarse una o dos horas después; pero, si esto hubiese ocurrido así, Flor no tenía razón de señalar que inmediatamente que terminó el acto sexual, empezó a sentirse mal, que cuando llegó a su casa -16h30- tuvo que quedarse en el vehículo por el dolor que sentía y que cuando entró a su domicilio empezó a dolerle más su vientre.

⁷⁶ Ecuador Tribunal de Garantías Penales con sede en la parroquia Quitumbe del Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha, "Sentencia", en juicio 17297-2018-00175, 03 de abril de 2019.

Los jueces resaltaron además, que según la historia clínica, Flor es atendida alrededor de las 23H06, por la Dra. Cecilia V., quien al practicarle el tacto le encuentra las tres pastillas de misoprostol en su cavidad vaginal en proceso de disolución y la referida galena sostuvo que estas tabletas demoran en disolverse en el canal vaginal una o dos horas, y una absorción total se da en cuatro horas.

Entonces, si las pastillas hubiesen sido introducidas alrededor de las 16H00, tiempo en que se supone Flor y Luis estuvieron juntos, las pastillas debieron disolverse por completo aproximadamente a las 20H00; sin embargo, a las 23H06 seguían en proceso de disolución, por lo que se concluye que el misoprostol fue administrado a la señora Flor alrededor de las 19h30 a 20H00, y a esas horas ella no estaba con el procesado.

Con lo expuesto se desvirtuó que el señor Luis, haya tenido alguna participación en el presunto delito de aborto no consentido, por lo que mediante sentencia se confirmó su estado de inocente.

El caso analizado, evidencia que al momento que fue atendida Flor en el Hospital, y le encontraron las pastillas abortivas en su canal vaginal, la ginecóloga cumpliendo con su obligación al encontrarse frente a un presunto delito, comunicó a la policía.

Flor, al ver que llegó la policía y que le advirtieron que podía ir detenida por haber interrumpido su embarazo al suministrarse las pastillas de misoprotol, inculpó a su ex pareja, Luis, un tercero inocente, con el único objetivo de mantener su libertad, hecho reprochable, verdad; pero esto jamás se hubiese sucedido si la ley penal no tendría tipos penales simbólicos, como el aborto consentido.

Para ser más claros, al expulsar el tipo penal de aborto consentido del COIP, mujeres como Flor, no tendrán la necesidad de ocultar la decisión que tomaron sobre su cuerpo, sobre su proyecto de vida, no tendrán necesidad de mentir a la justicia sobre lo que hicieron; o, inculpar a una tercera persona, con el objetivo de mantenerse libres.

En el caso en concreto, Flor podría haber pasado de víctima a ser sospechosa, pues en base al análisis realizado por el Tribunal Penal, le corresponde ahora a Fiscalía analizar si va iniciar una investigación en su contra por el tipo penal de aborto consentido o por fraude procesal, esto último en razón de que indujo a engaño el juez al cambiar el estado de lo que en verdad habría sucedió.

Estas son las consecuencias prácticas de incorporar en el COIP figuras con un enfoque de derecho penal simbólico, mujeres sentenciadas a prisión por no garantizarle su derecho a decidir sobre su cuerpo; o, investigadas por tipos penales como fraude procesal, por tratar de ocultar la decisión que tomaron en base a su proyecto de vida.

Sin embargo, los jueces para evitar cualquier acción legal en contra de Flor, concluyen su decisión de una manera un poco ortodoxa respecto a la materialidad de la infracción, al señalar:

[...] abortar, para los efectos del tipo penal del Art. 148 del Código Orgánico Integral Penal, significa interrumpir el embarazo antes de que el embrión o el feto puedan vivir fuera del vientre materno; y, debe entenderse como embarazo al estado de una mujer gestante, lo que significa que lleva en el útero un embrión fecundado o un feto; y es esto lo que nunca se probó, [...].

Para esta inferencia, toma como base en el testimonio de la médica Dra. Cecilia V., quien señaló que no encontró el embrión en los exámenes realizados a Flor, sino solo el saco gestacional y las pastillas de misoprostol, lo cual fue secundado por el testimonio del Dr. William I., quien reiteró que no se pudo encontrar el embrión.

Pero frente a esta reflexión del tribunal, cabe una simple inferencia lógica, si Flor no estaba embarazada para que introducirse pastillas de misoprotol en su cavidad vaginal.

Además, lo que no menciona en su decisión el Tribunal, es que la Dra. Cecilia V. señaló que el embrión pudo haber sido expulsado en el sangrado que tuvo Flor, por eso solo se encontró el saco gestacional.

Lo que no se da cuenta el Tribunal es que con su resolución está dejando como precedente, que si no se encuentra el embrión no puede configurarse el tipo penal de aborto, bajo el argumento que no se pudo comprobar que existió una vida; por tanto, una mujer podrá interrumpir su embarazo, expulsar el embrión como en el presente caso, y a pesar de que sea asistida por un médico y este encuentre elementos [pastillas abortivas y un saco gestacional] que evidencian que estuvo embarazada, no podrá ser sentenciada, reitero, porque no se cuenta con el embrión.

En cierta manera lo que hizo el Tribunal, es encontrar una forma para no sancionar el aborto, si se logra desaparecer al embrión.

En la entrevista realizada al Fiscal que sustentó la acusación en el juicio, Ab. Andrés Pazmiño Maldonado⁷⁷, respecto al análisis del Tribunal, que no se habría probado la materialidad de la infracción; resaltó que carece de lógica, Fiscalía para probar la existencia de este presupuesto presentó el testimonio de la médico ginecóloga que brindó

⁷⁷ Andrés Pazmiño Maldonado, entrevistado por el autor, 07 de noviembre de 2019, en las instalaciones de la Fiscalía Provincial de Pichincha.

atención en primera instancia a Flor, ella manifestó que la señora llegó al hospital con sangrado vaginal, que reflejaba un proceso de aborto incompleto.

A continuación, presentó el testimonio del médico legista en el cual se indicó que se realizó un análisis de la historia clínica y las conclusiones fueron que Flor presentaba un sangrado vaginal con aborto incompleto.

Finalmente se presentó el testimonio del agente de la Policía Nacional, DINASED, quien indicó que no se realizó el levantamiento de cadáver porque no existía un cuerpo, lo que existía era residuos biológicos, eso se levantó con cadena de custodia.

Por ello sostiene, que no se puede considerar como no probado que Flor estaba embarazada, porque los médicos concluyeron que presentaba un aborto inconcluso en proceso, si se dio este diagnóstico es porque estaba embarazada, el aborto se produce única y exclusivamente cuando una mujer se encuentra embarazada, no existe otra forma.

Concuerdo con lo referido por el Fiscal Pazmiño, el argumento planteado por el Tribunal de considerar como no probado que Flor estuvo embarazada porque no se encontró el embrión, no tiene asidero, pues al estudiar todos los elementos que obran en el expediente y que se elevaron a medios probatorios en la audiencia de juicio, demuestran que efectivamente Flor se encontraba embarazada.

Continuando con la entrevista al Fiscal del caso, al momento de preguntarle si considera que con el análisis que realizó el Tribunal, se debería iniciar una investigación a Flor; el funcionario sostuvo, al considerar el Tribunal como no probada la materialidad de la infracción, no se tendría la posibilidad de continuar acciones en contra de la referida ciudadana, por lo que infiere que lo que hicieron los jueces fue en cierta medida favorecer a Flor con su decisión, pero crean un precedente fatal respecto a cómo analizar la materialidad en casos de aborto.

El controversial análisis realizado en este caso por el Tribunal Penal de Garantías Penales con sede en la parroquia de Quibumbe del Distrito Metropolitano de Quito, respecto a existencia del delito de aborto, que sirve como pronunciamiento referencial para futuros casos que resuelvan esos jueces, genera el escenario que cuando una mujer al momento de interrumpir su aborto desaparece el embrión, no se configura como un delito de aborto sea este consentido o no consentido, a pesar de que las consideraciones médicas digan que estaba embarazada.

Este es otro caso práctico que evidencia los problemas que envuelve la aplicación de tipos penales simbólicos [aborto consentido]; bajo mi consideración, efectivamente se comprobó que Flor estuvo embarazada, pero no se comprobó que Luis haya tenido alguna

participación en su aborto, frente a esta conclusión el Tribunal advirtió que la señora mintió y que ahora pasaría de ser víctima a sospechosa, para no iniciar un proceso penal en contra de ella por el delito de aborto consentido o por el delito de fraude procesal, realizó un análisis sin argumentos sólidos respecto a la existencia o materialidad del delito de aborto, y así respetar su derecho a libertad.

El estudio de este caso reafirma, que el mantener vigente dentro del COIP, figuras que responden a un enfoque de derecho penal simbólico, como es el tipo penal de aborto consentido, puede generar arbitrariedades en contra de terceras personas.

Puesto que -como en el caso analizado-, cuando una mujer interrumpe su embarazo y es descubierta por las autoridades de salud, para no ir a la cárcel empezará a mentir de como sucedió el hecho, tratando de deslindar su responsabilidad involucrando a terceras personas, con el objetivo de que ella no termine en la cárcel.

El Estado no podría exigirle a la mujer que no mienta con respecto a la interrupción de su embarazo, porque es un instinto propio del ser humano estar en libertad, sobre todo cuando se lo intentan arrebatar por normas arbitrarias.

La mujer está tomando una decisión sobre su propio cuerpo y su proyecto de vida, contrario a exigirle que no mienta, debería expulsar de la ley penal figuras que responden a un derecho penal simbólico, como el tipo penal de aborto consentido, garantizando de esta manera el derecho a libertad y el libre desarrollo de la personalidad de la mujer.

Continuando con los análisis de casos, recordemos que en el primero capítulo de esta tesis, también se mencionó como ejemplo de derecho penal simbólico, el tipo penal de simulación de secuestro, por lo que a continuación estudiaremos expediente al respecto.

3. Caso No.3: Expediente No.17282201600472. Tipo penal: simulación de secuestro

Se tuvo conocimiento del expediente 17282201600472, en razón de que en el año 2016, trabajé en la Unidad de Delincuencia Organizada de la Fiscalía Provincial de Pichincha, dentro de los casos que se asignan a esta Unidad están: secuestro, secuestro extorsivo y por ende simulación de secuestro.

El caso en particular se da el 22 de enero de 2016, fecha en la que el señor Gonzalo, presenta una denuncia por el supuesto secuestro de su hija, Cristina, señaló que tiene la rutina de que al salir a su trabajo, él deja a su hija por el sector de Contraloría General del Estado, para que ella tome un bus en la Av. 12 de octubre y se dirija a la

universidad Católica, universidad donde estudia, acotando que su hija suele regresar a casa alrededor de las 18h00 a 18h30, lo cual no sucedió ese día.

Al ver que su hija no llegaba a la casa, llama a su celular y estaba apagado, después de unas horas, cerca de la media noche, recibe una llamada telefónica del número 0969XXXXXX, en la que un hombre de acento costeño le dice: tenemos secuestrada a tu hija, queremos 15 000 USD a cambio de no hacerle nada, caso contrario la vamos a violar, sabemos que no tienes mucho dinero pero pídele a tu cuñada, ella es jueza, ella puede dar el dinero.

Con estos datos, y observando la desesperación de Gonzalo por su hija, se apertura de manera emergente la fase de investigación previa y se delega las investigaciones de campo a la Unidad Antisecuestros de la Policía Nacional, UNASE.

Al siguiente día, 23 de enero de 2016, nuevamente se comunica el supuesto secuestrador, del mismo número celular, pero ahora contesta la llamada la madre de Cristina, Fátima, a quien le reiteran que para no violar a su hija y poder liberarla son 15 000 USD. Frente a esto Fátima, por asesoría de la UNASE, pide hablar con su hija para saber que está bien, pero cortan la comunicación.

A los pocos minutos recibe una nueva llamada, era su hija Cristina, habla directamente y le dice que está bien, que le han drogado, no saben dónde está, que le ayuden; y, se corta la comunicación.

En razón de que se tenía el número de celular desde el que se generaban las comunicaciones extorsivas, 0969XXXXXX, se requiere el reporte de ubicación del mismo, obteniendo como resultado, el cantón de Huaquillas, provincia de El Oro.

Con esta información los agentes de la policía se traslada hasta Huaquillas, por las antenas de comunicación se delimita un perímetro de búsqueda y empiezan hacer entrevistas a los moradores del sector, entre estos al administrador del Hotel Hidalgo Internacional, a quien al exhibirle una fotografía de Cristina, manifiesta que esa persona esta hospedada en el hotel bajo el nombre de Lise, junto con un hombre de unos 40 años edad de nombre Carlos.

Al revisar los datos de registro de la supuesta señorita Lise, se percatan que el número de cedula que utilizó es el número de Fátima, madre de Cristina.

El administrador del Hotel Hidalgo señaló además que en ese momento la señorita registrada como Lise se encontraba sola en la habitación, por lo que los agentes de la UNASE se dirigen a la habitación y efectivamente les recibe Cristina, quien no presentaba ninguna lesión superficial.

Mientras revisaban la habitación llega el señor Vicente, a quien al realizarle el registro corporal le encuentra el teléfono celular que correspondía al número 0969XXXXXX, en la entrevista que le hacen los agentes, refirió que conoció a Cristina por la red social Facebook, que ella le mencionó que quería irse de la casa y acordaron que ella le deposite dinero para trasladarse a El Oro, y después llamarían a sus padres para obtener 15 000 USD, dinero que iban a repartirse entre los dos.

Frente a estos hechos, son detenidos Cristina y Vicente, y trasladados a Quito, donde se les formula cargos por el delito de simulación de secuestro.

Las evidencias que se encontraron en la habitación del Hotel, fueron en lo principal: una libreta de apuntes en la cual se encontraba registrada el número de cuenta 1230XXXXXX del banco de fomento, a nombre de Vicente; un depósito a la mencionada cuenta por 200 dólares de fecha 20 de enero del 2016; una factura de la compañía de transporte Panamericana a nombre de Cristina.

Con lo que se corroboraba que Vicente recibió dinero días antes de simular el secuestro de Cristian; y, que ella viajó de manera voluntaria, comprando un pasaje de transporte terrestre a la ciudad de Huaquillas.

Teniendo en consideración que en las llamadas que se hicieron a los padres de Cristina se mencionaba que si no entregaban 15 000 USD la iban a violar; y, sumado a que el administrador del Hotel mencionó que ella se hospedó en la misma habitación con Vicente [quien se habría registrado bajo el nombre de Carlos], se le realizó a Cristina un examen ginecológico, que concluyó la presencia de un desgarró antiguo; por lo que se descartó una posible afectación a su integridad sexual.

Frente a estos elementos, Cristina en su versión confirmó que el 22 de enero del 2016, por sus propios medios viajó de Quito a Huaquillas, ahí tenía que encontrarse con Vicente, a quien no conocía físicamente, solo por correo electrónico, que hizo todo eso para llamar la atención de sus padres. Acotó que en ningún momento fue víctima de una agresión por parte Vicente.

Por el comportamiento que presentaba Cristina, se le practicó una valoración psicológica a fin de determinar algún trastorno en su personalidad, concluyendo el Dr. Marco P., que presenta predominancia en el rasgo de personalidad al límite, el cual entre sus características se encuentran relaciones inestables e intensas, y comportamiento de autolesión, por lo que recomienda psicoterapia individual, especialmente por su ideación y planificación suicida.

Al evidenciarse estas anomalías, se decide realizarle una experticia psiquiátrica para establecer si Cristina tiene conciencia y voluntad de sus actos, señalando la Dra. Ángela S., que presenta un episodio depresivo recurrente y trastorno de inestabilidad emocional de la personalidad de tipo límite; los mismos que no le han afectado la conciencia del conocimiento de las cosas, su inteligencia, ni su voluntad; es decir, tiene capacidad de comprender la ilicitud de su conducta y de determinarse de conformidad con esta comprensión.

Con esta conclusión, se confirmó la presencia de trastornos en su personalidad, pero que estos no afectan en su conciencia y voluntad, por tanto se desvirtuó cualquier duda respecto a la imputabilidad de Cristina.

Continuando con el desarrollo de la investigación, Vicente en su versión reiteró que fue contactado por Cristina a través de la red social Facebook, quien le ofreció contratarle para realizar llamadas a sus familiares con el objetivo de solicitarles dinero fingiendo estar secuestrada, como primer pago le depositó 200 dólares, se encontraron en Huaquillas, se registraron para la misma habitación pero que él no durmió ahí sino en otro hotel, que el solo llegaba a la habitación para hacer las llamadas; y, que aceptó el trabajo por necesidad económica.

Frente a todos estos contundentes elementos obtenidos durante la investigación, los procesados solicitaron la aplicación de un procedimiento abreviado, para ser beneficiados por una pena más baja.

Al momento de negociar la sugerencia de pena que se solicitará al Juez, el principal argumento planteado por la defensa de Cristina fue que el tipo penal de simulación de secuestro, la coloca como sujeto activo y a la vez como sujeto pasivo de la infracción, por ende no se puede hablar de la lesión a un bien jurídico, porque estaríamos frente a una autolesión.

En el mismo sentido la defensa del Vicente, sostenía que no realizó ningún acto en contra de la voluntad de la señorita Cristina, que en ningún momento le privó de la libertad a la referida ciudadana.

Sin embargo, estaban claros que el legislador tipificó como delito la simulación de secuestro, y debe respetarse el principio de legalidad, por ello lo que solicitan es que se aplique la pena más baja establecida por ley.

Al respecto, realizando un análisis dogmático jurídicopenal, el tipo penal de simulación de secuestro al considerarse como un delito de resultado, y el resultado producido no lesionó algún bien jurídico, específicamente no lesionó la libertad de

tránsito de Cristina, porque ella consintió este acto, no podría hablarse de la producción de un delito.

Sin embargo, la posición que tomó Fiscalía en este caso fue aceptar la negociación de procedimiento abreviado planteada por la defensa y presentar la solicitud a la señora Jueza de Garantías Penales, sugiriendo que se aplique el mínimo de pena que se puede imponer para este tipo penal bajo el procedimiento especial.

El expediente terminó con sentencia condenatoria para los dos ciudadanos imponiéndoles una pena privativa de libertad de tres meses⁷⁸, sin un mayor análisis de configuración de las categorías dogmáticas para que se configure un delito.

La decisión que tomó Fiscalía en este caso fue que no se puede desconocer o si se prefiere inobservar que esta conducta está incluida en la ley penal; sin embargo, lo que correspondía era que la Jueza ratifique el estado de inocencia de las dos personas involucradas, porque como se mencionó en líneas anteriores la conducta no lesiona ningún bien jurídico.

Al no lesionar o poner en peligro algún bien jurídico, como se sostuvo en la parte teórica de esta investigación, estamos frente a una disposición normativa meramente simbólica.

Este caso práctico es otra muestra del enfoque de derecho penal simbólico que podemos encontrar en el COIP, evidenciado a través del tipo penal de simulación de secuestro, que si bien es cierto, cuando una persona miente diciendo que está secuestrada se activa todos los mecanismos del Estado, ocasionando un desgaste a sus instituciones, especialmente a la Policía Nacional que activa todo su andamiaje para buscar a esa persona, esto no puede traer como consecuencia incluir esta conducta dentro del catálogo de delitos, porque como se mencionó no se pone en peligro ni se lesiona ningún bien jurídico.

Este es el punto relevante para poder determinar que conductas responden a un enfoque de derecho penal simbólico, porque al no lesionar o no poner en peligro un bien jurídico, son conductas que no deben estar incluidas en la ley penal.

Recordemos que la figura del bien jurídico, busca limitar la facultad expansionista de castigar que tiene un Estado.

⁷⁸ Ecuador Unidad Judicial Penal con sede en la Parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha, "Sentencia", *en juicio* 17282-2016-00472, 02 de mayo de 2016.

En un correcto análisis esta conducta no cumple con el requisito de antijuridicidad material previsto en el artículo 29 del COIP, por lo que ante la ausencia de esta categoría dogmática, no se puede hablar de infracción penal.

Sin embargo, el legislador de una manera ilógica ubica este tipo penal dentro de los delitos contra la libertad personal, como si se vulneraría el bien jurídico de la libertad, cuando es por decisión propia que la persona miente estar secuestrada, por lo que no se puede hablar de una afectación a su libertad.

A pesar de ello, un punto de relevancia es que, al igual que en el caso de aborto consentido, analizado al inicio de este capítulo, al encontrarse estos tipos penales que responden a un derecho penal simbólico incluidos en la ley penal, no pueden ser inobservados –inclusive si tutelan bienes jurídicos idealizados–, por ello la salida más viable que considera la defensa es acogerse a un procedimiento abreviado para recibir una pena menor a la que recibirían si llevan el caso a juicio.

Por tanto no se cumple ninguno de los fines de la pena, peor aún reafirmar la vigencia de la norma, porque la norma no está siendo eficaz, al contrario está siendo cuestionada materialmente porque es una conducta que no debe estar sancionada por la ley penal, si bien la norma está vigente no es válida.

Ferrajoli, sostiene que:

[...] entre vigencia y validez de las normas penales: la primera asegurada (sólo) por la mera legalidad o conformidad formal a las leyes de los actos de producción normativa, la segunda por estricta legalidad o conformidad sustanciales a las leyes de los significados o contenidos de las normas producidas.⁷⁹

Por tanto, no porque un tipo penal haya cumplido con los requisitos formales para estar incluido en la ley penal –está vigente–, quiere decir que sea válido. Para que sea válido, su contenido tiene que responder a un correcto análisis dogmático jurídicopenal, que demuestre que una conducta lesiona o pone en peligro un bien jurídico, en ese caso su prohibición tendrá validez.

Con el objetivo de garantizar la seguridad jurídica se continúa aplicando tipos penales que responden a un derecho penal simbólico, ¿pero a qué costo?, al costo de llenar las cárceles de personas que no necesitan ser aisladas de la sociedad, que no vulneraron ni pusieron en peligro algún bien jurídico para que sean castigadas.

⁷⁹ Ferrajoli, *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*, 379.

La conducta de interrumpir de manera voluntaria un embarazo o autosequestrarse puede ser religiosa o éticamente reprochable, como quiera considerarse, pero jamás puede ser penalmente reprochable.

De la experiencia de haber investigado un tipo penal que responde a un enfoque de derecho penal simbólico, como el caso de simulación de secuestro, se debe acotar que otro problema que se genera, es al momento de establecer la reparación integral para la víctima.

Con la vigencia del COIP, se incluyó dentro de la ley penal la figura de la reparación integral a la víctima que antes estaba limitada al ámbito civil, ahora parte de las exigencia de una sentencia es establecer la reparación integral que debe darse a la víctima, independientemente si presentó o no acusación particular.

Sin duda, en los delitos peligro al no poder evidenciarse una víctima específica no se puede establecer una reparación integral material particular; pero, los tipos penales que responden a un derecho penal simbólico, al ser ocasionados por el marketing político; o, a una supuesta necesidad social, son delitos en la mayoría delitos de resultado.

Así, en el tipo penal de aborto consentido o simulación de secuestro, no se puede establecer una reparación integral a la víctima porque la víctima termina siendo el sujeto activo de la infracción, no se puede reparar a la persona que se provoca una autolesión, esto reafirma que el tipo penal lo que está haciendo contrario de precautelar un bien jurídico, es atentar contra su derecho a la libre autodeterminación de la personalidad.

Los tres casos anteriores, son la evidencia práctica de tipos penales que responden a una legislación simbólica; sin embargo, el tipo penal de femicidio ha generado gran tensión al respecto, con el análisis del siguiente expediente se dará una respuesta efectiva de si debe o no considerárselo como una muestra de derecho penal simbólico.

4. Caso No.4: Expediente No. 17297201800206. Tipo penal: femicidio

Previo a iniciar el estudio de caso en concreto, recordemos que el tipo penal de femicidio fue incorporado a partir de la promulgación del COIP, sin embargo, esto no quiere decir que antes no se cometían.

Al contrario, la ausencia de este tipo penal invisibilizaba la realidad, la muerte de mujeres por el hecho de ser tales o por su condición de género como resultado de manifestaciones de poder que las subordinan y someten; lo que animaba a que se continúen cometiendo.

Por eso cuando se produce la muerte de una mujer se debe direccionar las investigaciones con enfoque de género para descartar la posibilidad de se trate de un femicidio.

El Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género, emitido por Organización de Naciones Unidas, señala que cuando las investigaciones no son llevadas a cabo por autoridades apropiadas y sensibilizadas en materia de género, se produce retrasos y vacíos claves en la investigación, que afectan negativamente el desarrollo del caso.⁸⁰

Es decir, cuando que llega a conocimiento de las autoridades, en un primer momento a los agentes de policía y fiscalía, la muerte de una mujer, este hecho no puede ser manejado como un simple homicidio, sino deberá realizarse un investigación sucinta con enfoque de género para poder determinar si esta no fue resultado de relaciones de poder, si se descarta esta condición, el trámite a seguir será de un delito común.

Bajo esta lógica, dentro de la estructura orgánica de la Fiscalía General del Estado, las investigaciones por delitos de femicidio son realizadas por las Fiscalías Especializadas en Violencia de Género y cuando se trata de la investigación de homicidios o asesinatos están encargados la Fiscalía Especializadas de delitos contra la vida.

En este sentido, el artículo 141 del COIP, sanciona a la persona que de muerte a una mujer, por el hecho de ser mujer o por su condición de género, siempre que esta acción –matar– sea el resultado de relaciones de poder manifestadas en cualquier tipo de violencia.

Por la tanto la conducta prohibida por la ley penal es matar, a un sujeto pasivo calificado: a una mujer –en líneas posteriores desarrollaremos los conceptos de sexo y género–, pero bajo la condición que esta sea producto de relaciones de poder manifestadas en cualquier tipo de violencia; en el caso de no comprobarse esta condición, no se configura el tipo penal de femicidio, este análisis se realiza observando el principio de legalidad, pilar fundamental del derecho penal.

Ergo, si se produce la muerte de una mujer, y en las investigaciones no se puede comprobar que esta fue resultado de una relación de poder, se deberá realizar un juicio de tipicidad en base a las circunstancias en las que se generó el hecho para poder adecuar la

⁸⁰ Oficina Regional para América Central del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) y ONU Mujeres, *Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio)*, (ONU: 2014) 29, numeral 86, <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WRGS/ProtocoloLatinoamericanoDeInvestigacion.pdf>

conducta a un delito distinto, podría ser un homicidio, asesinato, o inclusive delito de odio con resultado de muerte.

Para clarificar esta idea, citemos tres ejemplos meramente hipotéticos:

El primero, A después de cinco años de trabajar para la misma empresa lo despiden, pasados seis se termina todos sus ahorros y no tiene más dinero para vivir, por lo que decide entrar a un supermercado para robar.

Espera que llegue la noche, cuando ya está por cerrarse la tienda, observa que no hay clientes en el interior, e ingresa, se dirige hacia la cajera, una mujer de veinte años de edad, y le pide el dinero de la caja registradora, la mujer se resiste a entregarle el dinero, por lo que A emplea el cuchillo que tenía y le apuñala por reiteradas ocasiones hasta producirle la muerte.

La conducta realizada por A es, dar muerte a una mujer que se desempeñaba como cajera de un supermercado por no entregarle el dinero que él quería robar, conducta que se adecua el delito de robo con resultado de muerte.

Segundo escenario, A se inscribe en un curso para aprender a catar vinos, y tiene como compañeros a diez personas, tres mujeres, dos hombres y cinco travestis que se identifican con identidad femenina, con todos desarrolla cierto grado de amistad por la convivencia propia del curso; sin embargo, cada vez que podía A emitía comentarios discriminatorios en contra de las travestis en general, evidenciado un grado de animadversión en contra de ellas, pero nunca ejerció violencia física o psicológica contra alguna de sus tres compañeras mujeres, al contrario su comportamiento con ellas era muy educado y cortés.

El último día de clases, A invita a sus diez compañeros a su casa para festejar que culminaron el curso, les pide a las travestis que entren a la cocina para que preparen algo de comer, entran a la cocina, mientras el resto de compañeros – los dos hombres y las tres mujeres-, se quedan en la sala, en el momento que separa a los grupos, aprovecha para disparar a las travestis, ocasionando la muerte a todas.

Claramente se demuestra un odio general en contra de las travestis, que culmina con la muerte de las mismas, en este caso la conducta realizada por A fue cometer actos de violencia psicológica de odio contra sus cinco compañeras en razón de su orientación de género, que desembocaron en la muerte de estas personas, conducta que se adecua al delito de actos de odio con resultado de muerte, por lo que deberá ser condenado a una pena privativa de libertad de veintidós y veintiséis años.

Lo mismo sucedería si cambiamos a las cinco travestis, por afrodescendientes, o chinos, cristianos, homosexuales; si se determina actos de violencia de odio contra una o más personas en razón de su nacionalidad, etnia, sexo, identidad de género u orientación sexual, identidad cultural, condición migratoria, discapacidad, entre otros, que tengan como resultado la muerte de los mismos, se configura el delito de actos de odio con resultado de muerte⁸¹.

Recordemos que dentro de este escenario se incluyó a tres mujeres, que nunca fueron agredidas de ninguna manera por A, si hubiese existido algún tipo de agresión contra las tres mujeres y los 5 travestis, podría considerarse la hipótesis de un femicidio, sin embargo, en este caso no se evidencia ninguna violencia contra la mujer.

En el tercer ejemplo, Pedro, quien es profesor en la Universidad, se siente atraído por Verónica, una de sus estudiantes, empiezan a salir por aproximadamente seis meses, durante ese tiempo él le ceba por reiteradas ocasiones, inclusive no le permite salir con sus amigas porque dice que seguramente salen a conocer más hombres. Ella cumpleaños el fin de semana por lo que planea hacer una fiesta, el día de la celebración Pedro ve que Verónica se besa con otro estudiante de la clase, él entra en cólera toma un cuchillo y le apuñala en la espalda perforándole el pulmón, lo que le ocasiona la muerte.

La conducta realizada por Pedro, fue dar muerte a Verónica, como consecuencia del sentimiento de propiedad que tenía sobre ella, lo que evidencia una relación de poder, que por el hecho de ser mujer debe guardar fidelidad al hombre caso contrario debe ser castigada, conducta que se adecua al tipo penal de femicidio.

En los tres ejemplos citados, el resultado material es el mismo, pues se concreta en la supresión de la existencia del ser humano de ese género, pero solo en el último ejemplo la acción se produjo como resultado de relaciones de poder, por lo que solo este deberá ser investigado por el delito de femicidio.

Se debe analizar detenidamente las circunstancias en las que se realizó la conducta, en concordancia con los elementos de convicción que se generen durante la investigación, para realizar un correcto juicio de tipicidad.

Por lo tanto, uno de los elementos constitutivos de la tipicidad objetiva, esencial para la configuración del tipo, es la exigencia que la muerte sea resultado de relaciones de poder, por el hecho de ser mujer o por su condición de género, sin este elemento el tipo dejará de existir.

⁸¹ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 177

Para poder probar este elemento constitutivo del tipo, como lo evidenciaremos en el estudio del caso concreto, son de vital importancia a más de las versiones de las personas que conozcan del hecho, las pericias de contexto de género, el informe de entorno social y la autopsia psicológica de ser el caso, con estos elementos serán los especialistas quienes determinen si existió una relación de poder entre el sujeto activo y el sujeto pasivo.

Pero, ¿cómo entender que esta relación de poder se generó por el hecho de ser mujer o por su condición de género?, previo a responder esta pregunta, iniciemos desagregando lo que se entiende por el hecho de ser mujer o por su condición de género.

La primera, por el hecho de ser mujer, se refiere a la concepción del sexo, a la configuración biológica o genital propia de la mujer; y, la segunda: por su condición de género, es enfocada a las personas que se autodefinan con identidad femenina: transexuales, travestis, transgénero que se autopersiban con género femenino.⁸²

Alda Facio señala: “Debemos tener claro que el sexo es lo que entendemos como más o menos determinado biológicamente mientras que el género es construido, social, cultural e históricamente.”⁸³

Acotando que mujer no es sinónimo de género, esta confusión se origina porque las mujeres empezaron a utilizar el término género para referirse a situaciones de discriminación y subordinación, por eso las políticas públicas de género no necesariamente deben referirse exclusivamente a las mujeres, porque el sistema de género en un sistema relacional que involucra también a los varones.⁸⁴

Establecido que el tipo penal de femicidio abarca tanto la concepción de sexo como de género, para responder la pregunta planteada, recordemos que la acción, matar bajo una relación de poder a una mujer por razones de sexo o género, es la conducta prohibida.

En esencia la respuesta se centra en la parte de la tipicidad objetiva, pues en este caso la conducta no se limita solo a dar muerte a la mujer, sino esta debe ser bajo una condición específica, debe ser el resultado las relaciones de poder, basadas en el género, que existen desde la idea de la asignación de roles y estereotipos socialmente construidos,

⁸² Carlos Fernando Comparato, “Género y derecho penal. Algunos apuntes sobre avenimiento y femicidio”, en *Revista de Derecho Penal, Culpabilidad: nuevas tendencias*, Tomo I, Edgardo Alberto Donna, Director (Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2012), 518.

⁸³ Alda Facio y Lorena Fries, *Feminismo Género y Patriarcado*, Revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires, año 3, número 6, (Buenos Aires: Academia, 2005), 276.

<http://repositorio.ciem.ucr.ac.cr/bitstream/123456789/122/1/RCIEM105.pdf>

⁸⁴ *Ibíd.*

en la que le asignan un sentimiento de superioridad al hombre, las que se manifiestan en cualquier tipo de violencia.

En este sentido, dentro de la tipicidad objetiva, encontramos un elemento normativo, cuando se refiere al concepto de tipos de violencia; sin duda, esta violencia es la manifestación de las relaciones de poder ejercida en perjuicio de la mujer, pero para clarificar los tipos de violencia que podemos encontrar, debemos remitirnos a los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos.

Esto inclusive es observado por el Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género, que señala que algunas legislaciones latinoamericanas optaron por incluir elementos normativos y descriptivos en el tipo penal⁸⁵, como en el caso de la legislación ecuatoriana.

Así, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer, conocida como la Convención de Belém Do Pará, en su artículo primero, señala que la violencia contra la mujer es 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 privado⁸⁶.

En el mismo sentido la Declaración sobre la Eliminación de violencia contra la Mujer de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su artículo 2, detalla que la violencia contra la mujer abarca los actos de violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la familia, en la comunidad en general, e incluye la perpetrada o tolerada por el Estado⁸⁷.

Ana Carcedo, es clara cuando se refiere a este tema al señalar:

la violencia contra las mujeres no es otra cosa que el control que los hombres ejercen, en función de ese orden patriarcal, sobre las mujeres, sus vidas, sus cuerpos, sus tiempos, sus decisiones, con el propósito de mantenerlas en un lugar inferior socialmente asignado. El grito, la bofetada, el puñetazo, el insulto, la humillación, [...] son manifestaciones de esa violencia, pero también son los recursos para ejercer ese control y mantener la subordinación.⁸⁸

Por lo tanto, el sentimiento de superioridad que se tiene sobre la mujer se exterioriza través de cualquier tipo de violencia, que concluye con darle muerte.

⁸⁵ OACNUDH y ONU Mujeres, *Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres*, 144.

⁸⁶ Fiscalía General del Estado de Ecuador, *Femicidio, análisis penológico 2014-2015*, (Quito: Dirección Nacional de Política Criminal FGE, 2016) 34.

⁸⁷ *Ibíd.*, 35

⁸⁸ Ana Carcedo, *Femicidio en Ecuador* (Quito: Manthra, 2011), 26.

En consecuencia, estaremos frente a un dolo especial, no solo se tiene el conocimiento y voluntad de querer matar a una mujer –o quien se autopercibe con identidad femenina- sino que se la quiere matar por un sentimiento de dominación, poder, superioridad, control hacia la mujer.

Este punto medular de la tipicidad, es que no se trata simplemente de dar muerte a una mujer sin una motivación especial –homicidio-, sino que se realiza la acción porque la mujer es un ser inferior y tengo dominio sobre ella.

Bajo esta realidad, se torna totalmente necesario precautelar el bien jurídico, vida de la mujer –o de quien se autopercibe con identidad femenina-, pero bajo un enfoque de vida digna, libre de violencia.

La oposición a este planteamiento, es que el precautelar este bien jurídico atenta contra el principio de igualdad, porque el hombre también tiene derecho a una vida digna; es verdad, todos tenemos derecho a una vida digna, libre de violencia, que no concluya con la muerte, pero desconocer la discriminación negativa que ha sufrido la mujer a lo largo de la historia y que hasta la actualidad se mantiene, sería tener una visión patriarcal del derecho.

Fue gracias a los discursos feministas que se puso al descubierto el modelo androcéntrico dominante en el derecho, que evidencia a un sistema penal que ha ejercido ciertas funciones de control social en relación con las mujeres y que, ha asimilado una percepción del género de la mujer como sujeto no digno de tutela en las mismas condiciones que el varón.⁸⁹

En este sentido, el principio de igualdad exige dar un trato igualitario a las personas observando sus diferencias desde una perspectiva positiva; para que en verdad se cumpla este principio debemos considerar las asimetrías que presenta la sociedad.

Considerar a hombres y mujeres como iguales, sin analizar las diferencias que estas presentan en la estructura de poder medida con escalas masculinas en la que nos desarrollamos, genera una discriminación negativa; por ejemplo, la organización laboral suele estar trazada sobre bases masculinas, como muestra tengamos en cuenta las licencias de maternidad y enfermedad de los hijos, que convierten a la mujer en un

⁸⁹ Birgin Haydée, *Las trampas del poder punitivo, el género en el derecho penal* (Buenos Aires: Biblos, 2000) 2-3.

empleado indeseable, lo que se podría superar si los hombres dispusieran de licencias equivalentes, pero ese rol es visto como inherentemente femenino.⁹⁰

Estos problemas están relacionados con la inadmisibilidad que la sociedad tiene de la discriminación positiva o inversa, del principio de igualdad se infiere no solo una exigencia de no incurrir en discriminaciones inadmisibles o negativas, sino también en un principio de protección que puede conducir a una discriminación positiva, que consiste en tomar factores como el sexo, el género, la religión, para favorecer a los miembros de un grupo social como compensación al relegamiento que han sufrido tradicionalmente.⁹¹

La Corte Constitucional Colombiana se ha pronunciado al respecto, señalando:

[...] la expresión *por su condición de ser mujer* prevista en el delito de feminicidio es un elemento subjetivo del tipo, relacionado con la motivación que lleva al agente a privar de la vida a la mujer (i). Este ingrediente identifica y permite diferenciar el feminicidio del homicidio de una mujer, que no requiere de ningún móvil en particular (ii). En tanto motivación de la conducta, comporta no solo la lesión al bien jurídico de la vida, como sucede con el homicidio, sino también una violación a la dignidad, la libertad y la igualdad de la mujer (iii). La causación de la muerte asume aquí el sentido de un acto de control y de sometimiento de contenido esencialmente discriminatorio.⁹²

La Corte Constitucional Colombiana, con esta reflexión, evidencia la necesidad de tipificar esta conducta porque con ella se precautela no solo la vida de la mujer, sino su dignidad, su libertad, su igualdad.

Al ser necesario precautelar la vida de mujer, que se pretenda violentar por un sentimiento de poder sobre ella, se desvirtúa que estemos frente a un bien jurídico idealizado, por lo tanto no es una figura que responde a un derecho penal simbólico.

Continuando con el análisis, identificado que es necesaria la tipificación de esta conducta en la norma penal, corresponde ver la sanción que se le impondrá a quien la cometa para garantizar la vigencia de la misma.

Por tanto, para garantizar el derecho a la igualdad, la sanción que se aplique para quien mate a un hombre, debe ser la misma para quien mate a una mujer por el hecho de serla o por su condición de género.

En este sentido, el tipo penal de femicidio al igual que el tipo penal del asesinato, están sancionados por la ley penal ecuatoriana con pena privativa de libertad de veintidós

⁹⁰ Carlos Santiago Nino, *Fundamentos de derecho constitucional* (Buenos Aires: Astrea, 2000), 424.

⁹¹ *Ibíd.*

⁹² Colombia, *Corte Constitucional*, “Sentencia No. C-539-16”, En *Expediente D-11293*, 05 de octubre de 2016, 46.

a veintiséis años, por lo que se cumple con este presupuesto, considerando equivalentes a las dos vidas en términos jurídicos, lo que trae como consecuencia una muestra de igualdad.

Debemos tener en consideración que la ley penal en ciertos casos, genera una escala o jerarquía intrabien jurídico vida, por eso se ha permitido considerar más grave la muerte de la persona nacida que la de la persona no nacida.⁹³

Pero en este caso al tratarse de personas nacidas, de manera correcta aplica la misma pena en el caso de que se vulnere cualquiera de estos bienes jurídicos, generándose una vigencia de la norma.

Una vez analizado el tipo penal desde la dogmática jurídicopenal, estudiemos el siguiente caso, que servirá de sustento práctico para evidenciar lo mencionado.

El expediente 17297201800206, tiene su génesis en el siguiente hecho.

El 21 de julio de 2017, moradores del barrio Nuevos Horizontes, de la ciudad de Quito, ponen en conocimiento del ECU911, que en un terreno baldío ubicado en las calles OE9F y calle S52A, está el cadáver de una mujer, frente a esta llamada se disponen que los agentes de la policía que se trasladen a verificar la información.

Llega al lugar el perito del departamento de criminalística, Carlos P., experto en inspección ocular técnica, reconocimiento del lugar de los hechos y levantamiento de indicios, quien ubicó la escena sobre el costado derecho de la calle S52A, donde se encuentra un inmueble en construcción y un terreno baldío, específicamente en la pared occidental del inmueble en construcción se localizó un cadáver sin vida en posición decúbito ventral de una persona de sexo femenino.

Al realizar un registro de sus pertenencias se encontró su cedula de ciudadanía, logrando identificar a la occisa como Nancy, al evidenciar las personas que se encontraban presentes que se trataba de una moradora del barrio, fueron a dar aviso a sus familiares, por lo que a los pocos minutos llegó a la escena su hija, Tatiana.

El levantamiento del cadáver se realizó a las 11H45, por las agentes de la DINASED, señores Franklin V. y William G., que llegaron al lugar junto con el perito del departamento de criminalística.

El cuerpo de Nancy presentaba varias heridas, escoriaciones y hematomas, específicamente heridas corto punzantes en la región parietal y occipital, dos heridas en la región parietal izquierda, cuatro en la región occipital, dos más en la región escapular,

⁹³ Carlos Fernando Comparato, *Género y derecho penal*, 514

cortes en la palma de su mano izquierda y en el dedo pulgar de la mano derecha. Además tres escoriaciones y equimosis por presión localizadas en la región del cuello.

Por la cantidad de heridas que presentaba el cadáver se evidencia un ensañamiento con la víctima.

Continuando con la inspección del terreno baldío, encuentran sobre la vegetación un monedero lleno de billetes y monedas; sobre los matorrales un bolso multicolor que en su interior tenía diferentes objetos, llaves, una camiseta tipo polo de color rojo, un teléfono celular marca Samsung.

Frente a esto, se descarta la hipótesis de que la muerte de Nancy habría sido consecuencia de un robo, porque sus pertenencias, en especial su dinero y su teléfono celular, se encontraban en el lugar.

En la inspección del inmueble en construcción, en la parte posterior localizan un cable con un logotipo Alcatel y una prenda de vestir, se trataba de una capucha de color plomo con estampado Adidas, prenda que presentaba manchas de color rojo sobre sus mangas.

Estos dos objetos al momento de ser levantados fueron reconocidos por Tatina, hija de la occisa, señalando que esa chompa y los auriculares los tenía puesto Jhon, ex conviviente de su madre, el día anterior, 20 de julio de 2019, que los reconoce porque vio a Jhon en una esquina cercana a la casa donde vivía con su madre, que él siempre la vigilaba desde ese lugar.

Con esta información los agentes de la DINASED, se trasladan al domicilio de Jhon, ubicado en el sector de Quitumbe, donde son recibidos por Mayra, quien les indicó que Jhon es su padrastro, que en la casa vive también su madre, Dalia, y su hermano menor de edad; que su padrastro habría llegado la noche anterior -20 de julio- alrededor de las 20h30, estuvo diez minutos y salió otra vez, desde esa hora no lo ha vuelto a ver, no sabe dónde está.

El cadáver de Nancy, es trasladado al departamento de medicina legal para que le realicen la correspondiente autopsia, donde la médica legista, Dra. María C., establece como fecha probable de la muerte, el día 20 de julio, alrededor de las 19H00.

En el examen externo del cuerpo se detalla: en la cabeza presenta cuatro heridas punzo cortantes de 4, 3.5, 7.5, 4 centímetros de extensión que comprometen piel, tejido celular, músculo de la cabeza, las heridas habrían sido producidas en fase agónica, ya que los bordes se encuentran con escasa reacción inflamatoria; y detalla más heridas punzo cortantes en la nuca, en el tórax y el muslo.

Heridas que guardan correspondencia con lo señalado por los agentes de la DINASED, en el acta de levantamiento del cadáver.

En el examen interno se establece: en el cuello, el hueso hioides esta fracturado en su tercio externo; concluyendo que la causa de muerte es asfixia por estrangulación, y la manera de muerte es violenta.

Con estos elementos se da inicio a la investigación, en la que Jhon es el principal sospechoso de dar muerte a Nancy.

Tatina, hija de la occisa, rinde versión dentro del expediente, quien relata que su madre y Jhon tuvieron una relación hace cinco años, los primeros meses eran bonitos, después era agresivo con su madre, le pegaba, llegaba borracho a la casa, le insultaba, le decía que debería vivir sola, no con sus hijos, quería que haga lo que él decía, un día inclusive le golpeó en su lugar trabajo.

Su madre era una mujer alegre, pero desde que empezaron los problemas con Jhon se volvió triste.

Por todo este acoso, en el que inclusive le quería golpear en la calle, señala que su madre presentó una denuncia hace un año atrás y le otorgaron una boleta de auxilio.

Específicamente el 20 de julio de 2017, en horas de la mañana su mama salió a trabajar, eran cerca de las cinco de la tarde y no llegaba, por lo que la llamó, le preguntó dónde estaba, contestándole que está por llegar a casa. Tatiana tuvo que salir del domicilio, regresó cerca de las nueve de la noche, su madre no había llegado.

Al siguiente día, 21 de julio de 2017, cerca de la nueve de la mañana, una vecina llega a la casa y le menciona que encontraron a una mujer muerta en el terreno baldío, que al parecer se trataba de su madre, por lo que se dirige al lugar, que queda a tres cuadras de su casa, donde efectivamente vio que era su madre.

Por último, reiteró que en el lugar observó que los agentes de la DINASED encontraron una chompa ploma Adidas llena de sangre, que esa chompa la tenía puesta Jhon el día anterior.

En razón de que el día de los hechos los agentes de la DINASED se trasladaron hasta el domicilio de Jhon, en el que su hijastra, Mayra, les indicó que vivía ahí junto con su madre, Dalia, se requiere su versión, y posterior para evitar algún tipo de amenaza o agresión por parte de su pareja Jhon, se le ingresa al programa de protección a testigos de la Fiscalía Provincial de Pichincha, y en calidad de testigo protegido se toma su testimonio anticipado.

La señora Dalia señaló, que Jhon fue su conviviente en una primera ocasión hace diez años y volvieron a convivir hace un año, que tiene un hijo menor de edad.

El 20 de julio de 2017, él llegó a la casa alrededor de las 20h30, estaba borracho, cogió un funda de cocina, entró a la habitación, cerró la puerta, se quedó cerca de diez minutos, después salió del cuarto y solo dijo me voy, me voy, y salió de la casa con la funda, desde ese día no lo ha vuelto a ver.

Con respecto a la vestimenta que llevaba Jhon ese día, recordó que desde la mañana tenía puesto una chompa ploma, pero en la noche cuando regresó a la casa, llegó sin chompa.

Con estos datos, se infiere que efectivamente el buzo color plomo que se encontró en la escena del hecho es de Jhon, por lo que ha petición de Fiscalía, se emite una boleta de detención en su contra por parte del Juez de Garantías Penales.

Continuando con las investigaciones, se recepta las versiones de los familiares de Nancy, de las que se destaca la de su nuera, Laura, quien indicó que la conoció hace cinco años, por la relación que entabló con su hijo Christin, en ese tiempo llegaron a generar un alto nivel de confianza, en el que le comentaba que Jhon, era muy celoso; su suegra anotaba números de teléfonos en papeles y este señor le rompía los papeles porque decía que eran los números de los mozos, le decía que era una pobre puta.

Recuerda que en una ocasión fue a visitar a Nancy la encontró llorando, decía que Jhon la había amenazado con matarla, le mostró huellas de cuchillo que él había hecho al colchón en el que dormían, que era muy agresivo.

Pero después de las peleas que tenían, él le pedía perdón y Nancy lo perdonaba, por lo que volvían a estar juntos.

Paso el tiempo y su suegra ya no soportó los maltratos, por lo que se fue a vivir a su casa junto con su hijo y el resto de la familia.

Con los datos proporcionados, se empieza a configurar que la muerte de Nancy se da como resultado de la violencia recurrente de la que era víctima por parte de su ex conviviente, se denota que su vida se desarrollaba bajo un círculo de violencia, por lo que se torna imprescindible la práctica de las pericias de contexto de género y de entorno social, para poder establecer si se trataba efectivamente de un femicidio.

Al respecto, la pericia de contexto de género realizada por Noemí S., evidenció que Nancy inicio su relación con Jhon, en el año 2009, la cual efectivamente estuvo plagada de eventos de violencia desde el inicio.

Cuando inicia la relación con Jhon, venía de dos relaciones anteriores, con la primera tuvo dos hijos, y cuatro con la segunda, ella es originaria de Manabí, se traslada a la ciudad de Quito para encontrar mejores oportunidades de trabajo, ella siempre trabajó, siempre mantuvo económicamente a su familia.

Al poco tiempo, comienza a manifestarse una relación violenta, porque él quiere controlar su vida, la forma de ser, la forma de vestir, presenta un pensamiento machista; Nancy al ser una persona independiente, que maneja sus ingresos, su vida, no depende económicamente de él, lo que agudiza más la violencia.

Jhon por varias ocasiones quiere apartarle de sus hijos, ella tiene dos hijos grandes que se constituyen en otras familias, a quienes les apoya y es el sustento del resto de sus hijos menores que viven con ella.

Por el ambiente violento que vive la señora, lleno de agresiones verbales y físicas, el último año decide irse de la casa, se ve obligada a cambiarse de barrio y de trabajo; a pesar de ello, recibe constante acoso por parte de Jhon, quien la vigila.

Inclusive, a pesar de que él entabla una nueva relación con una ex pareja con la que tiene un hijo menor de edad, el acoso llega al punto de llevar a su actual pareja a comer en el restaurante donde Nancy trabajaba, como una forma de provocarle.

A lo largo de la relación se reproduce el círculo de la violencia, constantes agresiones verbales, psicológicas que culminan con actos de violencia física, Jhon en reiteradas ocasiones cuando convivía con ella sale de la casa, se va por unos días fuera, luego regresa, le pide perdón, la señora regresa, se mantuvo ese círculo de violencia en el que las mujeres son víctimas del proceso violento.

Por lo que concluye su informe estableciendo que Jhon tenía un comportamiento misógino, no le acepta a la señora por su forma de ser, por su forma de vestir, por las amistades que tenía, no acepta a la mujer tal como es, producto del pensamiento patriarcal y machista le da muerte a Nancy.

Esta experticia, sumados a los relatos presentados por la hija de Nancy, Tatiana, de su nuera Laura, la constancia de la boleta de auxilio que tenía Nancy, evidencian que llevaba una vida llena de violencia provocada por Jhon, quien ejercía una relación de poder sobre ella, en la que quería dominarla, escoger sus amistades, escoger como debía vestir, escoger como debía ser; al no ceder la víctima ante sus pretensiones le insultaba, le amenazaba, le agredía, llegando en última instancia a matarla.

A estos elementos, se suma la pericia de entorno social, en la que la perito Martha S. corroboró que el hogar de Nancy pertenece a un hogar ensamblado, esto significa que

la señora tuvo dos hijos de su primer compromiso y cuatro de su segundo compromiso, su último hijo padece una discapacidad intelectual del sesenta y cinco por ciento, quien como consecuencia del delito queda en la indefensión, ya que la madre cubría todos los gastos.

Además deduce que lo más vulnerable de la señora era su relación sentimental con Jhon, desde el inicio ella fue objeto de violencia física, verbal, conflictos familiares de manera recurrente, agudizándose cada vez más, y limitándose su libertad a partir de su separación.

Esto en razón de que posterior a su separación, Jhon de manera constante la perseguía, la intimidaba, inclusive en presencia de su propia familia y compañeros de trabajo.

Todo esto a pesar de que Nancy tenía una boleta de auxilio en su contra, la cual no fue un limitante, porque la persona procesada no cumplía con la disposición dada por la autoridad, tanto miedo llegó a tener la señora que no le gustaba caminar sola, trataba de caminar acompañada de algún hijo, o de un amigo.

Este elemento ratificó que la vida que llevaba Nancy no era una vida digna, sino una vida llena de violencia provocada por Jhon, quien la maltrataba por el hecho de ser mujer, sobre la que él consideraba que tenía poder por haber sido su conviviente.

Este caso inició en julio de 2017, ese mismo año se emitió la boleta de detención en contra de Jhon, pero será hasta 05 de marzo de 2018, en el que se logró su captura por el parte del agente de policía Jairo S., en el cantón Las Naves, ubicado en la provincia de Bolívar.

En la audiencia de Juicio, la única prueba de descargo que presentó Jhon, fue su testimonio, en el que refirió que el 20 de julio de 2017, llegó a su casa a las ocho de la noche, metió ropa en una funda y se trasladó hasta Santo Domingo por motivos de trabajo, llegó a la casa de su familiar, Durán N., con el que se iba a dedicar a trabajar en construcción. Luego de este corto relato, decidió acogerse a su derecho al silencio.

La resolución que emitieron los jueces en este caso fue declarar a Jhon, culpable en calidad de autor del delito de femicidio, con la configuración de la agravante específica establecida en el numeral 2 del artículo 142, porque existió entre el sujeto activo y la víctima una relación de convivencia, además por las heridas que presentaba el cadáver, que demostraban un ensañamiento en contra de la víctima, consideró también la agravante

genérica señalada en el numeral 7 del artículo 47, por lo que le impuso una pena privativa de libertad de treinta y cuatro años ocho meses ⁹⁴.

Con respecto a la reparación integral material, la establecieron en veinte mil dólares americanos como indemnización que deberá ser pagada a los herederos de la occisa, y como reparación inmaterial, considerar el texto de la sentencia con la que se establece el conocimiento a la verdad de los hechos.

Creando una sinergia entre el análisis dogmático jurídicopenal del tipo penal de femicidio y el estudio de caso en concreto, se demuestra que es necesario precautelar el bien jurídico, vida digna de la mujer.

Cuando una persona, para el caso en análisis: Jhon, como resultado de la relación de poder que ejercía en Nancy manifestada a través de violencia psicológica y física, inclusive después de que terminaron su relación sentimental, –quien como muestra de una vida desarrollada en ambiente de violencia, tenía una boleta de auxilio–, produce la muerte de la mujer por hecho de ser mujer, evidenciándose un sentimiento de poder sobre ella, deberá responder por el delito de femicidio.

Se reitera, el hecho de dar muerte a una mujer sin que esta sea el resultado de una relación de poder manifestada en cualquier tipo de violencia por el hecho de ser mujer o por su condición de género, se adecua a un homicidio, asesinato, o de ser el caso a otro tipo penal, pero no femicidio.

En conclusión, el tipo penal de femicidio, no responde a una legislación simbólica, creada por grupos políticos o ideológicos, sino al contrario es la respuesta del Estado a una realidad histórica, que por años se mantuvo invisibilidad, la violencia a la mujer que concluye con su muerte.

Además, el incluir el tipo penal de femicidio, es una exigencia de los tratados internacionales de los derechos humanos de protección a las mujeres, Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer –CEDAW–, y Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer –conocida como Convención de Belém do Pará–, de las cuales Ecuador es signatario, por ende está obligado a legislar en el plano interno sobre el tema.

⁹⁴ Ecuador Tribunal de Garantías Penales con sede en la parroquia Quitumbe del Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha, “Sentencia”, *en juicio* 17297- 2018-00206, 24 de octubre de 2018.

Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: [...]
c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso⁹⁵

Por tanto, el femicidio es la cumbre del ciclo de violencia, y se constituye en una violación a los derechos humanos de las mujeres. Ciertamente es que, este tipo penal ha generado tensión en cuanto a su aplicabilidad, pero conforme se demostró no responde a un enfoque de derecho penal simbólico, esta figura penal fue incluida en la ley ecuatoriana como resultado de una ardua lucha del movimiento feminista en reconocer el derecho a una vida libre de violencia para las mujeres.

A diferencia de lo que ocurre con los tipos penales de simulación de secuestro, aborto consentido –así como las secuelas en los casos de abortos no consentidos–, que como vimos en líneas anteriores son incluidos en el COIP como resultado de una respuesta de la simbología jurídicopenal.

⁹⁵ OEA, *Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, Convención de Belém do Pará*, 09 de junio de 1994, art.7, <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>

Conclusiones

De todo lo expuesto en esta tesis, podemos inferir las siguientes conclusiones:

1) La promulgación del Código Orgánico Integral Penal, suponía una concepción garantista del derecho penal, acorde al paradigma constitucional de un Estado de Derechos y Justicia, pero contrario a ello, existe una expansión del poder punitivo del Estado, porque dentro de la ley penal se han incluido figuras que responden a un derecho penal simbólico.

2) Para la dogmática jurídicopenal, es necesaria la prohibición de una conducta cuando lesione o ponga en peligro un bien jurídico. Si esta condición se cumple, corresponderá medir el grado de afectación al bien jurídico, para determinar si la punición es efectiva a través de la ley penal o puede ser solucionada por otra vía distinta.

3) La función primordial del bien jurídico es orientar el sistema penal, pues marca los límites de la potestad punitiva del Estado; en el sentido de que, la única restricción previamente dada para que el legislador tipifique una conducta, se encuentra en verificar si esta lesiona o pone en peligro a un bien jurídico, por tanto este concepto se vuelve vinculante en un Estado de Derecho basado en la libertad del individuo.

4) Los tipos penales que responden a un enfoque de derecho penal simbólico formalmente están estructurados como conductas típicas, antijurídicas, culpables y punibles, pero ya en el análisis material del tipo penal no se configuran como conductas penalmente relevantes porque no lesionan ni ponen en peligro ningún bien jurídico; al contrario, esta legislación simbólica es creada por los medios de comunicación o por grupos políticos, ideológicos, o religiosos que pretenden generar en la sociedad un falso sentimiento de seguridad.

5) Como respuesta al análisis realizado, se pudo constatar en esta investigación el enfoque de derecho penal simbólico utilizado en el COIP, en el artículo 163, en el que se incorpora el delito de simulación de secuestro, y en el artículo 149, respecto al tipo penal de aborto consentido, porque al realizar un análisis dogmático jurídicopenal, las conductas que prohíben estos tipos penales no lesionan ni ponen en peligro ningún bien

jurídico, sino que responden en el caso de la simulación de secuestro a los intereses de la Policía Nacional, y en el caso del delito de aborto a los intereses de grupos religiosos.

6) Por fin, el tipo penal de femicidio, no responde a un enfoque de derecho penal simbólico porque precautelar el bien jurídico, vida de la mujer –o de quien se autopercibe con identidad femenina-, pero este artículo debe ser observado en los casos concretos bajo un enfoque de vida digna, libre de violencia, como derecho humano de las mujeres.

Bibliografía

- Albrecht, Alexis. “El derecho penal en la intervención de la política populista”. En *La política criminal y la emergencia (Entre el simbolismo y el resurgimiento punitivo)*, José Daniel Cesano, Director. Córdoba: Editorial Mediterránea, serie azul, 2004.
- Baratta, Alesandro. “Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: una discusión en la perspectiva de la Criminología crítica”. En *Pena y Estado*, AA.VV. Santiago de Chile: Editorial ConoSur, 1995.
- Bustos Ramírez, Juan. “Necesidad de la pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente”. En *Pena y Estado*, AA.VV. Santiago de Chile: Editorial ConoSur, 1995.
- Cancio Meliá, Manuel. “De nuevo: ¿el derecho penal del enemigo? En *Derecho penal del enemigo: el penal de la exclusión*, Volumen 1, Cancio Meliá y Gómez Jara Díez, Coordinadores. Montevideo: B de F, 2006.
- Carcedo, Ana. *Femicidio en Ecuador*. Quito: Manthra, 2011.
- Carpizo McGregor, Jorge. “La interrupción del embarazo antes de las doce semanas”. *Biblioteca jurídica virtual de la UNAM*. Acceso: 22 de marzo de 2020. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2841/4.pdf>
- Cesano, José Daniel. *La política criminal y la emergencia, (Entre el simbolismo y el resurgimiento punitivo)*. Córdoba: Editorial Mediterránea, serie azul, 2004.
- Comparato, Carlos Fernando. “Género y derecho penal. Algunos apuntes sobre avenimiento y femicidio”. En *Revista de Derecho Penal, Culpabilidad: nuevas tendencias*, Tomo I, Edgardo Alberto Donna, Director. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2012.
- Encalada, Pablo. *Teoría Constitucional del Delito, análisis aplicado al Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2015.
- Facio, Alda y Fries, Lorena. *Feminismo Género y Patriarcado*. Buenos Aires: Academia, 2005.
<http://repositorio.ciem.ucr.ac.cr/bitstream/123456789/122/1/RCIEM105.pdf>.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*, 5.^a ed. Madrid: Trotta, 2001.

- Fiscalía General del Estado de Ecuador. *Femicidio, análisis penológico 2014-2015*. Quito: Dirección Nacional de Política Criminal FGE, 2016.
- Foucault, Michel. *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2002. http://latejapride.com/IMG/pdf/Foucault_Michel_-_Vigilar_y_castigar.pdf.
- Greco, Luis. “Acerca del llamado Derecho penal del Enemigo”. En *Derecho penal del enemigo: el penal de la exclusión*, Volumen 1, Cancio Meliá y Gómez Jara Díez, Coordinadores. Montevideo: B de F, 2006.
- Hassermer, Winfried. “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”. En *Pena y Estado*, AA.VV. Santiago de Chile: Editorial ConoSur, 1995.
- Haydée, Birgin. *Las trampas del poder punitivo, el género en el derecho penal*. Buenos Aires: Biblios, 2000.
- Muñoz Conde, Francisco. *Teoría General del Delito*. Lima: Editorial jurídica del Pacífico, 2015.
- Nino, Carlos. *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2000.
- Paladines, Jorge. “Periodismo sin garantismo: ¿la reaparición de la picota pública? En revista *Ciencias Penales del Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional*. Toledo: Universidad de Castilla La Mancha, 2008.
- . “La mano dura de la Revolución Ciudadana: el giro punitivo de la izquierda ecuatoriana”. En *Giro punitivo y gobiernos de izquierda en América Latina*, editado por Máximo Sozzo. Buenos Aires: CLACSO, 2015. –pero
- Peñaranda, Enrique. “Sobre la influencia del funcionalismo y las teorías de sistemas en las actuales concepciones de la pena y el delito”. En *Teoría de Sistemas y Derecho Penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*, Carlos Gómez y Jara Díez, Coordinadores. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- Reyes, Alonso. “*Derecho penal, parte general*”, 6.^a ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Rodríguez, Felipe. *La expansión del Derecho Penal Simbólico*. Quito: Editorial Cevallos, 2013.
- Roxin, Claus. *Derecho Penal Parte General*, Tomo I. Traducido por Diego Manuel Luzón Peña. Madrid: Civitas Ediciones, 2006.
- . “¿Qué puede reprimir penalmente el Estado? Acerca de la Legitimación de las conminaciones penales”. En AA.VV., *Problemas actuales de la dogmática penal*. Lima: Ara, 2004. Citado en Germán Aller, “El Derecho Penal del Enemigo y la

Sociedad del Conflicto”, en *Derecho penal del enemigo: el penal de la exclusión*, Volumen 1. Montevideo: B de F, 2006.

Ruiz, Carmen. “Teoría de los fines de la pena”. En *Lecciones de Derecho Penal parte general*, 2.^a ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.

Zaffaroni, Eugenio. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Tomo III. Buenos Aires: EDIAR, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 2004.

———. “La criminología mediática I”. En *La Palabra de los Muertos: Conferencia de criminología cautelar*. Buenos Aires: EDIAR, 2011.

———. *La cuestión criminal*. Segunda edición. Buenos Aires: Planeta, 2012.

Normativa

Ecuador. *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014.

———. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 420, 20 de octubre de 2008.

———. *Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 107, Suplemento, 24 de diciembre de 2019.

Chile. *Ley que Regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales*. Ley Número 21.030, 23 de septiembre de 2017.

Sentencias nacionales

Ecuador. Unidad Judicial Penal con sede en la Parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha. “Sentencia”. En *Juicio n°. 17282-2016-00472*. 02 de mayo de 2016.

———. Unidad Judicial Penal con sede en la parroquia Carcelén del Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha. “Sentencia”. En *Juicio n°. 17294-2018-00270*. 07 de agosto de 2018.

———. Tribunal de Garantías Penales con sede en la parroquia Quitumbe del Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha. “Sentencia”. En *Juicio n° 17297-2018-00206*. 24 de octubre de 2018.

———. Tribunal de Garantías Penales con sede en la parroquia Quitumbe del Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha. “Sentencia”. En *Juicio n° 17297-2018-00175*. 03 de abril de 2019.

Sentencias internacionales

Colombia. Corte Constitucional. “Sentencia No. C-355-06”. En *Expediente D-6122*. Bogotá. En 14 de marzo de 2006.

———. Corte Constitucional. “Sentencia No. C-539-16”. En *Expediente D-11293*. Bogotá. 05 de octubre de 2016.

———. Corte Constitucional. “Sentencia No. T-301-16”. En *Expediente T-5.331.547*. Bogotá. 09 de junio de 2016.

Instrumentos de organismos internacionales

OEA Convención de Belém do Pará. *Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer*. 09 de junio de 1994. <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>.

Oficina Regional para América Central del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) y ONU Mujeres. *Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio)*. 2014. <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WRGS/ProtocoloLatinoamericanoDeInvestigacion.pdf>.