

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho Penal

El femicidio

Dogmática y aplicación judicial

María Belén Luna Robalino

Tutor: Richard Italo Villagómez Cabezas

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	 creative commons
---	---	---

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

Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, María Belén Luna Robalino, autora de la tesis intitulada “El femicidio: dogmática y aplicación judicial”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir como uno de los requisitos previos para la obtención del título de magíster 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 autora 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.

Fecha:

Firma:

Resumen

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

La construcción del femicidio en el contexto social obedece a la lucha de las mujeres por sus derechos; y, ha sido reconocida en el ámbito normativo, plano vinculado con la dogmática, que incorpora el análisis de las categorías del delito: 1) tipicidad, 2) antijuridicidad; y, 3) culpabilidad. Elementos materia de discusión en los procesos penales.

El objetivo de la presente investigación, es analizar dogmáticamente con perspectiva de género la aplicación del tipo penal femicidio en un contexto íntimo, de tal manera que permita al lector entender este fenómeno desde su naturaleza más compleja, partiendo por un recorrido de su construcción social, la necesidad de su inclusión en el Ecuador, las discusiones relevantes vinculadas con el tipo penal, el análisis de las categorías dogmáticas del delito, los problemas que se pueden generar en cada elemento del delito; todo con la finalidad de responder a la interrogante ¿Cómo realizar un análisis dogmático con enfoque de género del tipo penal de femicidio?

Palabras clave: femicidio, feminicidio, relación de poder, género, mujer, discriminación, violencia, misoginia.

A Dios por su amor infinito por haberme dado la oportunidad de conocer su creación, a mi esposo por su apoyo incondicional a lo largo de estos años, pero por sobre todo a mis dos amados hijos fuente de inspiración eterna, quienes me llenan de metas e ilusiones, a ellos mi vida entera.

Tabla de contenido

Listado de ilustraciones	11
Introducción	13
Capítulo primero	15
El femicidio en el Ecuador	15
1. Femicidio	15
2. Femicidio y feminicidio	18
3. Femicidio, contexto de género, y violencia	19
4. Femicidio el resultado del ciclo de violencia	25
5. El contexto normativo ecuatoriano	26
Capítulo segundo	33
Análisis dogmático del tipo penal de femicidio	33
1. Elementos del tipo objetivo de femicidio	35
2. Sujeto activo	35
3. Sujeto pasivo	36
4. Verbo rector	36
5. Objeto jurídico	36
6. Objeto material	37
7. Elemento normativo	37
8. Relaciones de poder	37
9. Violencia	38
10. Mujer	38
11. Elementos valorativos o subjetivos	39
12. Elementos del tipo subjetivo de femicidio	40
13. Análisis del dolo en el femicidio	40
14. Observaciones en relación al dolo en el tipo penal de femicidio en el ámbito doctrinario	42
15. Análisis de la culpa en el femicidio	44
16. Análisis de los agravantes del tipo penal de femicidio	44
17. Tentativa y el tipo penal de femicidio	49
18. Propósito de cometer el delito	51
19. Principio de ejecución	52
20. La idoneidad y univocidad de la conducta	53
21. No consumación del femicidio por circunstancias ajenas a la voluntad del agente	53
22. Antijuridicidad en el delito de femicidio	54
23. Culpabilidad en el tipo penal de femicidio	56
24. Imputabilidad	57
25. Conocimiento de la antijuridicidad del actuar	58
26. La exigibilidad	58
27. Análisis de participación en el delito de femicidio	59
28. La autoría	59

29. La coautoría	60
30. Complicidad	60
Capítulo tercero	61
La interpretación jurisdiccional del femicidio	61
1. Dimensiones analíticas de la teoría del caso	62
2. Identificación del caso objeto de estudio.....	64
3. Hechos	64
4. Tipo penal	65
5. Prueba	65
6. Resultado procesal	70
7. Análisis del caso concreto.	71
8. Comentarios en torno a la práctica judicial	76
9. Las relaciones de poder	80
Conclusiones	81
Recomendaciones	83
Bibliografía	85

Tabla de ilustraciones

Gráfico 1	44
Gráfico 2	48
Gráfico 3	49
Gráfico 4	62
Gráfico 5	64
Gráfico 6	65
Gráfico 7	66
Gráfico 8	75

Introducción

El femicidio, fue incluido en el catálogo de infracciones, con la aprobación del Código Orgánico Integral Penal; el análisis del delito implica un ejercicio de raciocinio, vinculado con la dogmática y con el género. El tipo penal es producto de compromisos nacionales e internacionales, que promueven con mayor sensibilidad la erradicación de la violencia contra la mujer, fruto de la lucha constante por el reconocimiento de una infracción que abarque una sanción especial para casos de muertes de mujeres, producto del imperio hegemónico de una sociedad patriarcal en la cual prevalecen relaciones asimétricas de poder.

En los últimos años, hacer públicamente visibles los homicidios de mujeres, por el hecho de serlo o por su condición de género, especialmente aquellos que se cometen bajo la modalidad del femicidio íntimo, ha provocado un debate sobre la justificación de la tipificación del femicidio, y la reacción del sistema judicial frente a este fenómeno, debatiéndose con mayor intensidad en el análisis dogmático con enfoque de género para la imposición de una sanción como mecanismo de protección para la erradicación de la violencia en contra de la mujer.

La discusión ha tomado trascendencia en los procesos penales, específicamente en el análisis dogmático, donde ahora se exige un enfoque de género que contribuye a valorar la estructura del delito, en especial los elementos normativos que forman parte integral del tipo penal, que solo puede ser valorada en conjunto con una perspectiva de género.

La investigación tiene como objetivo responder la interrogante ¿Cómo realizar un análisis dogmático con enfoque de género del tipo penal de femicidio? Para el efecto se analiza: 1) El contexto social y normativo que originan su creación; valorando la necesidad de su tipificación en el Ecuador; y, 2) La estructura del tipo penal a partir del dogma de la ley y su aplicación en un caso concreto. Se realiza una aproximación al problema por medio de la aplicación de la metodología cualitativa, a través de tres capítulos en los que se abordan los ejes temáticos.

El capítulo 1, aborda el femicidio, su contexto y desarrollo social – normativo, concepción terminológica: femicidio y feminicidio, diferencias, determinación de elementos constitutivos que son el resultado de la lucha de las mujeres para el reconocimiento de sus derechos y su disfrute pleno en condiciones de igualdad. Se

aportando datos relevantes del contexto evolutivo ecuatoriano, donde este fenómeno ha adquirido niveles alarmantes, yes el fundamento de la ampliación del derecho penal mediante la creación de un tipo penal autónomo.

El capítulo 2, se enfoca en el femicidio, su contexto dogmático, se establece desde la perspectiva de varios autores, una definición y la descripción de su naturaleza jurídica intrínseca con determinación del bien jurídico protegido, su estructura típica con señalamiento de: sujeto activo, sujeto pasivo, verbo rector, elementos normativos, elementos descriptivos, con particular énfasis en la definición de los términos: violencia y relaciones de poder entre víctima y victimario.

En el ámbito subjetivo del tipo penal, se aborda el dolo, y, latente como elemento amplificador del tipo. Dentro de este eje, se analizan también las circunstancias agravantes (genéricas y específicas) que incrementan el espectro de la medida de la sanción por parte del sistema de justicia ecuatoriana, y el ejercicio de raciocinio para la aplicación de los agravantes en casos concretos, por parte de los juzgadores.

En el elemento del delito antijuridicidad, se destacará el injusto de doble desvalor, desvalor de acción y resultado, necesarios en la comisión de una infracción. En el ámbito de la culpabilidad, se recorrerá el panorama de los elementos de la imputabilidad, conocimiento de la antijuridicidad del actuar, exigibilidad.

En el capítulo 3, a partir de un estudio de caso se ejemplificará bajo una perspectiva de género como se aplica la teoría en la praxis judicial en relación con la calificación jurídica de los hechos acusados por la Fiscalía y debatidos por el procesado para su posterior encuadre (mediante subsunción) en el tipo penal de femicidio con determinación de sus elementos constitutivos: sujeto activo, sujeto pasivo, verbo rector, elementos normativos, elementos descriptivos, para la atribución de culpa y la dosificación de la medida de la pena con la verificación de circunstancias agravantes (genéricas-específicas) y/o circunstancias atenuantes.

Capítulo primero

El femicidio en el Ecuador

1. Femicidio

En el primer capítulo se aborda el femicidio (íntimo), su contexto y desarrollo social – normativo, concepción terminológica, determinación de elementos constitutivos, las diferencias que existen en cuanto a la terminología femicidio y feminicidio. También se aportan datos relevantes del contexto evolutivo ecuatoriano donde este fenómeno ha adquirido niveles alarmantes que ha constituido el fundamento de la ampliación del derecho penal mediante la creación de un tipo penal autónomo, que sancione esta conducta.

La muerte violenta de mujeres, a través del tiempo ha sido el resultado de la creencia socio-cultural de la condición de inferioridad atribuida a la mujer quien inicialmente era carente de derechos. Esta categoría otorgada a la mujer inclusive puede verse impregnada en segmentos de la sociedad actual; en varios países con tendencias contrarias al reconocimiento de derechos de las mujeres. A diario aún se encuentra en los obituarios de los periódicos mujeres que han sido sujetas a diferentes tipos de maltratos físicos, verbales, psicológicos, sexuales, que terminan en su muerte. Estudios elaborados “(...) alrededor del mundo permiten sostener que prácticamente la mitad de las mujeres que mueren a causa de un homicidio ha muerto a manos de su actual o ex cónyuge o pareja”.¹

Estas situaciones de inequidad son las que han dado origen a una constante lucha de mujeres, activistas y diversos grupos feministas por la identificación y reconocimiento de la violencia como un grave problema social y público, asociado a las relaciones asimétricas de poder entre hombres y mujeres, inicialmente por parte de los Organismos Internacionales y posteriormente por los Estados, para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres.

En este ejercicio constante y para expresar “no más muertes de mujeres”, aparece la figura del femicidio, que fue utilizada por primera vez en el idioma inglés como “femicide”, por la activista sudafricana radicada en Estados Unidos, Diana Russell, en el año 1976, en una intervención como testigo ante el Primer Tribunal

¹ Fondo de Desarrollo de Naciones Unidas para las Mujeres, *Violence against Women – Facts and Figures*, (Unifem), 2007, 2. Accedido 15 de enero de 2019. http://www.enditnow.org/uploaded_assets/2563.

Internacional de Crímenes contra las Mujeres; el término fue empleado para referirse al “asesinato misógino de mujeres cometido por hombres”,² posteriormente modificado para describir el “asesinato de mujeres realizado por hombres, motivado por odio, desprecio, placer o un sentido de apropiación de las mujeres”³, y clasificarlo doctrinariamente en tres categorías o modalidades: íntimo, no íntimo y por conexión.

Esa motivación para la mortandad de mujeres se habría anidado en un escenario común para el desarrollo de la violencia contra la mujer en sociedades machistas, que inicialmente inadvertieron estos comportamientos para posteriormente tolerarlos, tanto en el ámbito de lo público como en lo privado. Como lo menciona el profesor Richard Villagómez, “la violencia en contra de la mujer ha sido un fenómeno ciertamente invisible (natural), socialmente tolerado, perennizado en las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres”.⁴

El constante esfuerzo de Diana Russell, organizaciones feministas, y otras importantes mujeres activistas de derechos humanos, permitió la visibilización de este fenómeno propio de la misoginia por el que se provocó la muerte de mujeres, que exigió una descripción bajo el término: femicidio/femicidio, en países especialmente latinoamericanos, donde se ha incluido en su legislación como un tipo penal autónomo.

En América Latina, fue la antropóloga e investigadora feminista Marcela Lagarde y de los Ríos, quien introdujo el término “feminicidio”, gracias a sus constantes estudios e investigaciones. Desde su legislatura logró promover las primeras voces para la tipificación del delito de “feminicidio” en el Código Penal Federal de México en el año 2007, siendo México el primer país en incorporar el feminicidio en su Código Penal, para posteriormente sumarse en la última década El Salvador, Costa Rica, Chile, Perú, Guatemala, Nicaragua, Argentina, Ecuador y Uruguay.

En términos generales el femicidio es utilizado para visibilizar la diferencia existente entre mujer y hombre, desarrollada inequitativamente en los planos: social, cultural, familiar, sexual, económico, político entre otros. Desigualdad que, como lo menciona Alda Facio, se cimentó a partir de la construcción social por la que lo

² Diana Russell y Nicole Van de Ven, *Crimes Against Women: Proceedings of the International Tribunal* (Berkeley: Russell Publications, 1990), 67.

³ Diana Russell y Jill Radford, *Femicide: The Politics of Woman Killing* (New York: Twayne Publishers, 1992) 236.

⁴ Richard Villagómez, *Femicidio entre la ampliación y la legitimación del derecho penal* (Quito: Zona G, 2016), 5.

masculino es el modelo de lo humano,⁵ lo que dio lugar a que éste tome el poder y se posicione frente a la mujer en algún grado superior ya sea en el ámbito social, laboral, económico, político, académico, sexual, etc.

Una muestra de esta desigualdad en el ámbito académico se observa en los grupos elitistas de “hombres sabios”, quienes no permitían que la mujer sea parte activa de la ciencia, replegándola a un rol determinado en la sociedad patriarcal centrado principalmente en las tareas domésticas. Este paradigma cultural, social y económicamente arraigado ha evolucionado, en la medida en que los derechos de las mujeres empezaron a reconocerse en el ordenamiento jurídico interno.

En el ámbito económico, el rol de la mujer no se podía concebir como la fuente generadora de ingresos en una familia, porque en el imaginario social patriarcal, en la atribución de roles, el hombre es el proveedor del grupo familiar, “cabeza de hogar”⁶, quien ejerce a través de este medio el control sobre los “subordinados” entre quienes se incluye la mujer y la prole. Concepción que en ciertos estratos de la sociedad aún sigue siendo considerada válida.

En el espacio laboral, sobre la base de pensamientos clasistas arraigados derivados de sociedades netamente machistas, se estableció que los puestos de dignidades políticas, cargos gerenciales, direcciones, y aquellos que representan algún tipo de jerarquía u autoridad en el ámbito público o privado, están totalmente destinados a los hombres, minimizándose así las capacidades intelectuales y de liderazgo que pudiera ejercer una mujer, es por estos motivos que a través de políticas estatales, se han generado un sinnúmero de estrategias para combatir la desigualdad en los espacios laborales.

Parte de estas políticas han sido las acciones afirmativas generadas a favor de las mujeres quienes no han gozado de los mismos derechos durante el desarrollo de las sociedades misóginas que asignaron a la mujer a un plano de inferioridad que vulnera por completo el ejercicio y goce de sus derechos humanos, lo que ha originado una lucha constante para alcanzar la igualdad social, siendo el resultado entre muchos la

⁵ Alda Facio Montejó, *Cuando el género suena cambios trae* (San José de Costa Rica: Ilanud, 1992), 21-25.

⁶El hombre desde la antigüedad en muchas sociedades es considerado el proveedor, a quien corresponde asumir las obligaciones asociadas a la satisfacción y cuidado del hogar, vivienda, alimentación, vestido, etc., por lo que incluso bíblicamente se le otorga la calidad de “cabeza de hogar” o “cabeza de familia”.

aparición del concepto del femicidio para describir y punir el último escalón de violencia, que se materializa en la muerte violenta de una mujer.

2. Femicidio y feminicidio

Desde el ámbito de la antropología feminista se acuñan dos voces, estas son el femicidio y el feminicidio que no pueden ni deben ser confundidos, pues cada uno de ellos tiene notas características propias e individualizantes, y aunque ambos términos nacen como producto de la lucha contra la violencia a las mujeres y tienden a describir el marco de una relación asimétrica en la que está inmersa la muerte de una mujer, tienen un diferente significado, aunque para algunos doctrinarios son considerados erróneamente equivalentes.

Por un lado, el femicidio como define Diana Russell constituye el asesinato de una mujer por razones de género⁷, es decir aquella muerte que, violenta, provocada, que trae consigo motivaciones que radican en el control, odio, desprecio o el simple placer de cosificar a la mujer como propiedad de otro⁸; en tanto que, para Marcela Lagarde el feminicidio se utiliza para describir las violaciones de los derechos humanos de las mujeres consistentes en la muerte violenta provocada por parte del Estado, que genera impunidad debido a la ausencia de políticas públicas y legislación.⁹

A partir de esta diferencia se establece que en el femicidio el responsable es una persona natural, mientras que en el feminicidio según la tesis propuesta por Lagarde el responsable es un Estado, generalmente por omisión.

Así, el primertérmino describe la muerte de una mujer por parte de una persona (natural), mientras que el segundo describe el desinterés y la falta de acuciosidad del Estado no solo en la investigación criminal, sino en la represión penal de este fenómeno, que persiste en Latinoamérica y que siendo trascendente no cuenta con un sistema de registros de datos institucionales fiable que constituyen instrumentos necesarios para desentrañar la causalidad y los efectos de las muertes de mujeres por razones de género, lo que provoca una política de impunidad.

El tratamiento de este fenómeno llamado femicidio/feminicidio a nivel social evidencia desconocimiento por parte de las instituciones llamadas a dar tratamiento

⁷La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Sentencia *Algodonero Vs México*, párrafo 143, señala que utilizará la expresión “homicidio por razones de género” como término equivalente en su significado al feminicidio.

⁸Diana Russell y Jill Radford, *Femicide...*, 236.

⁹ Marcela Lagarde, “Claves feministas en torno al feminicidio”, en *Nuevas líneas de investigación en género y desarrollo* (Madrid: UAM Ediciones, 2009), 215-216.

especializado. Por ello, esta falta de precisión en el manejo de conceptos es notoria en los medios de comunicación, cuando se hace uso indistinto, equivalente y hasta sinonímico entre femicidio y feminicidio, al momento de relatar y tratar la muerte violenta de una mujer sin precisarse las circunstancias constitutivas distintivas de tal hecho.

Esta complicación en el uso de la terminología denota la novedad, por lo que incluso la incorporación de este fenómeno en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, mantiene su aparente sinonimia bajo la descripción de ser el “asesinato de una mujer a manos de un hombre por machismo o misoginia”¹⁰, lo que excluye la posibilidad de causalidad originada por inacción del Estado.

Esta distinción semántica al momento de tratar el tema, ha trascendido a nivel normativo en diversas legislaciones que le brindan una equivalencia a su significado, tales son los casos de los ordenamientos jurídicos nacionales de: a) México en cuyo Código Penal Federal existe un reconocimiento en cuanto a la descripción del asesinato de una mujer por el hecho de ser mujer, como delito de feminicidio,¹¹ b) Colombia, que en su normativa penal también establece el término feminicidio,¹² c) Honduras, Bolivia, Perú, que en el año 2013 acogieron el término feminicidio, d) en tanto que, Ecuador, al igual que otros países de la región como Panamá, Honduras, Chile, Guatemala, entre otros tantos se decantó por la expresión femicidio.

Frente a los avances académicos y legislativos que incorporan el femicidio y el feminicidio en la región, la responsabilidad estatal en ambas figuras penales debe ser entendida a la luz de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos en que se incluyen el respeto y garantía de derechos, que se traduce finalmente en la búsqueda de un verdadero acceso a la justicia para las mujeres.

3. Femicidio, contexto de género, y violencia

El femicidio es una construcción social y penal producto de la lucha por el reconocimiento de los derechos de las mujeres, en todos los ámbitos, que se construye a partir del resultado lesivo consistente en la producción de muertes de mujeres por circunstancias o motivaciones de género. Por tanto, este constructo, constituye un

¹⁰ <https://dle.rae.es/feminicidio>

¹¹ México, *Código Penal Federal*, Diario Oficial de la Federación, 14 de agosto de 1931, última reforma 12 de abril de 2019, art. 325.

¹² Colombia, *Código Penal*, Ley 599 de 2000, Diario Oficial 44.097, 24 de julio de 2000, art. 104A.

replanteamiento a la edificación del derecho a partir de nuevos conceptos, que buscan equidad en las relaciones hombre-mujer.

La clasificación que hacen algunos autores, incluido la ONU; se refieren a femicidio/feminicidio íntimo, no íntimo, por conexión, familiar, sexual, sexual sistémico, por ocupaciones estigmatizadas, racista, por trata, entre otros, sin embargo, en el presente trabajo de investigación nos centraremos en el análisis de la modalidad del femicidio íntimo.

Continuando con el objeto de estudio, para el cabal entendimiento del femicidio de manera general es preciso establecer la terminología específica que oscila principalmente entre género y violencia.

Cuando se trata de género, nos ha mencionado la feminista Alda Facio que, el uso del lenguaje y las precisiones conceptuales son imprescindibles para abordar y entender el femicidio. Por ello, es necesario deslindar que género no es sinónimo de hombre, mujer ni de sexo.¹³ El género es una categoría social que constituye el conjunto de características asignadas a las mujeres y a los hombres,¹⁴ que han evolucionado conforme el desarrollo de las sociedades, considerándose que en el transcurso del tiempo a las mujeres la sociedad machista le ha asignado un conjunto de roles específicos, encaminados al trabajo doméstico, cuidado del hogar, elaboración de alimentos, crianza de los niños, atención al marido y adultos mayores. En tanto que a los hombres se les asignó tareas de proveedor, de representación en el ámbito público, relacionadas con el trabajo remunerado y con un reconocimiento social.

La desigualdad creada por la designación social de roles entre hombres y mujeres, producto de la cultura, trajo como consecuencia el establecimiento de estereotipos según los cuales los hombres deben ser: “fuertes, protectores, responsables de la toma de decisiones importantes y propietarios, y las mujeres, sin embargo, deben ser débiles, frágiles, responsables del ámbito doméstico, dependientes y vulnerables”.¹⁵

Esta diferencia en la designación de roles, constituye uno de los fenómenos visibilizados por las innumerables luchas desde el movimiento feminista, así como también por aquellas mujeres que en carne propia han sido víctimas de la violencia. En

¹³ Alda Facio Montejó, *Cuando el género suena cambios trae*, 31.

¹⁴ Pilar Blanco Prieto y Consue Jarabo Quemada, *La violencia contra las mujeres: prevención y detección: cómo promover desde los servicios sanitarios relaciones autónomas, solidarias y gozosas* (Madrid: Díaz de Santos, 2004), 269.

¹⁵ Marta Perela Larrosa, “Violencia de Género: Violencia Psicológica”, en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales Nueva Época*, no. 11-12/2010 (Madrid: Nueva época 2010), 356.

el evento social se ha generado desigualdad sobre la base de una concepción y construcción inadecuada de poder, contrarrestada por los reclamos que exigen se recobre conciencia social y estatal sobre las consecuencias que ésta produce, especialmente en cuanto a la violencia sistemática ejercida sobre gran cantidad de la población femenina que, en su forma más extrema, culmina fatalmente en la muerte, con lo que se cierra el continuum de violencia como muestra del contexto misógino de relaciones.

Por otro lado, como se había expresado, es necesario considerar lo manifestado por la feminista colombiana Jhoanna Prieto Moreno, la violencia está dada por el uso de la fuerza que apareja consigo una consecuencia física, psíquica o moral.¹⁶ Término que convencionalmente se define como “cualquier acto basado en la pertenencia al sexo femenino que causa o es susceptible de causar a las mujeres daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico, e incluye amenazas de tales actos y la restricción o privación arbitraria de la libertad, tanto en la vida pública como en la privada”.¹⁷

En palabras de Ana Carcedo, la violencia es una realidad latente que implica el “riesgo mortal que las mujeres viven por el hecho de ser mujeres”,¹⁸ riesgo que se evidencia en el ámbito de las relaciones de pareja (femicidio íntimo), en el que las mujeres están perdiendo la vida, producto de la desigualdad de relaciones dentro de un constructo social machista y patriarcal impuesto por la cultura.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) en 2008, destacó en su estadística que describe la violencia en la pareja en: a) Europa Occidental de 19,3%, b) América Latina de 40,63%, c) América Central 29,51%, d) América del Sur 23,68%.¹⁹ De esta estadística, el contexto sociocultural latinoamericano es el más proclive para la violencia de género y por tanto para su fatal resultado que desemboca en el femicidio.

En América Latina los hechos relativos a la violencia contra las mujeres, comienzan a ser perceptibles en la década de los 90 del siglo anterior, esto debido a las trágicas muertes de miles de mujeres y niñas en Ciudad Juárez (México), denunciadas a través de diversas Organizaciones de la Sociedad Civil protectoras de los derechos humanos, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que realizó un

¹⁶ Jhoanna Caterine Prieto Moreno, *El femicidio en el Derecho Penal Colombiano* (Bogotá: Universidad Santo Thomas de Aquino, 2016), 20.

¹⁷ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Resolución no. 48/104*, 20 de diciembre de 1993.

¹⁸ Ana Carcedo y Camila Ordóñez Laclé, *Femicidio en el Ecuador*, (Quito: Manthra Editores, 2010), 8.

¹⁹ Organización Mundial de la Salud, *Informe mundial sobre la violencia y la salud* (Washington: Organización Panamericana de la Salud para la Organización Mundial de la Salud, 2002).

informe en el que emitió una serie de recomendaciones al Estado mexicano, que a consecuencia de ellas empezó a tomar medidas contra la violencia y la discriminación contra la mujer.

Desde una perspectiva doctrinaria, Ana Carcedo y Monserrat Sagot en el año 2000, concluyen que la causa de mortalidad femenina (femicidio) responde al continuum de violencia que sufren las mujeres a lo largo de sus vidas, cuyos principales responsables son hombres generalmente conocidos por sus víctimas, de donde el contexto de violencia se sitúa principalmente en las relaciones de pareja y la familia²⁰, haciendo alusión a una de las modalidades del femicidio, el íntimo.

El tratamiento normativo de la violencia en América Latina, ha dado lugar a la suscripción de varios instrumentos internacionales que reconocen derechos a las mujeres entre los que se tienen: a) II Conferencia mundial de la década de las Naciones Unidas para las Mujeres: Igualdad, Desarrollo y Paz, Copenhague, Dinamarca, 1980, b) Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) 1979, c) Protocolo facultativo de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (1999), d) Declaración y el Programa de Acción de Viena (1993), e) Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belém do Pará) 1994, f) Declaración y Plataforma de Acción de Beijing de la cuarta conferencia mundial sobre la mujer (1995).

Si bien estos instrumentos internacionales reconocen los derechos de las mujeres, es específicamente la Convención Belém do Pará, en su artículo 7 literal c, que establece:

Art. 7.- Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y 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 caso(...).²¹

A partir de esta cita se establece una obligación estatal de adoptar un marco normativo que asegure derechos a las mujeres, esto, aunque no consta como obligación

²⁰ Ana Carcedo, "Femicidio en el Ecuador", 21.

²¹ Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belém do Pará, 1994).

específica la creación del tipo penal de femicidio, el Ecuador incluyó en su catálogo el femicidio como un delito autónomo en el 2014, aproximadamente diez años más tarde de la suscripción y ratificación de dicho convenio.

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), y la Convención de Belém do Pará, recomiendan de manera formal a los países latinoamericanos el iniciode un proceso de cambio de su legislación adaptada a su realidad, para la sensibilización y regulación de la problemática en torno a los delitos contra la mujer. Desde esta perspectiva, se honran compromisos internacionales²² y nacionales para prevenir, proteger, sancionar, reparar y erradicar los actos de violencia ejercidos en contra de las mujeres, niñas y adolescentes.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Corte IDH, ha tratado casos relevantes de violencia de género de donde emana jurisprudencia que constituye el fundamento del feminicidio, de entre los más destacados se encuentran: a) Caso González y otras Vs. México, en el que se determinó responsabilidad del Estado por actos de terceros, por violación a los derechos a la vida, integridad personal, libertad personal, violación a los derechos de acceso a la justicia y protección judicial,²³ y, b) Caso Véliz Franco Vs. Guatemala en el que se determinó responsabilidad del Estado, por violación de los derechos a la vida, integridad personal, a las garantías judiciales, protección judicial, igualdad ante la ley.²⁴

Los dos fallos declaran la falta de cumplimiento de obligación estatal de prevenir la violencia contra la mujer, que establece el artículo 7, b) de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar, y Erradicar la Violencia Contra la Mujer.

Al analizar de forma sucinta las particularidades del caso González y otras Vs. México, más conocido como caso “Campo Algodonero”, que se desarrolló en la ciudad Juárez (México) limítrofe con Estados Unidos de Norteamérica, lugar donde militan diversas formas de delincuencia organizada, se tiene que: 1) El día 22 de septiembre de 2001, desapareció Laura Berenice Ramos (estudiante de 17 años); 2) El día 10 de octubre de 2001, desapareció Claudia Ivette Gonzáles (trabajadora de una empresa

²² En materia de violencia contra la mujer desde 1992, el Comité de la CEDAW, a través de la Recomendación No. 19, en relación al artículo 2 de la Convención, estableció que los estados podrían ser responsables por los actos privados de las personas “si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas”. Comité de la CEDAW, *InformeA/HCR/23/46*, 14 de mayo 2013, párr. 20.

²³ Corte Interamericana de los Derechos Humanos, Caso González y otras Vs. México, *Resolución*, 19 de enero de 2009.

²⁴ Corte Interamericana de los Derechos Humanos, Caso Véliz Franco Vs. Guatemala, *Resolución* de 19 de mayo de 2014.

maquilladora de 20 años de edad); 3) El día 29 de octubre de 2001, desapareció Esmeralda Herrera Monreal (empleada doméstica, de 15 años de edad); 4) Sus cadáveres fueron encontrados el día 6 de noviembre del 2001, con signos de violencia física (manos atadas, estrangulamiento) y sexual (pezones mutilados); 5) Estas desapariciones fueron registradas por las autoridades competentes sin que se les brinde importancia, persistió la falta de sensibilidad, incluso existió comentarios discriminatorios por parte de los funcionarios a cargo, en razón de su género y edad, por lo que no se investigó, ni sancionó a los responsables del delito.

De este fallo, se diferencia la responsabilidad del Estado (feminicidio), y la de los perpetradores del delito (femicidio). La responsabilidad estatal consistente en la obligación de investigar los delitos cometidos en contra de las mujeres. Por otro lado, la responsabilidad de los perpetradores, se materializa en la imposición de una sanción por parte del sistema de justicia del Estado.

Se sentaron las bases del deber de prevención por parte del Estado frente a casos de violencia contra las mujeres, destacándose la importancia de la detección del contexto en el que se suscitan los hechos para una rápida reacción desde las primeras horas del conocimiento del hecho. La Corte IDH incorporó lo que podría denominarse “teoría de dos momentos”, que luego sería reiterada en el caso Veliz Franco. Al respecto la Corte IDH, determinó: “existen dos momentos claves en los que el deber de prevención debe ser analizado. El primero es antes de la desaparición de las víctimas y el segundo antes de la localización de sus cuerpos sin vida”.²⁵

En relación con el caso Véliz Franco Vs. Guatemala, se advierte que: a) El día 17 de diciembre del 2001, se presentó una denuncia por la desaparición de María Isabel Véliz Franco, de 15 años de edad, estudiante, y empleada temporal de “Almacén Taxi”; b) El día 16 de diciembre de 2001, María Isabel habría informado a su madre que iba a salir con un amigo, pero nunca regresó; c) El día 18 de diciembre de 2001 se encontró un cadáver de una mujer, que posteriormente fue identificado como María Isabel Véliz Franco; d) No existió una investigación seria en torno al caso, por el contrario la madre de la víctima fue sujeta discriminación cuando se referían a su hija como “la loca”, y que en una ocasión cuando acudió a la Fiscalía le manifestaron que a su hija la habían asesinado por “prostituta”, evidenciándose la forma en que opera sistema misógino

²⁵Corte Interamericana de los Derechos Humanos, Caso González y otras Vs. México, párr. 281.

frente a la muerte violenta de mujeres, al crear juicios de valor, denigrándolas con términos peyorativos.

En relación a la célebre sentencia del caso González y otras Vs. México, en el presente caso se destaca la evolución de la Corte IDH en la construcción del estándar sobre el deber de prevención de la violencia contra la mujeres, la aplicación de buenas prácticas frente a situaciones de real e inmediato riesgo, entre los que se destacan los plazos de reacción frente a la desaparición, donde se consideró que el Estado era responsable por no prevenir el asesinato de María Isabel aun cuando habían transcurrido menos de 48 horas entre la desaparición y la aparición sin vida del cuerpo, y menos de 24 horas entre la denuncia de la desaparición y el descubrimiento del cadáver.

4. Femicidio el resultado del ciclo de violencia

El femicidio en un contexto íntimo constituye la máxima expresión del continuum de violencia ejercida contra la mujer, que se materializa luego de constantes abusos de poder, maltratos físicos y psicológicos, va *in crescendo* hasta la consumación de un resultado lesivo fatal consistente en la muerte de una mujer.

Lo expresado constituye un ciclo de violencia, término que fue acuñado por Leonor Walker, quien lo identificó en tres fases concretas: 1) la acumulación de tensiones; b) el estallido; y, c) la luna de miel.

De acuerdo a Walker, la primera fase, está compuesta por episodios de hostilidad, amenazas, rotura de objetos, burlas, prohibiciones, la imposición de jerarquías tendientes al control de la pareja²⁶, seguida de una fase denominada “estallido”, en donde se aumenta la intensidad, la situación se torna mucho más grave, se presentan malos tratos, se pierde el control por parte del agresor, quien consume sus amenazas a través de agresiones físicas, psicológicas o sexuales.

Finalmente, el agresor pide perdón, realiza promesas de cambio, desplaza la responsabilidad de sus actos hacia la víctima y entran en la fase de luna de miel. La mujer vuelve a creer que las circunstancias cambiarán, que fue su culpa, y que no volverán a ocurrir los maltratos²⁷, dando paso a un ciclo de violencia en el que se repiten de manera consuetudinaria actos de violencia. En ocasiones se verán reflejadas

²⁶ Fiscalía General del Estado, *Guía de procedimientos para la pericia psicológica en delitos de violencia psicológica contra la mujer o miembros del núcleo familiar*, (Quito: Fiscalía General del Estado, 2015), 22.

²⁷ *Ibíd.*

todas las fases de manera directa, pero en otras solo una de ellas, el estallido, que causa el deceso de la víctima.

Estas fases configuran un círculo de violencia, en el que las víctimas mayoritariamente son mujeres acompañadas de sus hijos menores, quienes han invalidado toda posibilidad de empoderamiento, han perdido su autoestima o ésta se ha deteriorado, pues no suelen sentirse como víctimas y cuando lo hacen sienten frustración²⁸, permitiendo que se conserven condiciones de discriminación social, cultural y económica de uno u otro agresor, debido a que el agresor (padre, novio, esposo, amigo o quien hiciera sus veces) ejerce poder, control, manipulación sobre la mujer o a través de las denominadas “víctimas secundarias”, los hijos.

Durante la investigación penal de estos hechos, el Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio), ratifica a los operadores de justicia que “los femicidios son la consecuencia definitiva de un ciclo de violencias, desigualdades y discriminaciones”²⁹ y se recomienda, al ente prosecutor de la investigación fiscal, recabar a través de las distintas instituciones, sean éstas: policía, centros de salud, hospitales, juzgados de violencia, comisarías, entre otras que mantengan registros, datos relacionados con atenciones médicas y/o denuncias previas presentadas por la víctima, a fin de corroborar la existencia del círculo de violencia.

5. El contexto normativo ecuatoriano

Durante gran parte de la historia, las diversas formas de violencia: verbal, psicológica, sexual, física, económica, etc., hoy calificados como atentatorios a los derechos humanos, no eran considerados como tales, tradicionalmente correspondían a la esfera privada de las personas en la que el Estado no estaba en obligación de intervenir pues eran temas destinados a solucionarse en el ámbito doméstico, en el que no existía injerencia ni intervención estatal. Así, ninguna mujer que sufría violencia por parte de su pareja contaba con la posibilidad de exteriorizar esta problemática a través de una denuncia mucho menos de exigir sanción para el agresor al tratarse de un asunto privado, en que la mujer era objeto más que sujeto de derechos.

²⁸ Fiscalía General del Estado, “Guía de procedimientos”, 22.

²⁹ ONU Mujeres, *Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio)*, 2014, <https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2014/modelo%20de%20protocolo.ashx?la=es>, 62.

La construcción normativa de la vieja y derogada legislación ecuatoriana establecía una prohibición de denunciar al cónyuge, ascendientes o descendientes, la misma que se encontraba consagrada en el Código de Procedimiento Penal de 1983,³⁰ limitándose de manera expresa el acceso a la justicia de las mujeres. Esta prohibición es fruto de un contexto social en el que los hombres legislaban para los hombres, haciendo de lado por completo los derechos de las mujeres frente a posibles atentados de violencia producidos por sus parejas, pero que para el momento no tenían ninguna relevancia jurídico penal.

La legislación derogada incorporaba la figura de la legítima defensa del honor conyugal, como una circunstancia eximente de la culpabilidad, cuando en el supuesto hipotético el hombre al sorprender a su cónyuge un acto de adulterio estaba autorizado (por la ley) a ocasionar su muerte³¹ para reparar su honra afectada por la infidelidad.

Los delitos pasionales, como popularmente eran conocidos este tipo de injustos, no se encontraban tipificados en las leyes del país, sino hasta finales de los 80 cuando se empieza a hablar de la violencia contra las mujeres en el escenario público, como resultado de las acciones del movimiento de mujeres para llamar la atención sobre estos hechos, y de la divulgación de los resultados de las primeras investigaciones y estudios realizados por organizaciones de la sociedad civil.

En las últimas tres décadas, el Ecuador ha registrado cambios importantes en materia de protección de los derechos humanos de las mujeres, que están acordes con los principios garantistas de la Constitución de la República; además se empiezan a suscribir tratados y convenciones desde el año 1981, como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres, la Convención Interamericana para Prevenir, sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer de Belém do Pará (1995), la Plataforma de Acción de Beijing (1995), promulgándose ese último año la Ley contra la Violencia a la Mujer y la Familia, también conocida como Ley 103, la cual permitió que las mujeres agredidas por su pareja cuenten con un recurso (boleta de auxilio) para obtener protección y acceder a la justicia.

³⁰Ecuador, *Código de Procedimiento Penal*, Registro Oficial 511, 10 de junio de 1983, art. 28, establecía: “(...) No se admitirá denuncia de descendientes contra ascendientes o viceversa, ni de un cónyuge contra el otro, ni de hermano contra hermano. Una vez presentada la denuncia, el Juez exigirá al denunciante que, bajo juramento, exprese si se encuentra comprendido en alguna de las prohibiciones del inciso anterior. Si así fuere, rechazará la denuncia (...)”.

³¹ Ecuador, *Código Penal*, Registro Oficial Auténtico, 22 de marzo de 1938, art. 22, establecía: “(...) **Tampoco hay infracción alguna cuando uno de los cónyuges mata, hiere o golpea al otro, o al correo, en el instante de sorprenderlos en flagrante adulterio (...)**” (El énfasis me corresponde).

Posteriormente la prohibición de denunciar tiene una excepción en el Código de Procedimiento Penal del año 2000, cuando se exceptuaba de dicha prohibición los casos cometidos contra las mujeres por sus parejas.

En el campo de la investigación teórica-práctica, Enma Ortega y Lola Valladares en 2007 inicialmente abordaron el fenómeno del femicidio en la ciudad de Quito, encontrándose cifras alarmantes entre las que se determinó que entre el año 2000 y 2006, existieron 204 homicidios de mujeres, de los cuales el 41% se corresponden a femicidios.³²

Sin embargo, dentro de esta investigación las autoras parten de la definición por la que el femicidio consiste en la muerte de mujeres, pero no se analiza la necesaria relación con los elementos constitutivos del tipo penal de femicidio descrita y punida por el Código Orgánico Integral Penal.

En 2007, se creó por parte del Estado el “Plan para la Erradicación de la Violencia Contra la Niñez, Adolescencia y Mujeres”, con miras a la generación de políticas públicas y programas para la prevención, protección, sanción y restitución de los derechos de las víctimas de cualquier tipo de violencia, sin datos estadísticos de mayor trascendencia.

En 2010, la Comisión de Transición hacia el Consejo de las Mujeres y la Igualdad de Género, de la mano de la feminista costarricense Ana Carcedo, impulsó la investigación pormenorizada de muertes de mujeres registradas en el país durante el periodo: 2005-2007. La información recabada en las cuatro ciudades: Cuenca, Guayaquil, Esmeraldas y Portoviejo, concluye que “la gran mayoría de los homicidios de mujeres son femicidios, es decir que derivan de la condición en que se encuentra la mujer que muere como parte del colectivo femenino, socialmente subordinado al poder y el control masculino”.³³

En 2011, el Consejo Nacional para la Igualdad de Género, el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC), y el Ministerio del Interior realizaron, la primera encuesta nacional sobre “Relaciones Familiares y Violencia de Género contra las Mujeres 2011”,³⁴ cuyos resultados permitieron conocer que 6 de cada 10 mujeres de entre quince años en adelante (60,6%) declararon haber vivido una o más formas de

³² Ana Carcedo y Camila Ordóñez Laclé, “*Femicidio en el Ecuador*”23.

³³ *Ibíd.*, 72.

³⁴ EC UNICEF. 2011. “*Violencia de Género en Ecuador*”. Accedido: 07 de junio de 2019. https://www.unicef.org/ecuador/Violencia_de_Genero.pdf/

violencia de género alguna vez en su vida; que la forma de violencia más frecuente es la psicológica o emocional con 53,9%; seguida de la violencia física con 38%; 1 de cada 4 ecuatorianas ha sido víctima de violencia sexual (25,7%); y, finalmente, la violencia patrimonial con el 16,7%, siendo ésta violencia mayoritariamente ejercida por esposos, convivientes, novios y enamorados, es decir, que la violencia de la pareja afectiva o íntima no es un hecho fortuito u ocasional, sino una práctica frecuente o sistemática que afecta a las mujeres.³⁵

Los resultados de esta primera encuesta proporcionaron en ese momento al país un importante insumo sobre la situación de la violencia contra las mujeres, expresada en sus distintas manifestaciones, convirtiéndose este documento en la única fuente oficial de información, hasta ocho años más tarde que el INEC, levantara una segunda encuesta, como parte de la obligación estatal de contar con registros públicos de datos para encaminar políticas públicas hacia la erradicación de la violencia contra las mujeres.

En 2018, la Ley Orgánica Integral para la Prevención y Erradicación de la Violencia de Género contra las Mujeres, publicada en el Registro Oficial nro. 175 de 5 de febrero del mismo año, trae en su contenido valiosos aportes, se incluye como parte del cumplimiento del deber de debida diligencia la implementación del otorgamiento de las medidas de protección administrativas (boleta de auxilio) a través de las Juntas Cantonales de Protección de Derechos de los Gobiernos Autónomos Descentralizados (tenientes políticos en las parroquias) o la Defensoría del Pueblo; así como la implementación de valiosas definiciones: género, víctima, persona agresora, femicidio, relación de poder, para la configuración del tipo penal de femicidio.

En 2019, la encuesta Nacional sobre Relaciones Familiares y Violencia de Género contra las Mujeres, a diferencia de la encuesta de 2011, incluye una sección relativa a violencia gineco-obstétrica como un tipo más de violencia en contra de las mujeres, determinándose en términos generales en torno a la violencia, que “65 de cada 100 mujeres en el Ecuador, han experimentado por lo menos un hecho de algún tipo de violencia en alguno de los distintos ámbitos a lo largo de su vida”³⁶. Cifra que no

³⁵ EC Ministerio de Justicia. 2005. “Política pública del estado ecuatoriano para la erradicación de la violencia de género hacia la niñez, adolescencia y mujeres”. Accedido 17 de febrero de 2019. <http://americalatinagenera.org/newsite/includes/fichas/politica/ECUADOR.pdf>

³⁶ EC UNICEF. 2019. “Encuesta Nacional sobre Relaciones Familiares y Violencia de Género contra las Mujeres - ENVIGMU”. <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web->

concuerta con las arrojadas por distintas organizaciones de la sociedad civil,³⁷ al afirmar que en el Ecuador “cada 72 horas, una mujer, una adolescente o una niña es apuñalada. Otras tantas son estranguladas, asfixiadas, degolladas, golpeadas o disparadas. Desde el 1 de enero hasta el 5 de mayo de este 2019, 35 mujeres han sido víctimas de femicidio, es decir, violentamente asesinadas por el hecho de ser mujeres”.³⁸

Estos resultados lesivos proporcionados por la sociedad civil, dan cuenta del grado de afectación que significa la violencia en contra de la mujer dentro de la sociedad ecuatoriana. No obstante, la medición de los efectos nocivos de la muerte de mujeres en un contexto de género, es preciso mencionar que no se cuenta con estadísticas oficiales condensadas por la Policía, Fiscalía General del Estado y el Consejo de Judicatura en cuanto se refiere a la persecución, represión de este fenómeno.

Éstas y otras investigaciones han servido de fundamento para que el asambleísta a través de la Constitución de 2008, armonice el ordenamiento en su parte dogmática a fin de reconocer el derecho a la vida (Art. 66, numeral 1), a una vida digna (Art. 66 numeral 2), a la igualdad ante la ley sin discriminación por razón, entre otras de: sexo, identidad de género y orientación sexual (Art. 11 numeral 2 y art 66 numeral 4), a la integridad física (Art. 66 numeral 3 literal a), a la salud (Art. 42), el derecho a una vida libre de violencia en el ámbito público y privado y la obligación de adoptar medidas para prevenirla, eliminarla y sancionarla en todas sus formas (Art. 66 numeral 3, literal b).

En lo relativo a la judicialización de los hechos de violencia intrafamiliar, sexual y de género, se dispone la no exclusión de los testimonios de familiares y personas afines al procesado y que han sido afectadas por su acción, garantizando así el derecho de las víctimas a plantear y proseguir la acción penal correspondiente (Art. 77 numeral 8).

Desde el ámbito del derecho penal se amplió la protección normativa conocida y cuestionada como híper protección a la mujer, que se configura a partir de la

inec/Estadisticas_Sociales/Violencia_de_genero_2019/Principales%20resultados%20ENVIGMU%202019.pdf/

³⁷ Fundación Aldea, Taller Comunicación Mujer, Comisión Ecuménica de Derechos Humanos (Cedhu) y la Red de Casas de Acogida para víctimas de violencia

³⁸ EC El Comercio. Accedido 18 de noviembre de 2019. <https://www.elcomercio.com/actualidad/mujeres-victimas-femicidio-violencia-ecuador.html>.

(ampliación) creación de nuevos tipos penales,³⁹ que en el caso de femicidio según Ana Lucía Herrera “el asesinato cometido por odio que se origina en el sexo, género o identidad sexual, lleva ya varios años en nuestra legislación penal”,⁴⁰ explícitamente a partir de la reforma al Código Penal, derogado, del 24 de marzo de 2009, en el que se incorporó el capítulo innumerado “De los delitos de odio”, que no tuvo mayor o ninguna trascendencia en el ámbito judicial.

Art. ... (1). -Será sancionado con prisión de seis meses a tres años el que públicamente o mediante cualquier medio apto para su difusión pública incitare al odio, al desprecio, o a cualquier forma de violencia moral o física contra una o más personas en razón del color de su piel, su raza, sexo, religión, origen nacional o étnico, orientación sexual o identidad sexual, edad, estado civil o discapacidad.

Art. ... (2). -Será sancionado con prisión de seis meses a dos años el que cometiere actos de violencia moral o física de odio o de desprecio contra una o más personas en razón del color de su piel, su raza, religión, origen nacional o étnico, orientación sexual o identidad sexual, edad, estado civil o discapacidad.

Si de los actos de violencia a que se refiere este artículo, resultare herida alguna persona, los autores serán sancionados con prisión de dos a cinco años. Si dichos actos de violencia produjeren la muerte de una persona, sus autores serán sancionados con reclusión de doce a dieciséis años⁴¹.

Del análisis de este tipo penal, se desprende que el legislador pretendió sancionar aquella conducta que tiende a la incitación al odio, al desprecio o cualquier forma de violencia en razón del sexo, la identidad sexual, entre otras razones que merecen protección desde el derecho penal. Si observamos con detenimiento, podemos notar la precisión para la aproximación a la descripción de los elementos característicos de aquel constructo social generado en el marco de una sociedad patriarcal en donde el odio o la aversión del hombre⁴² recae directamente sobre una mujer por su condición de tal o por su condición de género, denominado misoginia.

Como se mencionó líneas arriba, cinco años después con la publicación en el Registro Oficial del Código Orgánico Integral Penal, se incluyó formalmente como un

³⁹Gustavo Arocena y José Cesano, *El delito de femicidio. Aspectos político-criminales y análisis dogmático jurídico*, (Argentina: Editorial B de F, 2013) 55.

⁴⁰Ana Lucía Herrera Aguirre et al., *Los derechos de las mujeres en la mira*, 1era ed. (Cuenca: Universidad Politécnica Salesiana, 2014), 75.

⁴¹Ecuador, *Código de Procedimiento Penal*, Registro Oficial Suplemento 360 del año 2000.

⁴²Ibarra Casals Darío, “Misoginia masculina: expresión y etiología de la misoginia en la intersubjetividad heterosexual”, en *tesis de Doctorado en Psicología de la UCES – Argentina. Cohorte 2011 – 2013*, 77.

delito autónomo e independiente de los delitos de odio, como lo afirma la catedrática María Paula Romo, el femicidio en nuestro catálogo de delitos.⁴³ La autonomía del femicidiopermite la creación de un diseño con caracteres específicos al definir: sujeto activo, sujeto pasivo, verbo rector, elementos normativos, elementos descriptivos y régimen de pena dosificada cuando se suscita el supuesto hipotético que describe la muerte de una mujer cometida por un hombre en virtud de las relaciones asimétricas de poder existentes, convirtiéndose en un medio idóneo para que el Estado reconozca este fenómeno e implemente acciones eficaces para su prevención y erradicación.

⁴³Romo María Paula, "El código integral penal y la agenda de los derechos de las mujeres", en *Código Orgánico Integral Penal Hacia su mejor comprensión y aplicación*, ed. Ávila Santamaría Ramiro (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2005), 73.

Capítulo segundo

Análisis dogmático del tipo penal de femicidio

En este capítulo se analiza la estructura normativa del tipo penal denominado femicidio que fue creado por asambleísta para atender el fenómeno de violencia letal en contra de la mujer dentro de un contexto de relaciones asimétricas de poder. Por tanto, en este capítulo se realiza un recorrido analítico que implica abordar las categorías dogmáticas de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad para la atribución de pena.

En relación con el diseño típico del femicidio se destacan aporías que principalmente giran en torno al tipo objetivo, subjetivo, a las circunstancias agravantes que han sido doblemente potenciadas a través de las genéricas y las específicas, propias del tipo, que afectan (contra reo) la dosificación punitiva en el caso concreto para lo cual se establece la brecha existente entre teoría y práctica judicial para lo cual se ha tomado el estudio de caso (relevante y original) tramitado y conocido en los Tribunales de Justicia del Ecuador, de donde se ha obtenido data de trascendente para la generalización de las conclusiones sobre la problemática generada.

El principio de legalidad que es parte de las garantías del debido y se encuentra consagrada en el numeral 3 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, recoge, en lo sustantivo, el brocardo: *nullapoena sine lege praescripta* (no hay pena ni delito sin ley prevista y escrita que lo establezca); en tanto que, en lo procesal se asegura a toda persona ser juzgada con el trámite propio de cada procedimiento y ante el juez competente y natural.

Establecida esta premisa, el análisis sobre el principio de legalidad sustantiva en relación con el tipo penal de femicidio se sustenta, prima facie, en el principio de lesividad que autoriza la intervención del derecho penal cuando se ha afectado el bien jurídico consistente en la vida de una mujer y que amerita represión penal por el Estado.

La noción primigenia del principio de legalidad aparece con Cesare de Bonesana (Beccaria),⁴⁴ quien estableció la necesidad de que los delitos estén previamente establecidos, de modo escrito, estricto y cierto en la ley penal, con determinación de la

⁴⁴ Cesare Beccaria, *De los Delitos y Las Penas. Edición 250 años*, Estudio Preliminar y Notas Nodier Agudelo Betancur (Medellín: Nuevo Foro, 2014), 181.

medida de la pena para brindar certeza frente al poder punitivo del Estado frente a la indeterminación de penas y sanciones que se imponían en esa época.

El brocardo: *nullapoena sine lege (praevia y praescripta)* fue acuñada por Paul Johann Anselm Von Feuerbach, y luego fue reconocida como garantía criminal (sustantiva) y jurisdiccional (procesal),⁴⁵ lo que constituyó el cimiento del derecho penal liberal, y luego a partir de Ferrajoli⁴⁶ se creó la teoría del garantismo penal, en que se destaca que la tipicidad es la encarnación de este principio.⁴⁷

Expresado lo anterior, para analizar la tipicidad del femicidio, se toma un esquema final, donde prima la noción de un juicio de valor, que opera a partir de la comparación de la conducta del sujeto activo versus la conducta (hipótesis) descrita en el tipo penal.⁴⁸ En este ejercicio de raciocinio, el juzgador en el caso concreto tiende a encontrar problemas, que surgen cuando: a) La descripción de la conducta y sus elementos en el tipo penal no es adecuada; b) Cuando debido a la confusión del contenido hipotético de la norma en relación con los hechos juzgados, el juez mediante interpretación (extensiva, prohibida en materia penal) incrementa el espectro sancionatorio, ya sea sobre los elementos constitutivos del tipo o bien mediante condiciones de agravación ya sean genéricas o específicas.

El numeral 2 del artículo 13 del Código Orgánico Integral Penal ordena que la interpretación en materia penal es restrictiva, por tanto, debe respetarse el sentido literal de la norma. No obstante, la ley penal siempre genera dudas interpretativas. Frente a ello, los assembleístas deben dar precisión semántica y certeza a las normas, solo ahí cabe exigir al juez la legalidad estricta”.⁴⁹

Pese a lo expresado anteriormente, el quehacer judicial se complejiza cuando para calificar los hechos materia de juzgamiento y subsumirlos al tipo penal, debe

⁴⁵ Esiquio Manuel Sánchez Herrera, *La Dogmática de la Teoría del Delito. Evolución Científica del Sistema del Delito* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011), 55.

⁴⁶ Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, (Madrid: Trotta, 1995), señala: “(...) Al Nulla poena sine crimine. A2 Nullum crimen sine lege. A3 Nulla lex (poenalis) sine necessitate. A4 Nulla necessitas sine iniuria. A5 Nulla iniuria sine actione. A6 Nulla actio sine culpa. A7 Nulla culpa sine iudicio. A8 Nullum iudicium sine accusatione. A9 Nulla accusatio sine probatione. A10 Nulla probatio sine defensione.”

⁴⁷ Santiago Mir Puig, *Introducción a las Bases del Derecho Penal* (Buenos Aires: Euros Editores, 2003), 266.

⁴⁸ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Estructura básica del Derecho Penal* (Buenos Aires: Ediar, 2013), 18, señala: “El primer adjetivo de la conducta delictiva es la tipicidad. Afirmada una conducta, lo primero que cabe preguntarse es si está prohibida con relevancia penal, es decir, como posible delito: se trata del primer paso analítico para seleccionar, del infinito campo de las conductas, las pocas que interesan como penalmente relevantes”.

⁴⁹ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal. Parte General* (Buenos Aires: Ediar, 2005), 106.

valorarse los medios de prueba y realizar interpretación restrictiva para determinar el cumplimiento de los elementos constitutivos: sujeto activo, sujeto pasivo, verbo rector, elementos normativos y la concurrencia de circunstancias agravantes (genéricas o específicas) para la dosificación de la medida de la pena a aplicarse en el sub lite.

1. Elementos del tipo objetivo de femicidio

Para analizar los elementos que integran el tipo objetivo del femicidio es necesario considerar lo expresado por la doctrina⁵⁰ pero principalmente por la descripción típica prevista en el artículo 141 del Código Orgánico Integral Penal que dice:

La persona que, como resultado de relaciones de poder manifestadas en cualquier tipo de violencia, dé muerte a una mujer por el hecho de serlo o por su condición de género, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años⁵¹.

Es a partir de este enunciado normativo se exige para el reproche penal (antijuridicidad y culpa) la concurrencia de los elementos que conforman el tipo objetivo.⁵² Solo cuando se han cumplido con los elementos constitutivos del tipo penal, corresponde el análisis subsiguiente sobre las categorías dogmáticas de antijuridicidad y culpabilidad exigidos por la teoría del delito.⁵³

En el femicidio son elementos constitutivos del tipo penal los siguientes:

2. Sujeto activo

Se entiende por sujeto activo aquella persona natural (no calificada) cuya conducta se adecua al tipo penal. La ley no exige una condición específica del sujeto activo, de manera que cualquier persona (natural) puede ser la generadora de este injusto penal, pudiendo tratarse de un hombre, una mujer o una persona con una opción sexual diferente, quien puede cometer femicidio.

Sin embargo, de lo expresado, la calificación judicial del sujeto activo del delito de femicidio ofrece en *práxis judicial* dificultad cuando la idea fundamental de este tipo

⁵⁰ Carlos Arturo Gómez Pavajeu, *La dogmática jurídica como ciencia del derecho. Sus especies penal y disciplinaria necesidad semejanzas y diferencias* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011), 38, señala: “La dogmática como ciencia toma su nombre del dogma de la ley, esto es, de su objeto fijo de estudio, pues sólo a partir del Derecho positivo se puede construir la teoría jurídica del delito”.

⁵¹ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 141.

⁵² Carlos Arturo Gómez Pavajeu, *Esquemas del delito* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017), 193, señala: “El tipo objetivo en el finalismo (...) se compone del objeto, del objeto material, del objeto jurídico, del sujeto pasivo, del sujeto activo, causalidad, relación de causalidad, ingredientes normativos, etc.”

⁵³ Berthold, Freudenthal, *Culpabilidad y reproche en el derecho penal*, (Argentina: Editorial B de F, 2012) 43.

penal descansa en la descripción por la que es el hombre⁵⁴ quien mata a una mujer, motivado por relaciones de poder. En el diseño típico del Código Orgánico Integral Penal, no se excluye la posibilidad de que el sujeto activo de un femicidio sea una mujer porque la ley no ha previsto una distinción sobre este punto.

3. Sujeto pasivo

Desde la lesividad se ha de considerar que el sujeto pasivo, destinatario de la tutela prevista en la norma penal, es una mujer en su doble perspectiva: (a) por su condición de tal; o, (b) por su condición de género.

Esta doble perspectiva ofrece dificultad de interpretación judicial cuando existen prejuicios o estereotipos en materia de género, toda vez que el concepto de mujer “por el hecho de serlo” ofrece una visión meramente biológica al determinarse jurídicamente el sujeto pasivo del delito de femicidio; en tanto que, la muerte de una mujer por “su condición de género”, involucra el género y la autodeterminación reconocida por la Ley General de Registro Civil. De forma que, al momento de calificar jurídicamente los hechos por un órgano jurisdiccional, existe una doble posibilidad, ya sea por su determinación biológica o por su autodeterminación (transgénero, transexual o intersexual) para definir la existencia de sujeto pasivo de femicidio en el caso concreto.

4. Verbo rector

El verbo rector, en el tipo penal de femicidio, es “dar muerte a una mujer”, lo que relacionado con el artículo 22 del Código Orgánico Integral Penal, obliga a establecer si la conducta penalmente relevante, siendo dolosa al existir el designio de irrogar daño, se suscita solo por acción del sujeto activo o también puede ocurrir por omisión.

5. Objeto jurídico

Al tratarse en la tipicidad el objeto jurídico en general se expresa o coincide con el bien jurídico protegido por la norma penal, reconocido a nivel constitucional.⁵⁵ En el femicidio este objeto jurídico es la vida de un ser humano,⁵⁶ específicamente de una

⁵⁴ En torno a la posibilidad de autoría únicamente masculina se ha señalado que esto supondría un atentado al principio de culpabilidad, la condición de hombre se transformaría en presunción de culpabilidad, un ejemplo al llamado Derecho Penal de autor.

⁵⁵ Gerardo Barbosa Castillo, “Teoría del delito. Tipo Objetivo”. En *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, segunda edición (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011), 220, señala: “(...) el titular del bien jurídico tutelado (sea una persona individual, una colectividad o el ente estatal) se denomina sujeto pasivo”.

⁵⁶ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2018, art. 66 establece: “(...) Se reconoce y garantizará a las personas: 1. El derecho a la inviolabilidad de la

mujer por su condición de tal o por su condición de género. Por ello, este tipo penal que goza de autonomía en su diseño, se encuentra aglutinado dentro del capítulo segundo, sección primera del Código Orgánico Integral Penal, donde se agrupan los delitos contra la inviolabilidad a la vida.

6. Objeto material

El objeto material es el bien jurídico concreto sobre el cual recae la lesión, que en tratándose del femicidio, es la vida de una mujer por su condición de tal o por condición de género, donde se evidencia la ampliación del derecho penal en tutela de derechos de las mujeres bajo estas dos opciones.

7. Elemento normativo

Los elementos normativos son componentes cuya descripción fluye o emana de una norma jurídica.⁵⁷ En el femicidio, son elementos normativos:

8. Relaciones de poder

Las relaciones de poder no se encontraban previstas en fuente legal. No obstante, este elemento dejó de ser descriptivo y pasó a ser normativo a partir de la Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra la Mujeres en el artículo 4, numeral 8 que define lo que debe entenderse por relaciones de poder, que están constituidas por:

Acciones, omisiones y prácticas sociales, políticas, económicas, culturales o simbólicas que determinan la imposición de la voluntad de una persona o grupo por sobre la de otro, desde una relación de dominación o subordinación, que implica la distribución asimétrica del poder y el acceso y control a los recursos materiales e inmateriales entre hombres y mujeres.⁵⁸

Las relaciones de poder como elemento constitutivo del femicidio permiten establecer el nexo existente entre victimario (sujeto activo) y víctima (sujeto pasivo), para la consumación del resultado lesivo consistente en la muerte de una mujer por su condición de tal o por su condición de género. De este elemento normativo deviene el

vida. No habrá pena de muerte. 2. El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios (...)"

⁵⁷ Gerardo Barbosa Castillo, "Teoría del delito. Tipo Objetivo". En *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, segunda edición (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011), 220, señala: "(...) se denominan ingredientes normativos del tipo aquellas expresiones que requieren, para su adecuada comprensión, de un juicio valorativo referido a otras normas del ordenamiento jurídico (...)".

⁵⁸ Ecuador, *Ley para Prevenir y Erradicar la Violencia contra la Mujeres*, Registro Oficial 175, Suplemento, 23 de enero de 2018.

contexto en que se desarrollan las tensiones entre sujeto activo y pasivo del femicidio que desemboca en el resultado lesivo consistente en la muerte de una mujer.

9. Violencia

En el diseño típico del femicidio, la violencia es un elemento normativo porque su contenido proviene de dos fuentes, la primera dada en el catálogo de delitos a través del Art. 155, donde se establece qué se considera violencia y quienes en el ámbito de las relaciones familiares pueden ser los causantes de esta conducta en contra de mujer o demás integrantes del núcleo familiar, en concordancia con la definición otorgada por la Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra la Mujeres, en donde se diferencia varias formas de violencia, de entre las que se destaca para fines de tipicidad y reproche sobre el injusto penal de femicidio en que se juzga la muerte de una mujer por su condición de tal o por su condición de género, la violencia física que se entiende como (Art. 10):

Todo acto u omisión que produzca o pudiese producir daño o sufrimiento físico, dolor o muerte, así como cualquier otra forma de maltrato o agresión, castigos corporales, que afecte la integridad física, provocando o no lesiones, ya sean internas, externas o ambas, esto como resultado del uso de la fuerza o de cualquier objeto que se utilice con la intencionalidad de causar daño y de sus consecuencias, sin consideración del tiempo que se requiera para su recuperación.⁵⁹

10. Mujer

Al definirse el sujeto pasivo del delito de femicidio, se ha de considerar que el diseño típico establece dos supuestos de hecho diferenciados, cuando la víctima es una mujer: (a) por su condición de tal; o, (b) por su condición de género. Para el encuadre de estas dos opciones la fuente de donde emana su definición proviene del derecho o bien del género.

Refiriéndonos al término mujer, cuando el juez toma la definición de una fuente legal, se trata entonces de un elemento normativo y cuando tal origen es diverso al legal, el elemento es descriptivo. En el femicidio, para la definición legal de mujer, opera una remisión desde el Código Orgánico Integral Penal hacia el artículo 20 del Código Civil, que dice:

Las palabras hombre, persona, niño, adulto, adolescente, anciano y otras semejantes, que en su sentido general se aplican a individuos de la especie humana, sin distinción de

⁵⁹ Ecuador, *Ley para Prevenir y Erradicar la Violencia contra la Mujeres*, Registro Oficial 175, Suplemento, 23 de enero de 2018, art. 10, literal a.

sexo, se entenderán comprender a ambos sexos en las disposiciones de las leyes, a menos que, por la naturaleza de la disposición o el contexto, se limiten manifiestamente a uno solo. Por el contrario, las palabras mujer, niña, viuda y otras semejantes, que designan el sexo femenino, no se aplicarán al otro sexo, a menos que la ley las extienda a él expresamente.⁶⁰

La forma decimonónica en que se narra la descripción legal de mujer está efectuada en términos de lógica ambivalente, así: lo que no es hombre es mujer y viceversa, desde una perspectiva clásica de interpretación biologicista.

De otro lado, para definir a una mujer por su condición de género y por tanto sujeto pasivo del delito de femicidio, la fuente de tal concepto no es legal, proviene del género y no propiamente del derecho penal, con lo que el margen de interpretación judicial para este fin podría tornarse compleja en la praxis, pues nuestra legislación amplía la posibilidad de que, por autodeterminación, untransgénero, transexual o intersexual, pueda ser considerada víctima de un delito de femicidio.

De acuerdo al Modelo de Protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio), el término transgénero incluye el transexual y el travesti, siendo este comúnmente utilizado para describir las “diferentes variantes de la identidad de género, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo biológico de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignado a éste. Una persona trans puede construir su identidad de género independientemente de intervenciones quirúrgicas o tratamiento médico”⁶¹.

Está claro que se ha producido una profunda transformación en las definiciones de hombre y mujer, superando la distinción biologicista en su inclusión categórica, y que el asambleísta ha ampliado la protección a la persona en su identidad de género, en este caso transgéneros, aunque en la práctica no exista sentencia alguna para poder analizar este avance normativo.

11. Elementos valorativos o subjetivos

Anterior a la promulgación de la Ley Orgánica Integral para prevenir la violencia contra la mujer, los elementos: mujer (por su condición de género) y relaciones de poder se consideraban elementos valorativos o subjetivos al carecer de

⁶⁰ Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial 46, Suplemento, de 24 de junio de 2005.

⁶¹ ONU Mujeres, *Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio)*, 2014, <https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2014/modelo%20de%20protocolo.ashx?la=es>

definición legal. No obstante, aquello varió a partir de esta ley donde se definió con precisión las formas de violencia, pero aún persiste la falta de definición legal sobre el concepto mujer por su condición de género lo que complejiza la actividad interpretativa de los órganos judiciales al tratar estos elementos constitutivos del femicidio que por efecto del principio de libertad probatoria prevista en el numeral 4 del artículo 454 del Código Orgánico Integral Penal han de ser justificados por la acusación fiscal a través de pericias, documentos o testimonios.

12. Elementos del tipo subjetivo de femicidio

Para analizar los elementos del tipo subjetivo de femicidio es necesario sentar como premisa que este es un delito eminentemente doloso porque el sujeto activo actúa con el designio de causar un daño lesivo consistente en la muerte de una mujer por su condición de tal o por su condición de género, esto dentro de un contexto de relaciones asimétricas de poder.

Aun con esta precisión, en la praxis judicial más allá del catálogo de delitos del COIP, y del diseño típico del femicidio, que, siendo eminentemente doloso, suscita una amplia casuística y debate que complejiza la interpretación judicial sobre la posibilidad de delito imprudente⁶² y particularmente para establecer respuestas frente a varios eventos de los que emanan una serie de interrogantes a saber: ¿El femicidio es viable por preterintencionalidad? ¿Cabe dolo indirecto en el femicidio? ¿Cabe el dolo eventual? ¿Es posible el femicidio por encargo? ¿Es posible el femicidio por omisión?

El femicidio en la casuística puede suscitar estos debates de donde la interpretación judicial en los casos concretos moldeará la jurisprudencia relacionada frente a este novel tipo penal con una vigencia de 5 años.

13. Análisis del dolo en el femicidio

En el desarrollo de los esquemas del delito, la concepción del dolo ha tenido diferentes modificaciones, entre las cuales se ha llevado a cabo dos marcadas concepciones: a) *dolusmalus*; b) dolo avalorado.

Pese a la influencia en los avances de los esquemas del delito, en el Ecuador persiste una concepción de *dolusmalus*, que se verifica en el artículo 26 del Código

⁶²Mirentxu Corcoy Bidasolo, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 2ª. Ed (Argentina: Editorial B de F, 2013).

Orgánico Integral Penal que establece que: “Actúa con dolo la persona que tiene el designio de causar daño”.⁶³

Este modo de concebir al dolo fue planteado en los esquemas causalistas (positivismo naturalista y neokantismo), en los que se ubicó el dolo en la categoría dogmática de la culpabilidad,⁶⁴ lo que resultó significativo al definir las consecuencias jurídicas que se obtienen al elaborar un ejercicio de raciocinio dogmático sobre la participación penal y la atribución de culpa.

De otro lado, desde el finalismo, el dolo consiste en conocer que, con la conducta propia, es probable la comisión de la infracción penal y que con ese conocimiento se acepte o quiera la realización de la conducta.⁶⁵ Esta conceptualización de dolo, al momento de la interpretación judicial, debe relacionarse con el contenido del artículo 26 *ibídem*, de raigambre causalista esto a fin de definir la concurrencia de dolo directo, eventual, preterintencionalidad, la posibilidad de error, etc.

Desde la dogmática, el **dolo directo** (de primer grado), se configura cuando el autor consigue la realización típica que perseguía.⁶⁶ Este tipo de dolo es el característico en los delitos de femicidio donde el sujeto activo logra la consumación del resultado lesivo deseado consistente en la muerte de una mujer por su condición de tal o por su condición de género. En contrapartida, desde la visión del *dolusmalus* previsto y descrito en el artículo 26 del Código Orgánico Integral Penal, se identifica que el dolo se representa cuando una persona ha cumplido los requisitos del tipo objetivo de femicidio, decide dar muerte a una mujer, que constituye el designio de causar daño, que una vez que se verifica le es reprochable penalmente.

Continuando con el análisis del dolo, cuando éste es **indirecto** (de circunstancias necesarias o de segundo grado), el sujeto tiene la seguridad o casi seguridad que su conducta traerá consigo las consecuencias derivadas de los delitos, que se representan como inevitables o indeseables.⁶⁷ Este tipo de dolo no se encuentra regulado por el Código Orgánico Integral Penal y por tanto la posibilidad de ocurrencia e interpretación judicial es inexistente.

⁶³Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 21.

⁶⁴ Mariana Sacher de Köster, *Evolución del Tipo Subjetivo* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998), 58-76.

⁶⁵ Sandra Jeannette Castro, “Tipo Subjetivo”. En *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, segunda edición (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011), 232.

⁶⁶ Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal, *Lecciones de Derecho Penal*, Volumen II (Valladolid: Trotta, 1999), 752.

⁶⁷ Enrique Bacigalupo, *Manual de Derecho Penal* (Bogotá: Temis, 1996), 113.

De su parte, el **dolo eventual** opera cuando el sujeto activo se representa como probable que, con su conducta, se produzca un delito, no obstante, aquello, no evita el resultado.⁶⁸ Esta forma de dolo tampoco cuenta con expresa regulación en el Código Orgánico Integral Penal.

En suma, conforme el ordenamiento jurídico ecuatoriano en el libro primero, título I, La infracción penal, se establece como punto de partida el dolo malo, que es el único que opera en relación con el femicidio cuando el sujeto activo encamina sus actos hacia la irrogación del daño consistente en la muerte de una mujer por su condición de tal o por su condición de género dentro de un contexto de relaciones poder.

14. Observaciones en relación al dolo en el tipo penal de femicidio en el ámbito doctrinario

Ha quedado claro en líneas precedentes que el esquema de dolo adoptado por el Código Orgánico Integral Penal es de *dolusmalus*, propio del causalismo, que en la práctica ofrece una amplia posibilidad de discusión a través de la interpretación judicial que se realice en los casos concretos a la luz del marco normativo, la doctrina y la jurisprudencia. En esta línea, se plantean dos ejemplos para reflexión y análisis.

En el primer caso, A está casado con M, han tenido problemas en su matrimonio. A ha decidido acabar con la vida de M, porque no soporta que acuda sola en la noche con ropa provocativa a una organización feminista. Para despistar la comisión del delito decide poner una bomba el día 8 de marzo de 2019, en el Paraninfo de la Universidad Andina Simón Bolívar, lugar donde se va a realizar un evento organizado por grupos feministas, en conmemoración al día de las mujeres. Efectivamente el agente, coloca la bomba y explota el día y hora planeados, mueren todas las personas del edificio. A no deseaba la muerte de todo el personal femenino de la Universidad, sin embargo, el resultado lesivo (múltiple) se consumó.

Respecto de esta situación concreta, se plantea las siguientes interrogantes: ¿Existe dolo directo respecto de la muerte de su esposa M? ¿Qué tipo de dolo existe respecto de la muerte las mujeres del grupo feminista? ¿Existe dolo de circunstancias necesarias respecto de las mujeres que integran el personal de la Universidad? ¿Existe dolo eventual respecto del daño lesivo sobre el personal de la Universidad?

En el segundo caso, A es una persona que siente repudio por las organizaciones feministas. El día 8 de marzo en vista de la conmemoración del día de las mujeres

⁶⁸ Bernardo Feijóo Sánchez, *El dolo eventual* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004), 18.

decide colocar una bomba en el Paraninfo de la Universidad Andina Simón Bolívar, lugar donde se va a realizar un evento organizado por grupos feministas. Resulta que ese día su esposa M decide acudir al evento, a quien A ama con todo su corazón y con quien nunca ha tenido ningún problema. La cónyuge de A y el personal femenino de la Universidad fallecen a consecuencia de este acto.

Respecto de esta situación concreta, se interpone las siguientes interrogantes: ¿Existe dolo directo respecto de la muerte de M? ¿Existe dolo de primer grado respecto de la muerte de todas las mujeres? ¿Existe dolo indirecto respecto de la muerte de las mujeres del grupo feminista? ¿Existe dolo eventual del personal de la Universidad?

Considerándose la concurrencia de un resultado lesivo múltiple consistente en la muerte de varias mujeres por diversos motivos, es evidente que, en el primer caso, se podrían verificar los tres tipos de dolo, si se imputa un delito de asesinato. Esto porque concurre dolo directo en relación a M, indirecto en relación a las integrantes del grupo feminista, y eventual en relación a las funcionarias de la Universidad. No obstante, si se imputa femicidio por la muerte de M, se encuentran problemas en relación con la determinación del dolo sobre las integrantes del grupo feminista y el personal de la Universidad. Esta situación ofrece también dificultades en relación con la posibilidad de concurso real o ideal previstos en los artículos 20 y 21 del Código Orgánico Integral Penal.

En el segundo caso, considerándose los elementos normativos del tipo penal de femicidio, se configura dolo directo en relación al grupo de mujeres más no respecto de la muerte de M, en que no se cumplen los requisitos del tipo objetivo para la determinación del femicidio. A lo anterior se añade la dificultad práctica de establecer si la discusión penal por estos hechos con pluralidad de resultados lesivos se va a investigar y proseguir en un solo proceso penal o varios, en que aparece un solo sujeto activo.

Los casos planteados, develan que el femicidio ha sido diseñado e introducido en el ordenamiento jurídico ecuatoriano a partir de expresas consideraciones de lesividad y tutela de derechos de las mujeres bajo la consideración de discriminación positiva, tratamiento que genera complicaciones sobre la concepción y tratamiento del dolo cuando concurren resultados lesivos diversamente protegidos en varios tipos penales.

15. Análisis de la culpa en el femicidio

El femicidio es eminentemente doloso al concurrir en el agente el designio de causar daño consistente en la muerte de una mujer por su condición de tal o por su condición de género. El tratamiento de los delitos culposos en el Código Orgánico Integral Penal se efectúa a partir de la teoría del riesgo y del concepto de violación al deber objetivo de cuidado que le corresponde al agente quien produce el resultado lesivo, que en tratándose de la muerte de una mujer por su condición de tal o por su condición de género conforme la definición dada mediante la descripción típica autónoma del artículo 141 del Código Orgánico Integral Penal resulta impensable en un régimen de *numerus clausus* en que se excluye la posibilidad de concurrencia de culpa para la consumación del femicidio.

16. Análisis de los agravantes del tipo penal de femicidio

El asambleísta dentro de sus facultades constitucionales y legales decidió incluir en el catálogo penal, circunstancias agravantes para la dosificación de la medida de la pena, diferenciándose entre agravantes genéricos y específicos, las primeras están contenidas en el artículo 47 del Código Orgánico Integral Penal, en tanto que las agravantes específicas, atadas al tipo penal de femicidio descrito y punido por el artículo 141, se encuentran expresamente enumerados en el artículo 142 *ibídem*. Para profundizar en el esquema de circunstancias agravantes genéricas y específicas, se plantea el siguiente cuadro:

Gráfico 1

Esquema de circunstancias agravantes genéricas y específicas

Agravantes genéricos (19)	Agravantes específicos (4)
Artículo 47 del Código Orgánico Integral Penal.	Artículo 142 del Código Orgánico Integral Penal.
<p>Los agravantes son:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Ejecutar la infracción con alevosía o fraude. 2. Cometer la infracción por promesa, precio o recompensa. 3. Cometer la infracción como medio para la comisión de otra. 4. Aprovecharse de concentraciones masivas, tumulto, conmoción popular, evento 	<p>Los agravantes son:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Haber pretendido establecer o restablecer una relación de pareja o de intimidad con la víctima. 2. Exista o haya existido entre el sujeto activo y la víctima relaciones: familiares, conyugales, convivencia, intimidad, noviazgo, amistad, compañerismo, laborales, escolares o cualquier otra que

<p>deportivo o calamidad pública, fenómeno de la naturaleza para ejecutar la infracción.</p> <p>5. Cometer la infracción con participación de dos o más personas.</p> <p>6. Aumentar o procurar aumentar las consecuencias dañosas de la infracción para la víctima o cualquier otra persona.</p> <p>7. Cometer la infracción con ensañamiento en contra de la víctima.</p> <p>8. Cometer la infracción prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente, religiosa o similar.</p> <p>9. Aprovecharse de las condiciones personales de la víctima que impliquen indefensión o discriminación.</p> <p>10. Valerse de niños, niñas, adolescentes, adultas o adultos mayores, mujeres embarazadas o personas con discapacidad para cometer la infracción.</p> <p>11. Cometer la infracción en perjuicio de niñas, niños, adolescentes, adultos mayores, mujeres embarazadas o personas con discapacidad.</p> <p>12. Cometer la infracción con violencia o usando cualquier sustancia que altere el conocimiento o la voluntad de la víctima.</p> <p>13. Utilizar indebidamente insignias, uniformes, denominaciones o distintivos militares, policiales o religiosos como medio para facilitar la comisión de la infracción.</p> <p>14. Afectar a varias víctimas por causa de la infracción.</p>	<p>implique confianza, subordinación o superioridad.</p> <p>3. Si el delito se comete en presencia de hijas, hijos o cualquier otro familiar (“cónyuge, a la pareja en unión de hecho o unión libre, conviviente, ascendientes, descendientes, hermanas, hermanos, parientes hasta el segundo grado de afinidad y personas con las que se determine que el procesado o la procesada mantenga o haya mantenido vínculos familiares, íntimos, afectivos, conyugales, de convivencia, noviazgo o de cohabitación”)⁷⁰ de la víctima.</p> <p>4. El cuerpo de la víctima sea expuesto o arrojado en un lugar público.⁷¹</p>
---	---

⁷⁰Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 155.

⁷¹Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 142.

<p>15. Ejecutar la infracción con auxilio de gente armada.</p> <p>16. Utilizar credenciales falsas, uniformes o distintivos de instituciones o empresas públicas, con la finalidad de pretender pasar por funcionarias, funcionarios, trabajadoras, trabajadores, servidoras o servidores públicos, como medio para facilitar la comisión de la infracción.</p> <p>17. Cometer la infracción total o parcialmente desde un centro de privación de libertad por una persona internada en el mismo.</p> <p>18. Encontrarse la o el autor perseguido o prófugo por un delito con sentencia condenatoria en firme.</p> <p>19. Aprovechar su condición de servidora o servidor público para el cometimiento de un delito.⁶⁹</p>	
<p>De verificarse una circunstancia agravante, conforme el artículo 44 COIP la pena se incrementará a la pena máxima un tercio.</p>	<p>De verificarse la concurrencia de una de las circunstancias detalladas, conforme el artículo 44 COIP, se impondrá el máximo de la pena más un tercio.</p>

Fuente: Código Orgánico Integral Penal

Elaboración: Propia

Del cuadro anterior, se establece que la dosificación punitiva puede exacerbarse ya sea a través de la existencia de una circunstancia agravante ya sea genérica o específica que gatilla la punición en más un tercio sobre el máximo previsto en el tipo penal que conforme el artículo 141 del Código Orgánico Integral Penal es de 26 años de pena privativa de libertad, a lo que se suma 8 años 8 meses que equivalen a un tercio dando un total de 34 años 8 meses. De este cálculo la medida de la punición se acerca al máximo legal de 40 años previsto en el artículo 55 *ibídem*.

⁶⁹Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 47.

De lo expresado se concluye que la concurrencia de las circunstancias agravantes específicas o las agravantes genéricas, guardan similitud en cuanto a la consecuencia normativa que deviene de su aplicación en la dosificación de la medida de la pena, a lo que se añade que la descripción hipotética de éstas, tienen semejanzas con otros elementos normativos que son constitutivos del femicidio.

En relación con las circunstancias agravantes específicas descritas en el artículo 142 del Código Orgánico Integral Penal, éstas ofrecen problemas de interpretación por los jueces al realizar un deslinde respecto de los elementos constitutivos del tipo penal. Esto sucede particularmente respecto de la circunstancia agravante contenida en el numeral segundo, que puede ser objeto de confusión por analogía en relación con los elementos normativos: “relaciones de poder” y “violencia”. En la praxis judicial, esto acarrea como consecuencia el agravamiento injustificado de la medida de la pena. Esta problemática se genera a partir de la deficiente técnica legislativa.

De la revisión del contenido de las circunstancias agravantes específicas (Art. 142 Nums. 1 , 2) se desprende la descripción teórica de las modalidades del femicidio, íntimo y “no íntimo”⁷², que han desencadenado en la práctica serios problemas para delimitar si las agravantes funcionan como elementos descriptivos del tipo penal o bien como agravantes específicas destinadas a aumentar la punición, dejando de lado números estudios que determinan la existencia de otras modalidades del femicidio⁷³: infantil, familiar, racista, por conexión, por estigmas, por prostitución, trata, transfóbico, por estigmas, etc.

A lo anterior se debe sumar el efecto de una circunstancia agravante (genérica o específica) versus la concurrencia de una o varias agravantes, frente a lo cual queda claro que la existencia de una sola agravante tiene dos efectos: (a) anulatorio de las circunstancias atenuantes previstas en el artículo 46 del Código Orgánico Integral Penal; y (b) amplificadora de la medida de la pena en más un tercio del máximo previsto en el tipo penal.

⁷²Según definición de Viviane Monteiro, el femicidio no íntimo es aquel que “el resultado de la violencia cometida en contra de las mujeres mediante actos motivados por misoginia, discriminación y odio, en los cuales, hombres poco conocidos o totalmente desconocidos de las víctimas realizan actos de extrema brutalidad sobre sus cuerpos, en un contexto de permisividad del Estado que, por acción u omisión, no cumple con su responsabilidad de garantizar la integridad, la vida y la seguridad de las mujeres”, en Viviane Monteiro Santana García, “Misoginia en el espacio público, femicidio no íntimo y prueba criminal”, *Estado & Comunes* no. 1 (2019), 21-43.

⁷³ ONU Mujeres, *Modelo de protocolo latinoamericano...*, 16.

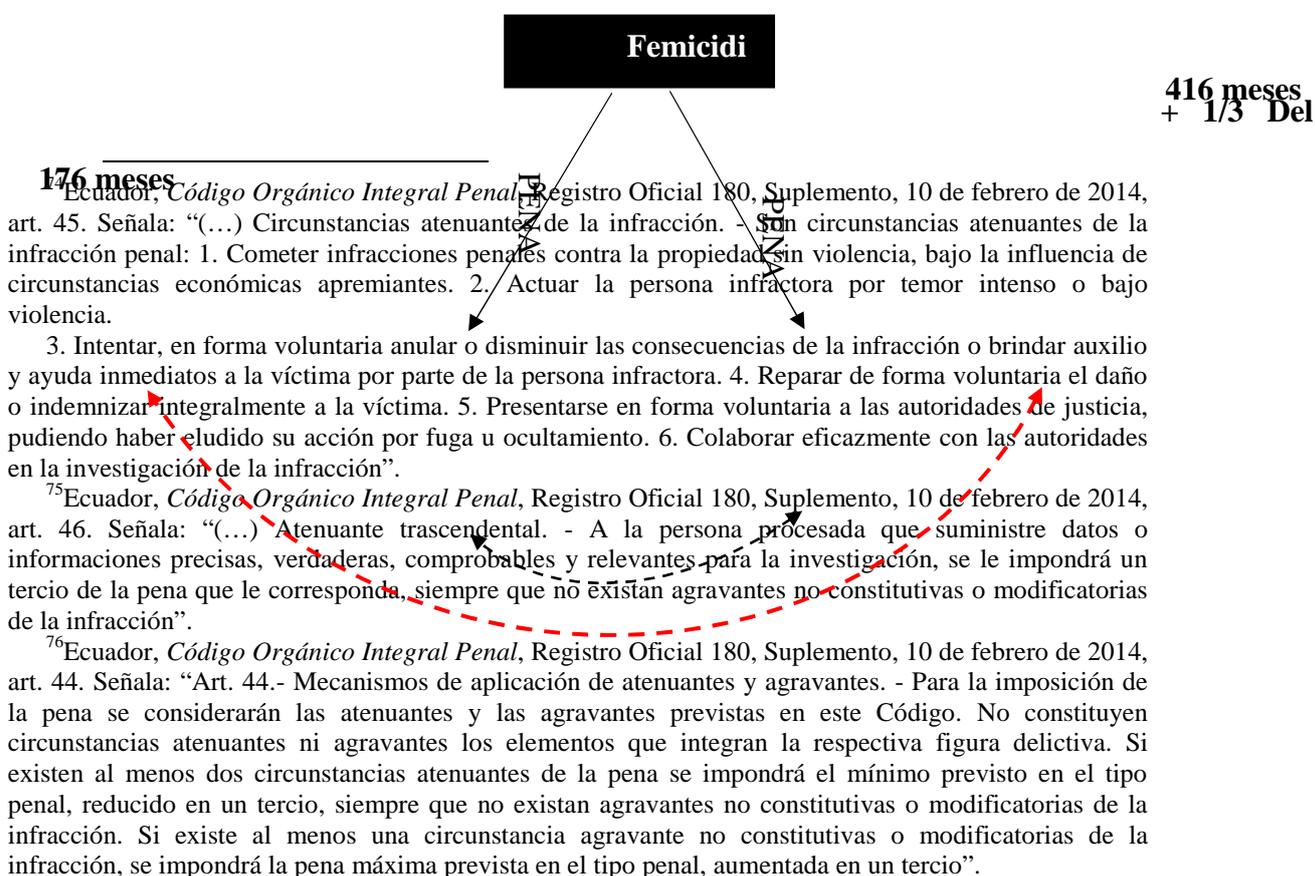
Conforme lo expresado se tiene que las posibilidades de agravación de la pena en tratándose del femicidio puede operar ya sea a través de circunstancias agravantes genéricas o específicas, mientras que, para atenuar la pena, no existen atenuantes específicas a diferencia de otro régimen de delitos tal y como sucede en los sexuales.

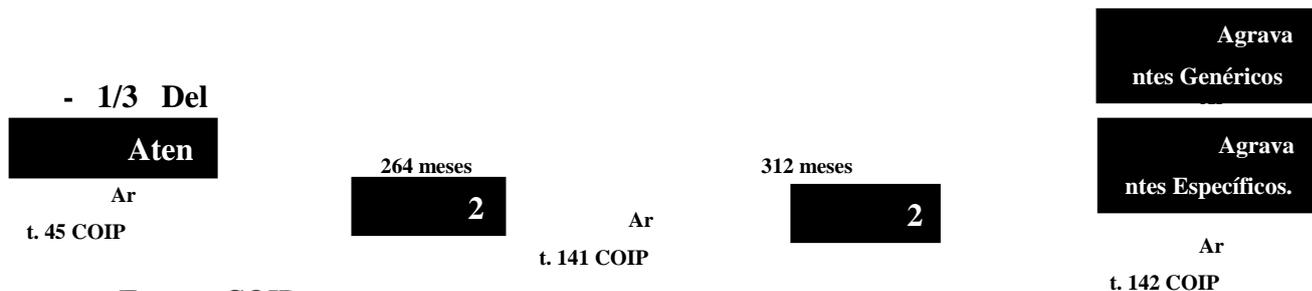
Por tanto, el diseño de las reglas de determinación de la pena en concreto está orientado a una expansión muy cercana al límite de cuarenta años que rompe la dosimetría en relación con el homicidio (simple/agravado) en que se tutela el bien jurídico, vida, pero con distinto énfasis.

Por otro lado, es importante destacar que el espectro de valoración punitiva, del juzgador incorpora también los atenuantes, que se encuentra establecidos en el artículo 45⁷⁴ y 46⁷⁵ del Código Orgánico Integral Penal. De ahí que el juzgador tiene un rol fundamental, al momento de realizar un ejercicio de dosificación valorando los agravantes y atenuantes, porque a partir de su ejercicio de apreciación, se podrá determinar la pena del imputado. En su labor seguirá las reglas establecidas en el artículo 44⁷⁶ del Código Orgánico Integral Penal. Este ejercicio de raciocinio se resume en el siguiente esquema:

Gráfico 2

Espectro general de dosificación

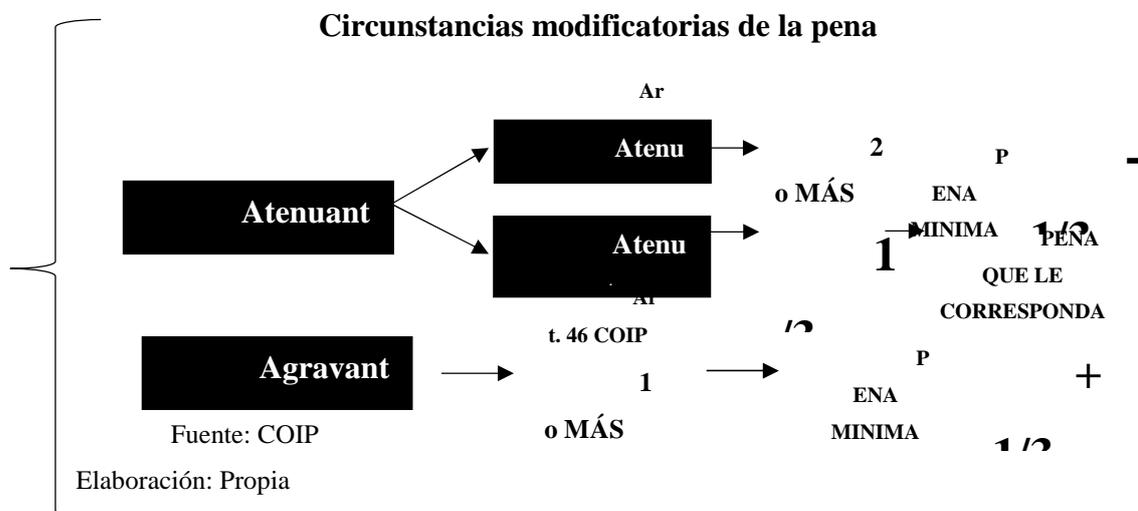




Fuente: COIP

Finalmente, con fines específicamente prácticos se esquematiza los parámetros de las circunstancias modificatorias a las penas:

Gráfico 3



17. Tentativa y el tipo penal de femicidio

En general, la tentativa constituye un elemento amplificador del tipo penal o una causa de extensión (o medida) de la pena.⁷⁷ En Ecuador, la autonomía dada por el asambleísta al tipo penal de femicidio es también una manifestación de la ampliación del derecho penal y sus efectos disuasivos cimentados en la constante lucha propiciada desde el activismo por grupos ciudadanos de protección de derechos de las mujeres.⁷⁸ En este sentido, la combinación del tipo penal autónomo de femicidio y la tentativa, dan lugar a una fórmula sinérgica que busca evitar la consumación del resultado lesivo fatal consistente en la muerte de una mujer por su condición de tal o por su condición de género dentro de una relación asimétrica de poder.

Para la aplicación de la tentativa se exige el cumplimiento de los requisitos del artículo 39 del Código Orgánico Integral Penal que dice:

⁷⁷ Miguel Córdoba Angulo, *La Tentativa. Monografías de Derecho Penal* (Universidad Externado de Colombia, 2001), 13.
⁷⁸ Yesid Reyes Alvarado, “El delito de tentativa”, 256.

Tentativa es la ejecución que no logra consumarse o cuyo resultado no llega a verificarse por circunstancias ajenas a la voluntad del autor, a pesar de que de manera dolosa inicie la ejecución del tipo penal mediante actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito. En este caso, la persona responderá por tentativa y la pena aplicable será de uno a dos tercios de la que le correspondería si el delito se habría consumado. Las contravenciones solamente son punibles cuando se consuman.⁷⁹

De lo anterior, para aplicar la figura de tentativa en relación con el femicidio, se exige la concurrencia de los siguientes requisitos: 1) Propósito de cometer el femicidio; 2) Principio de ejecución; 3) La idoneidad y univocidad de la conducta; 4) No consumación del resultado lesivo (muerte de una mujer) por circunstancias ajenas a la voluntad del agente.

La ausencia de uno o varios de estos elementos dará lugar a que no se configure el delito de femicidio en el grado de tentativa, sin que aquello signifique, de modo alguno, que se trate de un hecho atípico que bien puede subsumirse en otro tipo penal diverso.

En la praxis judicial el debate sobre la tentativa de femicidio empieza a ser modelada por los operadores judiciales. Prima facie por los Fiscales quienes impulsan la acción penal y también por los Jueces quienes tienen la facultad competencial para decidir las causas.

Para una mejor ilustración de la aplicación de la tentativa en el tipo penal de femicidio, se tiene el alegato de apertura sostenido por la Fiscalía General del Estado, dentro del proceso penal nro. 17282-2016-04333, que dice:

Que la violencia física, psicológica continuada ejercida por el procesado, en contra de su cónyuge, han motivado para que la víctima rompiera el silencio al presentar una denuncia por lesiones imponiéndole una pena, luego otra contravención, estableciendo de igual forma una pena de siete días de privación de la libertad, por esta razón la víctima ha sido amenazada contra su vida, cumpliendo esta amenaza el día 13 de junio a las 04h00, donde el procesado ingresa al domicilio de la víctima, armado de un combo o martillo, queriendo abusar sexualmente, sin lograr su objetivo, por cuanto la víctima se encontraba con el periodo, siendo lanzada por la ventana de su propia casa hacia el exterior, donde es tomada nuevamente, agredida con el combo en la cabeza y varias partes de su cuerpo, pero gracias al auxilio brindado por sus familiares cercanos no cumple con su objetivo, hecho tipificado en el Art.141, con las agravantes del Art. 142.2

⁷⁹Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 39.

del Código Orgánico Integral Penal, en el grado de tentativa de conformidad con el Art. 39 del mismo cuerpo legal, como probará con testimonios, pericias y prueba documental.⁸⁰

De la exposición realizada por Fiscalía no se establece una pretensión fundada donde se explique los elementos que configuran la tentativa conforme los requisitos determinados en el artículo 39 del Código Orgánico Integral Penal. Por tanto, esta pretensión al carecer de estas exigencias no tiene mayor posibilidad de éxito al prescindirse de prueba específica que justifique la tentativa, sin embargo, la calificación jurídica que realice el órgano jurisdiccional bien puede ratificar estado de inocencia o suplir la deficiencia de derecho conforme el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial, que recoge el principio “*iurianovit curia*”, y encuadrar los hechos, mediante subsunción en un tipo penal diverso.

A continuación, se realiza una explicación en mayor profundidad sobre los requisitos para que opere la tentativa a partir del alegato de apertura propuesto por la Fiscalía en el caso motivo de análisis.

18. Propósito de cometer el delito

En general, el propósito de cometer el delito, constituye el elemento subjetivo del tipo penal y determina el dolo del agente. En relación con el femicidio, este requisito exige que debe probarse por quien acusa que la orientación del sujeto activo del delito está enfocada hacia la consumación del resultado lesivo consistente en la muerte de una mujer por su condición de tal o por su condición de género a consecuencia de relaciones asimétricas de poder.

En el caso materia de análisis, de acuerdo con la acusación fiscal los actos ejecutados por el procesado consistentes en la toma de la víctima para arrojarla contra la pared, la agresión física efectuada con un combo en la cabeza, habiéndole ocasionado varias lesiones en diversas partes de su cuerpo con incapacidad para el trabajo de 31 a 90 días.⁸¹

⁸⁰ Con el fin de garantizar los derechos tanto de la víctima como del procesado, los nombres han sido modificados, de manera que se utilizan los hechos estrictamente con fines académicos.

⁸¹ Testimonio del Médico Legista: “(...) observando dos heridas en la parte frontal, edema en el párpado del ojo izquierdo, brazo izquierdo edema de dos y tres centímetros, nariz hinchada, mano derecha escoriaciones, que ha ingresado por violencia doméstica, se evidencia varias lesiones, tomografía fractura frontal, huesos de la nariz, maxilar, contusión, concluyendo que se trata de una acción traumática, que ha ocasionado una incapacidad para el trabajo de 31 a 90 días, con tratamiento adecuado, quedando pendiente la evaluación traumatológica, ampliación sobre el riesgo vital, fractura frontal, fractura de los huesos de la nariz, fractura del maxilar, contusión hemorrágica cerebral, concluyendo que analizados los diagnósticos se establece múltiples fracturas cara, cráneo, se lesionó el cerebro, produciéndose un riesgo vital”.

El alegato de apertura de Fiscalía cumple con esbozar una pretensión. No obstante, para que opere la tentativa es necesario establecer prueba sobre este punto por el que debe justificarse el propósito de cometer el delito de femicidio por el agente.

19. Principio de ejecución

Para entender el principio de ejecución es necesario analizar el camino del delito “*itercriminis*”, constituido por cuatro fases consecutivas: la ideación, la preparación, la ejecución y la consumación. La interrupción de este camino sin la obtención del resultado lesivo buscado por el agente y consistente, en el tipo penal de femicidio, en la muerte de una mujer por su condición de tal o por su condición de género, obliga a que la medida de la pena no sea completa al no haberse consumado el delito con la obtención de tal resultado. Por ello, es necesario para establecer principio de ejecución cuáles son actos ejecutados por el agente para la realización del femicidio.⁸²

En el caso objeto de estudio, el medio utilizado por el sujeto activo es un combo con el cual ocasiona lesiones en diversas partes del cuerpo de la víctima con incapacidad de 31 a 90 días. El sujeto activo es detenido al momento que se encontraba en el domicilio de la víctima con el combo en su mano. Aun cuando hay actos ejecutados por el agente con un resultado lesivo consistente en lesiones, no se evidencia dolo encaminado hacia la consumación del femicidio que tiene por resultado lesivo la muerte de una mujer por su condición de tal o por su condición de género.

En este sentido, la explicación de los requisitos de la tentativa debe mirarse desde una perspectiva constitucional que consagra un derecho penal de acto y una concepción de delimitación objetivo-subjetiva⁸³ de los actos preparatorios de los ejecutivos, lo que implica que no sean punibles los actos preparatorios, sino únicamente los actos en fase de ejecución. Pensar en un sistema diferente, donde los actos preparatorios sean punibles, y que el solo hecho de ser sorprendido en el domicilio de la víctima con un combo en la mano, configure tentativa de femicidio, constituye una manifestación de derecho penal de autor y no de acto, autorizado y justificado constitucionalmente.

⁸² Amado Ezaine Chávez, *Iter Ciminis. Actos preparatorios. Tentativa. Frustración. Consumación* (Lambayeque: Ediciones Jurídicas Lambayecanas, 1978), 35-37.

⁸³ Miguel Córdoba Angulo, *La Tentativa. Monografías de Derecho Penal* (Universidad Externado de Colombia, 2001), 33, señala: “En síntesis, podríamos decir que para la delimitación de actos preparatorios y actos ejecutivos es necesario combinar elementos subjetivos (plan de autor) y elementos objetivos (puesta en peligro objetivo del bien jurídico y principio de inmediatez temporal)”.

20. La idoneidad y univocidad de la conducta

Se identifica como tercer elemento de la tentativa: la idoneidad y la univocidad de la conducta del agente. No obstante, se debe entender por separado tanto la idoneidad como la univocidad. En la tentativa de femicidio, es idóneo el acto considerado apto para la producción del resultado lesivo consistente en la muerte de la mujer por su condición de tal o por su condición de género. En tanto que, la univocidad de la conducta se tiene cuando los actos ejecutados por el agente se orientan de modo inequívoco hacia la consumación de la muerte de la mujer.⁸⁴

Para diferenciar entre idoneidad y univocidad es necesario precisar que la idoneidad nunca se predica en cuanto a los medios empleados, sino respecto de la conducta del sujeto activo. En el caso en estudio, si se sustituye el combo, por un arma de fuego que, al realizarse la pericia balística, se determina que no podía disparar proyectiles porque el cañón se encontraba dañado, se establece la inutilidad para producir la muerte de una mujer, salvo que sea utilizada como un objeto contundente, en la cual se ocasiona lesiones que pongan en peligro la vida de la víctima. Es por estas razones que el análisis siempre debe estar enfocado hacia la idoneidad de la conducta del sujeto activo y nunca a la de los instrumentos.

21. No consumación del femicidio por circunstancias ajenas a la voluntad del agente

El último elemento de la tentativa implica la interrupción del proceso delictual, que obedece a una fuerza o energía humana, natural que impide el resultado perseguido por el autor, que no es la voluntad propia del sujeto activo⁸⁵. De forma que el corte del circuito criminoso es gracias a la intervención de un tercero, más no del agente porque aquello constituye desistimiento.

En el caso objeto de estudio, se evidencia que no se produjo el resultado lesivo consistente en la muerte de la mujer, esto debido a la cesación de la agresión y la intervención de los familiares que alertaron al agresor su presencia y éste fugo, para posteriormente trasladar a la víctima a una casa de salud.

Otro supuesto opera cuando el autor, quien tiene la intención de dar muerte a la mujer y le envía amenazas de muerte, acercándose hasta su domicilio con el fin de

⁸⁴ Alfonso Reyes Echandía, *Derecho Penal. Parte General*, décima edición (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1986), 170.

⁸⁵ Miguel Córdoba Angulo, *La Tentativa. Monografías de Derecho Penal* (Universidad Externado de Colombia, 2001), 40.

consumar su amenaza. Sin embargo, de aquello cuando asesta el primer golpe con un martillo en la víctima, voluntariamente el agente desiste de la consumación de la muerte y traslada a la víctima hasta el hospital donde se establece el resultado lesivo consistente en fractura de la nariz. En este evento no existe tentativa de femicidio, sin embargo, el agente responde por el resultado lesivo consistente en las lesiones inferidas a la mujer. Este es el caso del desistimiento que se encuentra previsto en el artículo 40 del Código Orgánico Integral Penal que dice:

Quedará exenta de responsabilidad penal por la infracción tentada, la persona que voluntariamente evita su consumación, al desistir de la ejecución ya iniciada o al impedir la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad por los actos ejecutados.⁸⁶

De lo expresado anteriormente, al momento de configurar la tentativa de femicidio no solo cuentan los actos objetivos externos que permitan determinar el desvalor del acto sino el resultado que se atribuye al agente. Por tanto, no cabe la tentativa fijada en parámetros meramente subjetivos y no comprobados en juicio, tanto más que los pensamientos del procesado no son punibles en tanto no se manifiestan y se ejecutan por este para la consumación del resultado lesivo perseguido, consistente en la muerte de una mujer por su condición de tal o por su condición de género.

En consecuencia, no hay tentativa cuando no se fija el propósito del agente para cometer el femicidio al no concurrir una conducta idónea e inequívoca que conduzca hacia la producción del resultado lesivo (muerte de la mujer) propio del tipo que ha sido interrumpido en su curso por una circunstancia ajena a la voluntad del agente.⁸⁷

22. Antijuridicidad en el delito de femicidio

Para el análisis de la categoría de la antijuridicidad en torno al tipo penal de femicidio se parte de la concepción doctrinal por la que esta categoría tiene dos aristas: una formal y otro material. Al respecto, Roxín sostiene que: “Una acción antijurídica es formalmente antijurídica en la medida en que contraviene una prohibición o mandato legal; y es materialmente antijurídica en la medida en que en ella se plasma en una lesión de bienes jurídicos socialmente nociva y que no se puede combatir suficientemente con medios extrapenales”.⁸⁸

⁸⁶Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 40.

⁸⁷ Marcelo Domínguez Correa, “*El desistimiento de la tentativa*”, 213.

⁸⁸ Claus Roxin, *Derecho Penal. Parte General, Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito* (Madrid: Civitas, 1997), 558.

En contrapartida a lo expresado anteriormente, se puede sostener que la antijuridicidad es un juicio de valor, que consiste en el análisis de la contradicción a la normativa, que lesiona un bien jurídico, en la que no debe concurrir ninguna causa de justificación.⁸⁹

A partir de las definiciones anteriores de antijuridicidad, esta categoría dogmática opera a nivel formal cuando el agente entra en contradicción con la norma sustantiva penal que describe y pune el femicidio (artículo 141 del Código Orgánico Integral Penal) ocasionándose con sus actos lesión al bien jurídico consistente en la vida de una mujer, sin que exista causa de justificación alguna por parte del agente.

La antijuridicidad exige identificar dos desvalores: el de acción y el de resultado, en la conducta del agente. Solo cuando se cumplen estos niveles se ha configurado eficazmente la antijuridicidad para pasar luego a la categoría de la culpabilidad.

Para establecer el desvalor de acción y el de resultado en sede de antijuridicidad se aplican constructos doctrinales que divergen conforme el autor de que se trate. En este sentido, la norma puede ser considerada como objetiva de valoración y subjetiva de determinación.

En el femicidio, desde la teoría objetiva de valoración, el núcleo para la determinación del desvalor reside en el resultado lesivo: muerte de una mujer; por otro lado, si se entiende a la norma como subjetiva de determinación lo importante en este tipo penal es la acción que describe matar a una mujer.⁹⁰

En el Ecuador, el fundamento del injusto penal en relación con el femicidio en tanto tipo penal autónomo es el desvalor tanto de la acción por la cual se da muerte a una mujer, como el resultado en general consistente en la muerte de una persona. Esto nos permite concluir que el injusto tiene un sustento de doble desvalor tanto en un ámbito objetivo (resultado), como subjetivo (acción).

Se excluye la antijuridicidad cuando existe una causa de justificación, que afecta la antijuridicidad formal, y excluye la atribución de pena. Por efecto del principio de legalidad, previsto en el numeral 3 del artículo 76 de la Constitución de la República del

⁸⁹ Carlos Arturo Gómez Pavajeu, *El principio de la Antijuridicidad Material* (Bogotá: Nueva Jurídica, 2016), 65; Arturo Ventura Püschel, “Antijuridicidad y tipo de lo injusto”, en Araceli Manjón Cabeza O. y Arturo Ventura Püschel, coord., *Esquemas de Teoría Jurídica del Delito y de la Pena* (Valencia: Tirant Blanch, 2010), 111; Francisco Muñoz Conde, *Derecho Penal Parte General*, (Valencia: Tirant Blanch, 2007), 300; Nodier Agudelo Betancur, *Curso de Derecho Penal. Esquemas del delito*, (Bogotá: La Constitución, 1995), 32; Claus Roxin, *Teoría del Tipo Penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Traducido por Enrique Bacigalupo, (Buenos Aires: Editorial Depalma, 1979), 4.

⁹⁰ Camilo Sampédro Arrubla, “La Antijuridicidad”. En *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, segunda edición (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011), 232.

Ecuador, las causas de justificación se encuentran expresamente previstas en el artículo 30 del Código Orgánico Integral Penal, y son: a) estado de necesidad (art. 32); b) Legítima defensa (art. 33); c) Orden legítima de autoridad competente (art. 30).

En relación con el femicidio, considerándose el diseño del tipo penal, no se excluye la posibilidad de concurrencia de una causa de justificación por legítima defensa, estado de necesidad, u orden legítima. Sin embargo, estas causas de justificación obligan a que sean probadas por quien las propone, de modo que la defensa del procesado al ser activa, provoca esta carga probatoria.

Para la exclusión de la legítima defensa debe concurrir: (a) una agresión actual e ilegítima, (b) la necesidad racional de la defensa; y, (c) falta de provocación suficiente por parte de quien actúa en defensa del derecho. De estos requisitos exigidos legalmente y aplicados en el femicidio se tiene que al analizarse el elemento constitutivo relación de poder, se anula la posibilidad de esta causa.

En cuanto al estado de necesidad, se exige que el derecho protegido esté en real y actual peligro, que el resultado del acto de protección no sea mayor que la lesión o daño que se quiso evitar, que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para defender el derecho. De estos requisitos es imposible el estado de necesidad para excluir la antijuridicidad en el femicidio.

Sobre la orden debida esta es imposible considerándose no existe legitimidad en una orden que contenga la disposición de ejecutar una mujer porque aquello es contrario a instrumentos de derechos humanos y el ordenamiento jurídico nacional. Por tanto, no es lícita la orden de matar a una mujer por el hecho de ser mujer o por su condición de género, excluyéndose por lo tanto esta causa de justificación en el femicidio.

23. Culpabilidad en el tipo penal de femicidio

La categoría dogmática de la culpabilidad representa un conjunto de presupuestos exigidos para que una conducta sea reprochada al autor de un femicidio.⁹¹ Estas condiciones luego constituyen el fundamento de la atribución de pena.

En lo doctrinal se ha propiciado un amplio debate sobre los elementos de la culpabilidad, habiéndose definido por consenso tales elementos: 1) Imputabilidad; 2)

⁹¹ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Tomo IV (Buenos Aires: Editorial Ediar, 1999), 10.

Exigibilidad; y, 3) El conocimiento de la antijuridicidad del actuar,⁹² que están previstos en el artículo 34 del Código Orgánico Integral Penal.

24. Imputabilidad

Conocido como la capacidad de culpabilidad, este elemento debe ser entendido como la “capacidad (del agente) de valorar el comportamiento o el hecho que se realiza y de dirigir la conducta según las exigencias del derecho”.⁹³

La imputabilidad está compuesta por un elemento intelectual y otro volitivo. El elemento intelectual, implica la capacidad de comprensión del agente sobre la ilicitud de su comportamiento. El elemento volitivo, implica la facultad que tiene el agente para auto limitarse en su comportamiento,⁹⁴ a fin de evitar la transgresión de la norma penal que describe y pune el femicidio.

En contrapartida, la incapacidad del agente para valorar el comportamiento y de determinarse conforme a derecho, se la denomina inimputabilidad, que puede ser vista desde el sistema biológico o psiquiátrico, psicológico y mixto.⁹⁵

El sistema biológico o psiquiátrico, hace alusión a la causa de inimputabilidad; el sistema psicológico hace alusión al efecto más no a la causa de inimputabilidad; y, finalmente el sistema mixto hace alusión tanto a la causa como al efecto de la inimputabilidad.⁹⁶ La pregunta es ¿En qué sistema de regulación de inimputabilidad nos enmarca nuestra legislación?

Responder esta pregunta implica hacer un análisis del Código Orgánico Integral Penal, específicamente de los artículos 35 y 36 que, en su orden, establecen:

Art. 35.- Causa de inculpabilidad. - No existe responsabilidad penal en el caso de trastorno mental debidamente comprobado.

Art. 36.- Trastorno mental. - La persona que al momento de cometer la infracción no tiene la capacidad de comprender la ilicitud de su conducta o de determinarse de conformidad con esta comprensión, en razón del padecimiento de un trastorno mental,

⁹² Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal, *Lecciones de Derecho Penal*, vol. 2 (Barcelona: Trotta, 1999). Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Tomo IV, 74-75. Nodier Agudelo Betancur, *Los “inimputables” frente a las causales de justificación e inculpabilidad* (Bogotá: Temis, 2007). Francisco Muñoz Conde, *Derecho Penal. Parte General* (Valencia: Tirant Blanch, 2007). Claus Roxin, *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I (Madrid: Civitas, 1997). Eugenio Raúl Zaffaroni, *Estructura básica del Derecho Penal* (Buenos Aires: Ediar, 2009).

⁹³ Nodier Agudelo Betancur, *Los “inimputables” frente a las causales de justificación e inculpabilidad* (Bogotá: Temis, 2007), 27.

⁹⁴ *Ibíd.* 28-30.

⁹⁵ José Luis Covelli, et. Al. *Imputabilidad y Capacidad de Culpabilidad. Perspectivas Médicas y Jurídico -penales* (Buenos Aires: Dosyuna, 2009), 525-527.

⁹⁶ Nodier Agudelo Betancur, *Los “inimputables” frente a las causales de justificación e inculpabilidad* (Bogotá: Temis, 2007), 36-39.

no será penalmente responsable. En estos casos la o el juzgador dictará una medida de seguridad.⁹⁷

El Código Orgánico Integral Penal, identifica como causa de inimputabilidad al trastorno mental del agente, sin que le sea atribuible culpa., por lo que es necesario que no se confunda la enfermedad con la capacidad de culpabilidad, dado que tener una enfermedad mental, no es significado de ser inimputable, lo que se explica a partir de un ejemplo en que el cleptómano, que no puede autodeterminarse ni dejar de robar, porque efectivamente tiene una enfermedad, no obstante esta enfermedad no le exculpa en caso de que cometa un femicidio.

25. Conocimiento de la antijuridicidad del actuar

El conocimiento de la antijuridicidad implica un ejercicio intelectual en el sujeto, que tiene la capacidad para comprender que una determinada conducta está prohibida y que la asimila en su consciencia,⁹⁸ e interioriza la prohibición normativa para evitar su quebranto.

Este presupuesto se puede afectar por el desconocimiento de la antijuridicidad del actuar, que más tarde configura el error de prohibición cuya concurrencia es imposible en un femicidio toda vez que la prohibición normativa que ordena no matar a una mujer por su condición de tal o su condición de género es ampliamente conocida por la población. De ahí que la culpabilidad se encuentra definida en el artículo 34 del Código Orgánico Integral Penal que dice: “Para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta”.⁹⁹

26. La exigibilidad

Como último elemento de la culpabilidad se destaca la exigibilidad de otra conducta distinta. Analizar este elemento implica considerar que el derecho demanda el cumplimiento de comportamientos normales, que no sean extraños a la naturaleza común del ser humano, de ahí que no se exigen comportamientos heroicos, ni anormales.

James Goldschmidt sostenía que la “culpabilidad, como modalidad de un hecho antijurídico, es la atribución de tal hecho a una motivación reprochable. Por

⁹⁷ Ecuador, “Código Orgánico Integral Penal”, arts. 35 y 36.

⁹⁸ Francisco Muñoz Conde, *Derecho Penal. Parte General* (Valencia: Tirant Blanch, 2007), 360.

⁹⁹ Ecuador, “Código Orgánico Integral Penal”.

consiguiente, la exigibilidad presupone siempre un deber”.¹⁰⁰ En este sentido, la exigibilidad en un delito de femicidio, se verifica a través de la existencia de conductas distintas a la cometida por el autor, determinándose que al sujeto activo le era exigible comportarse conforme a la norma y de manera distinta a la que ocasionó el femicidio, consistente en la muerte de una mujer por su condición de género dentro de relaciones de poder.

27. Análisis de participación en el delito de femicidio

En la consumación de un delito de femicidio generalmente concurre una persona. No obstante, no se excluye la posibilidad de participación de pluralidad de sujetos para la consumación de este injusto, en cuyo caso para determinar el reproche penal y la atribución de culpa será necesario establecer los actos ejecutados por cada uno de las participantes para determinar la principalidad o secundariedad de tales actos para la configuración de autoría o complicidad.

28. La autoría

En general, la participación en un delito de femicidio se realiza por un solo agente quien recibe la calificación de autor directo,¹⁰¹ por ejecutar un delito eminentemente doloso. Sin embargo, en la perpetración de este injusto también puede operar pluralidad de sujetos con un autor mediato y otro directo, de donde concurre una circunstancia agravante genérica del delito, prevista en el numeral 5 del artículo 47 del Código Orgánico Integral Penal. Para la adecuación de la autoría mediata debe considerarse las siguientes descripciones dadas en el artículo 42 *ibídem*:

- a) Quienes instiguen o aconsejen a otra persona para que cometa una infracción, cuando se demuestre que tal acción ha determinado su comisión.
- b) Quienes ordenen la comisión de la infracción valiéndose de otra u otras personas, imputables o no, mediante precio, dádiva, promesa, ofrecimiento, orden o cualquier otro medio fraudulento, directo o indirecto.
- c) Quienes, por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obliguen a un tercero a cometer la infracción, aunque no pueda calificarse como irresistible la fuerza empleada con dicho fin.
- d) Quienes ejerzan un poder de mando en la organización delictiva.¹⁰²

¹⁰⁰ James Goldschmidt, *La concepción normativa de la culpabilidad* (Buenos Aires: Editorial B de F, 2007), 105.

¹⁰¹ Ecuador, “Código Orgánico Integral Penal”, art. 42, señala: “(...)Autores. - Responderán como autoras las personas que incurran en alguna de las siguientes modalidades: 1. Autoría directa: a) Quienes cometan la infracción de una manera directa e inmediata (...)”.

¹⁰² Ecuador, “Código Orgánico Integral Penal”, art. 42.

29. La coautoría

Existe la posibilidad que se cometa el delito de femicidio mediante la coautoría, para lo cual es necesaria la concurrencia de varios sujetos que coadyuven a la ejecución del delito, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el cual no habría podido perpetrarse la muerte de una mujer por su condición de tal o por su condición de género.¹⁰³ De forma que en la coautoría concurre: el plan común, la esencialidad de la contribución y el aporte (actuación) en el momento de la ejecución.¹⁰⁴ No obstante, el elemento típico: “relaciones de poder”, ofrecen dificultad para definir la coautoría dado que esta relación y la configuración del dolo es atribuible a uno de los dos agentes, más no a los dos.

30. Complicidad

Los cómplices son aquellos partícipes que en forma dolosa facilitan o cooperan, con actos secundarios, anteriores o simultáneos, para la consumación del delito. Conforme esta definición, la complicidad en la perpetración de un femicidio no se excluye en tanto los actos ejecutados por el agente no influyan de manera principal en el cometimiento del hecho delictivo consistente en la muerte de una mujer por su condición de tal o por su condición de género.

La complicidad es posible solo en delitos dolosos sin que sea posible en los culposos. Por tanto, para la existencia de complicidad, el partícipe debe conocer que contribuye en la comisión del acto punible (femicidio), y concurre, por tanto: a) Una acción u omisión (dolosa); y, b) Falta del dominio del hecho. Sin embargo, cuando se verifica este último elemento, el actuar del partícipe será calificado como autoría.¹⁰⁵

¹⁰³Rafael Berruezo, *Autoría y participación desde una visión normativa*, (Argentina: Editorial B de F, 2012).

¹⁰⁴ Alberto Hernández Ezquivel, Lección 16: Autoría y Participación en *Lecciones de Derecho Penal Parte General* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011), 349.

¹⁰⁵ *Ibíd.*, 299.

Capítulo tercero

La interpretación jurisdiccional del femicidio

En este capítulo, a partir del estudio de un caso ejecutoriado se ejemplificará bajo la perspectiva de género como se aplica la dogmática en la praxis judicial al momento de procesar un hecho, reportado como muerte violenta e intencional de una mujer en un contexto íntimo, con lo cual se visibilizará el cumplimiento del deber de debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer¹⁰⁶.

Para el cumplimiento de este objetivo, se efectuó una investigación cualitativa¹⁰⁷ para lo cual se optó por el estudio de un caso¹⁰⁸ correspondiente al año 2016, que está ejecutoriado y por tanto no mantiene en discusión la presunción de inocencia del procesado al haberse resuelto en sede de casación¹⁰⁹ con la inadmisión de este medio impugnatorio extraordinario. Esta selección permitió obtener data de interés, para la formulación de conclusiones que más adelante se expresan.

En relación con la calificación jurídica de los hechos acusados por la Fiscalía y debatidos por el procesado para su posterior encuadre (mediante subsunción) en el tipo penal de femicidio íntimo con determinación de sus elementos constitutivos: sujeto activo, sujeto pasivo, verbo rector, elementos normativos, elementos descriptivos, para la atribución de culpa y la dosificación de la medida de la pena con la verificación de circunstancias agravantes (genéricas-específicas) y/o circunstancias atenuantes, se tomó como base el Modelo de Protocolo Latinoamericano de Investigación de las Muertes Violentas de mujeres por razones de género (feminicidio/feminicidio)¹¹⁰.

Para el procesamiento del caso de estudio, se han considerado las siguientes variables: a) Identificación del proceso; b) Hechos con determinación de tiempo,

¹⁰⁶ Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belém do Pará, 1994).

¹⁰⁷ Roberto Hernández Sampieri, Carlos Fernández Collado, y María del Pilar Baptista Lucio, *Metodología de la Investigación*, 5ª ed. (México D.F.: McGraw-Hill, 2010), 13, señala: “(...) Enfoque cualitativo (...) Composición de la muestra (...) Casos individuales, representativos no desde el punto de vista estadístico (...)”.

¹⁰⁸ Ecuador Tribunal De Garantías Penales con sede en el cantón Loja Provincia De Loja, “Sentencia”, en *Juicio n.º*: 11282-2016-00674G, 10 de octubre de 2016.

¹⁰⁹ Ecuador Corte Nacional de Justicia Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Juicio n.º*: 11282-2016-00674G, 08 de junio de 2018.

¹¹⁰ ONU Mujeres, *Modelo protocolo...*, 97.

espacio y sujetos,¹¹¹ c) Tipo penal con determinación de elementos constitutivos, circunstancias agravantes (genéricas y específicas) y atenuantes;d) La actuación de medios de prueba ya sean testimoniales, documentales, periciales; y, e) Resultado procesal, entendido como la decisión a la que llegó el Tribunal al momento de emitir una sentencia.

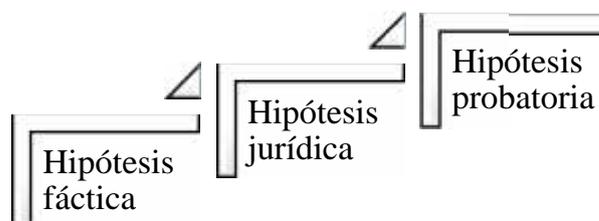
1. Dimensiones analíticas de la teoría del caso

El contenido de la teoría del caso está dado por: (a) un presupuesto fáctico, con determinación de tiempo, espacio, señalamiento de las acciones (u omisiones) atribuidas al procesado; (b) un presupuesto jurídico dado por la calificación de los hechos y su adecuación en la descripción típica con el establecimiento de sus elementos constitutivos (sujeto activo, sujeto pasivo, verbo rector, elementos normativos, elementos descriptivos y pena); (c) presupuesto probatorio, con señalamiento de medios sean testimoniales, periciales o documentales; y, (d) conclusiones en donde se expresa la pretensión procesal formulada por la parte dentro del proceso con miras a la resolución del órgano jurisdiccional en etapa de juicio.¹¹²

Lo expresado anteriormente se resume en el siguiente esquema:

Gráfico 4

Teoría del caso



Fuente: Propia

Elaboración: Propia

Al tratarse de la muerte de una mujer, debemos seguir el programa metodológico de investigación de la ONU, para descartar o afirmar la siguiente interrogante ¿La muerte es un femicidio?

¹¹¹ La identificación de los involucrados se realiza a través de las iniciales de sus nombres y apellidos, en virtud de la disposición contenida en el Art. 76.2 de la Constitución de la República y la doctrina de protección integral aplicable a las víctimas.

¹¹² Javier Jiménez, *El aspecto jurídico de la teoría del caso. Teoría de la imputación penal*, Ángel Editor, México, 2010.

El núcleo central del proceso penal ordinario se desarrolla en la etapa de juicio ante un Tribunal de Garantías Penales, en el que las partes procesales exponen sus pretensiones mediante la formulación de sus teorías del caso con el contenido que ha quedado fijado de modo precedente.

La etapa de juicio se sustenta en la necesidad de acusación fiscal que sostenga la prosecución penal, bajo el entendido por el que: sin acusación no hay juicio.¹¹³ Ya en juicio, la esencia de la acusación fiscal reposa sobre la teoría del caso, que puede ser definida como la correspondencia de la hipótesis fáctica, la hipótesis jurídica y la hipótesis probatoria, tendiente a la obtención de una condena.

El debate en juicio ante el órgano jurisdiccional se realiza por las partes respecto de la concurrencia de los elementos constitutivos del delito de femicidio (sujeto activo, sujeto pasivo, verbo rector, elementos normativos, elementos descriptivos y pena) audiencia que se desarrolla bajo los principios procesales de oralidad, inmediación, publicidad¹¹⁴, concentración, y se evacua a partir de la acusación fiscal que se confronta con el argumento de defensa del procesado.

De este modo, el debate que propician las partes se efectúa sobre el contenido de sus teorías del caso y sus contenidos: fáctico, probatorio, *de iure* y conclusivo, de lo cual el órgano jurisdiccional establece el derecho aplicable al caso concreto, que es la resultante de un proceso de síntesis por el que se analizan estas dos perspectivas y pretensiones contrapuestas y hasta excluyentes.

La teoría del caso propuesta por la Fiscalía debe estar construida desde una perspectiva de género, partiendo de proposiciones que permitan al juzgador conocer en detalle el suceso, destacando aquellos datos del hecho relacionados con: a) Las circunstancias de tiempo, modo y lugar de ocurrencia de la muerte; b) La identificación del presunto responsable, en cuanto a su origen se refiere; c) Naturaleza y grado de vinculación con la víctima,¹¹⁵ entre otros aspectos que permitan establecer la muerte violenta de una mujer por su condición de tal o su condición de género. Su proposición

¹¹³ Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal* (Madrid: Editorial Trotta, 1995), 98.

¹¹⁴ De conformidad con el Art. 562 del COIP, las audiencias por regla general se desarrollan bajo el principio de publicidad, a excepción de las audiencias sobre delitos contra la integridad sexual y reproductiva, violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, las mismas que deben ser reservadas, por lo que aplicando esta premisa las audiencias de juzgamiento de los delitos de femicidio deberían ser reservadas, sin embargo, en la práctica depende de la perspectiva del Tribunal para que sea declarada la audiencia pública o reservada.

¹¹⁵ ONU *Mujeres Modelo de protocolo...*, 62.

debe ser sustentada tanto sobre el delito cuanto la responsabilidad penal del procesado, esto a partir de la carga de la prueba (*onus probandi*).

Siguiendo el esquema propuesto, en el componente jurídico debe efectuarse de manera técnica la acreditación de todos los elementos del tipo penal acusado (femicidio), destacando la motivación del hecho basado en género, y descartando mediante un ejercicio previo las hipótesis derivadas de otras alternativas para la imputación del resultado, como pueden ser el homicidio simple o calificado, en orden a establecer la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad para la atribución de condena al procesado

No obstante, esta teoría del caso se relativiza cuando a falta de los elementos constitutivos del femicidio, el Tribunal decidiera que los hechos acusados se adecuan en otro tipo penal (homicidio simple o agravado), esto a partir del principio *iuriano vit* por el que el órgano jurisdiccional conoce el derecho y suple los errores *de iure* en que incurre el órgano encargado de la prosecución penal.¹¹⁶ Tema que actualmente tiene norma trascendencia sobre el principio de congruencia, la imparcialidad del juez y la afectación del derecho a la defensa del acusado.

2. Identificación del caso objeto de estudio

Para fines de identificación del caso de estudio, a fin de evitar revictimización secundaria se optó por abreviar los nombres tanto de la víctima como del procesado.

Gráfico 5

Datos generales del proceso

Número de proceso:	11828-2016-00674G
Tribunal competente:	Tribunal de Garantías Penales de Loja
Procesado:	J.A.L.L.
Víctima:	(+) C.Y.L.S.

Fuente: Propia

Elaboración: Propia

3. Hechos

Los hechos acusados por la Fiscalía, precisan que se suscitaron el día 11 de enero de 2016, aproximadamente a las 15:00, cuando la víctima, identificada con las iniciales C.J.L.S., acudió a un control de embarazo en el Subcentro de Salud No. 2 de la ciudad de Loja, lugar donde acordó encontrarse con su primo JALL padre del hijo que

¹¹⁶ María Belén Salido, *El iuria novit curia y su incidencia en el derecho de defensa en juicio y en la garantía de imparcialidad del juzgador*, Editorial B de F, Argentina, 2016.

esperaba en su vientre, quien llegó a bordo de un vehículo tipo taxi, al cual se subió la víctima y fue trasladada hasta el barrio Pucará (sitio Jimbilla), Loja, en donde es estrangulada¹¹⁷ hasta producir su muerte violenta, siendo abandonado el cuerpo inerte en unos matorrales, que tiempo después fue encontrado el día 21 de enero de 2016.

De su parte, la defensa técnica del procesado frente a la acusación fiscal, planteó dos temáticas. La primera relacionada con la inexistencia de los elementos constitutivos del delito de femicidio. En este sentido, pese a que no le corresponde la carga de la prueba, ofreció justificar la perpetración de un delito de homicidio, verificándose una divergencia en cuanto a la calificación jurídica de los hechos en un tipo penal menor. La segunda alegación se relacionó con la exclusión de prueba, en la que se realizó un ejercicio argumentativo encaminado a excluir una conversación de una red social, sin que se haya establecido la causa de la ilicitud y la trascendencia de tal vicio en la postulación de la prueba debatida en juicio.

4. Tipo penal

La divergencia de pretensiones procesales de Fiscalía General del Estado y el procesado se expresa en el siguiente cuadro.

Gráfico 6

Pretensiones procesales caso 2016-0674G

Fiscalía	Defensa procesado
<p>Femicidio. Artículo 141 COIP en concordancia con el Art. 42.1.a ibidem, y la concurrencia de las agravantes específicas de los numerales 2 y 4 del Art. 142 ibidem y la circunstancia agravante genérica del numeral 4 del Art. 48 ibidem.</p>	<p>Homicidio simple. Art. 144 COIP. Sin atenuantes ni agravantes.</p>

Fuente: Propia

Elaboración: Propia

5. Prueba

Conforme el artículo 498 del Código Orgánico Integral Penal, son medios de prueba: el documento (público-privado), el testimonio y la pericia. Refiriéndonos a la pericia, en el caso de muertes violentas de mujeres, el modelo de investigación de la

¹¹⁷ En el Ecuador el 31% de casos de femicidio registrados en el periodo agosto 2014 a agosto 2015, develaron la utilización como modalidad del estrangulamiento para asfixiar a las víctimas. “El arma puede ser cuerda, manos del victimario, almohada, entre otros”. Fiscalía General del Estado, Análisis Penológico 2014-2015, Dirección Nacional de Política Criminal, 1ra. Edición digital: abril 2016. <https://www.fiscalia.gob.ec/images/NuestrasPublicaciones/femicidiopc.pdf>

ONU, recomienda la práctica de peritajes psicológicos, antropológicos y de trabajo social, para determinar la existencia de relaciones previas (laboral, docente, sentimental, etc.) entre la víctima y el victimario que determinen el grado de confianza, superioridad o subordinación de la víctima, la presencia de patrones culturales misóginos, machistas o de discriminación en contra de las mujeres, entre otros elementos avizorados desde el género.

En el caso concreto, la prueba actuada por las partes se resume en el siguiente cuadro:

Gráfico 7

Prueba actuada por Fiscalía y Defensa

Prueba de cargo de la fiscalía	Prueba de descargo del procesado
<p align="center">Testimonial</p> <p>1. E.M.S.M., madre de la occisa.</p> <p>Refirió que su hija C.J.LS., estaba embarazada de 4 meses, con respecto al origen de embarazo ésta le manifestó inicialmente que era producto de un abuso sexual, pero que posteriormente ante la presión familiar manifestó que el padre de su hijo era su primo J.A.L.L., y que no deseaba hablar con él por temor. El 11 de enero su hija llamó a J.A.L.L., y mencionó que él “quiere hablar sobre el bebe”. Ese mismo día acudió con su hija al Subcentro de salud, donde se realizó el control de embarazo, pero a la salida ella le pido que se fuera, porque si “él la ve con ella él no va a quere hablar, fue la última vez que vio a su hija”.</p>	<p align="center">Testimonial</p> <p>1. J.A.L.L., procesado.</p> <p>Se acoge al derecho constitucional del silencio.</p>
<p>2. Cbos. Marcia Enith Yupangui Medina, Agente DINASED.</p> <p>Agente DINASED, delegada a la búsqueda y localización de C.J.LS. A través del reporte del GPS determina que la ruta proporcionada por J.A.L.L., no concuerda con la del rastreo satelital del vehículo.</p>	<p>2. María Diocelina León Chamba, madre del procesado.</p> <p>Su hijo tenía una pareja sentimental que se llamaba A.S. y llevaban juntos unos 6 a 7 años, separándose por unos dos años; que durante ese tiempo tuvo otra pareja sentimental con quien procreó un hijo. Que</p>

<p>Hermana de la occisa le indico 4 hojas impresas de una red social correspondiente a una presunta conversación entre la occisa y el procesado, la parte que le enseño en ese momento decía que él no quería que tenga el bebe. Que, de acuerdo a la información proporcionada por el procesado, había dejado a la occisa en el terminal con una amiga y un chico moreno a quien habría pedido le haga una carrera a Guayaquil</p>	<p>conocía a C.J.LS., ya que era sobrina de su esposo; que ellos se conocieron cuando se murió su cuñado ya que antes no se conocían. Que no supo que haya habido ninguna relación sentimental entre ambos.</p>
<p>3. Guadalupe Soledad León Samaniego, hermana de la occisa.</p> <p>Días antes al hecho su hermana le refirió que estaba embarazada de su primo J.A.L.L., pero que “él no quiere que sepan y que tenga ese niño, que si se entera la familia su papá lo va a matar o el mismo se mata”.</p>	<p>3. Roberto Carlos Jiménez Buri, testigo no presencial.</p> <p>Refiere la existencia de una relación sentimental de J.A.L.L., con una tercera persona.</p>
<p>4. Ángel Alcívar León Samaniego, hermano de la occisa.</p> <p>Desconocía de embarazo de su hermana. Participó en las diligencias de búsqueda.</p>	<p>4. Rocío Noemí Ponce Ramón Honorabilidad.</p>
<p>5. Juan Bautista Sarango Soto, testigo no presencial</p> <p>Propietario del vehículo tipo taxi entregado a J.A.L.L., para que trabaje el lunes 16 de enero de 2016. Ese día fue entregado el vehículo lavado, en el terminal terrestre, aproximadamente a las 18h15 a 18h30.</p>	<p>5. Olga Esperanza Torres Sánchez, testigo no presencial</p> <p>Refiere la existencia de una relación sentimental de J.A.L.L., con una tercera persona.</p>
<p>5. Ana Cumanda Samaniego Burneo, perito en psicología</p> <p>Entrevistó al procesado, éste le refirió que conoció a C.J.LS., que eran primos, que sus familias eran distantes y se habían conocido poco tiempo antes de los</p>	<p>6. Marco Alberto Medina Quizhpe, testigo no presencial</p> <p>Refiere la existencia de una relación sentimental de J.A.L.L., con una tercera persona.</p>

<p>hechos. Que el 11 de enero de 2016, recibió una llamada de ella para indicarle que estaba embarazada y que el hijo era de él. Se citaron a las 16h00, la recogió en el taxi, le reclamo por qué dice que el hijo es de él si ellos no han tenido relaciones sexuales, inicia discusión hasta que “pierde un poco en el tiempo y que no recuerda lo que sucedió y que posteriormente recuerda que la señorita estaba con un cable auxiliar amarrado al cuello y dice que ya la vio y no tenía pulso”.</p> <p>Como resultado de los test aplicados, se desprende que tiene una personalidad impulsiva, agresividad, rasgos depresivos que aparecen posterior a que está detenido, que tiene voluntad y conciencia, estaba arrepentido, tenía sentimientos de culpa de lo ocurrido y probablemente si es que él se siente provocado el sí puede reaccionar impulsivamente.</p>	
	<p>7. Servio Jonathan CarrionZhune, testigo no presencial</p> <p>Refiere la existencia de una relación sentimental de J.A.L.L., con una tercera persona.</p> <p>8. Ana Isabel Samaniego Chamba, testigo no presencial</p> <p>Refiere ser la novia de J.A.L.L., desde hace siete años.</p>
<p>Documental (Acuerdo probatorio)</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Acta de levantamiento del cadáver C.J.LS.; 2. Informe pericial de levantamiento de perfiles genéticos de las muestras ungueales tomadas de C.J.LS.; 3. Formulario para la solicitud de 	<p>Documental</p> <p>Ninguna</p>

<p>análisis Biológicos;</p> <ol style="list-style-type: none">4. Formulario para la recepción de muestras cadena de custodia;5. Informe Técnico Biológico Forense 013-2016;6. Historia Clínica de C.J.LS.;7. Inspección Ocular Técnica del Levantamiento del cadáver de C.J.LS.;8. Reconocimiento del lugar de los hechos;9. Copias del acto Administrativo Nro. 4183-AA-DP-53;10. Informe del GPS del taxi de placas LBA-996, conferido por la empresa Kradac;11. Acta de reconocimiento Exterior, identificación y Autopsia médico legal de C.J.LS.;12. Autopsia médico legal C.J.LS.;13. Parte policial, del levantamiento del cadáver C.J.LS.;14. Certificado Único Vehicular del automotor de placas LBA-9996;15. Documentos relacionados con las conversaciones mantenidas entre la víctima y el procesado en el Facebook;16. Informe de reporte de llamadas de “Claro”;17. Informe Técnico Pericial de Audio, Video y Afines;18. Datos personales C.J.LS; J.A.L.L;19. Antecedente penales J.A.L.L;20. Datos de filiación de J.A.L.L.	
---	--

Gráfico 7 1

Fuente: Propia

Elaboración: Propia

6. Resultado procesal

Desde el punto de vista materialista dialéctico, el proceso penal se desarrolla a partir de tres elementos: la tesis, la antítesis y la síntesis. En un proceso penal ordinario por femicidio, la tesis está dada a partir de la acusación fiscal que sostiene la concurrencia del acusado de los elementos constitutivos de este tipo penal y la responsabilidad penal; en tanto que, la antítesis es una postura propia del procesado quien ejerce el contradictorio frente a la acusación fiscal. Finalmente, de estas posturas y pretensiones, corresponde al órgano jurisdiccional, establecer que teoría del caso es la que prevalece, ya sea al condenar o absolver lo que es fruto de la síntesis efectuada sobre el contenido fáctico, jurídico y probatorio desarrollado en juicio.

En el caso concreto, el Tribunal de Garantías Penales de Loja, luego de haber efectuado audiencia de juicio, el día 8 de diciembre del 2016, las 09:44, declaró sin mayor análisis en sentencia la existencia del delito de femicidio, tipificado en el artículo 141 del Código Orgánico Integral Penal, con la agravante específica prevista en el numeral 4 del artículo 142 *ibídem*, esto es: “El cuerpo de la víctima sea expuesto o arrojado en un lugar público”, sin considerar la agravante del numeral 2 “Exista o haya existido entre el sujeto activo y la víctima relaciones familiares, conyugales, convivencia, intimidad, noviazgo, amistad, compañerismo, laborales, escolares o cualquier otra que implique confianza, subordinación o superioridad”, pese a la existencia de una relación de intimidad (femicidio íntimo) producto de la cual quedó embarazada la víctima, lo cual posterior generó superioridad del agresor sobre su cuerpo y sobre la decisión de ser o no madre, sin embargo de lo cual se impuso al acusado JALL, en calidad de autor directo la pena privativa de libertad de veintiséis años, pena pecuniaria de mil salarios básicos unificados del trabajador en general (USD394.000), y como reparación material a favor de la víctima indirecta por la cantidad de USD 241.560.

El sentenciado JALL inconforme con el fallo del tribunal aquo, presenta el recurso de apelación, para ante la Corte Provincial de Justicia de Loja, fijando el gravamen bajo la concurrencia de error de juicio en dos puntos: 1) sobre el quantum de la reparación material; 2) La atipicidad por falta de concurrencia del elemento: relación de poder entre la víctima y el victimario.

El Tribunal *adquem* de la Corte Provincial de Justicia de Loja¹¹⁸, luego de efectuar la audiencia oral, pública y de contradictorio de fundamentación del recurso de apelación propuesto por JALL, el día 3 de mayo de 2017, dicta sentencia en la que declaró sin lugar la impugnación propuesta por JALL, ratificándose la condena impuesta por el *aquo*. El análisis efectuado por el tribunal de alzada destaca el enfoque de género de los operadores, el dominio en el uso de la terminología, análisis de los elementos del tipo penal, y una disgregación de otros tipos penales que tienen como bien jurídico protegido la vida, destacando que la protección de más allá de este bien por parte de femicidio, es la protección de la dignidad humana.

En ejercicio de su derecho a recurrir JALL, plantea a través de medio escrito casación para ante la Corte Nacional de Justicia, habiéndose verificado el sorteo legal y radicado competencia en el Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito que realizó conforme la resolución 10-2015 dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, admisión de este medio impugnatorio, luego de cual dictó auto de 8 de junio del año 2018, las 10:11, por el que se inadmitió a trámite tal pretensión impugnatoria que se efectuó sobre la base de error *in iudicando* por indebida aplicación del artículo 457 del Código Orgánico Integral Penal, inherente a los criterios de valoración de la prueba.

Con la dictación de este auto de inadmisión de casación, se configuró la institución de cosa juzgada al no existir otro recurso ordinario pendiente de resolución.

7. Análisis del caso concreto.

Desde la perspectiva de la teoría del caso, en un alegato de apertura “las partes presentarán al tribunal el caso que está a punto de conocer, señalando qué es lo que la prueba demostrará y desde qué punto de vista específico ella debe ser apreciada”¹¹⁹ por el órgano jurisdiccional. Este alegato tiene por propósito presentar al tribunal la teoría del caso de cada parte y efectuar un ofrecimiento acerca de qué hechos quedarán acreditados a partir de la prueba presentada y actuada por las partes en audiencia de juicio para ante el Tribunal.

En el caso de estudio, el contenido del alegato de apertura efectuado por la acusación fiscal y el acusado, carece de una estructura adecuada, que permitan precisar

¹¹⁸Ecuador Corte Provincial de Justicia Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Juicio n.º*: 11282-2016-00674G, 08 de diciembre de 2016.

¹¹⁹ Andrés Baytelman, *Mauricio Duce, Litigación penal. Juicio oral y Prueba* (Santiago de Chile: Universidad Diego Portales, 2004), 34.

un contenido fáctico, jurídico y probatorio plenamente definido que se constituya en el objeto específico de la discusión penal, en el caso del fiscal se suma la falta de precisión de la motivación para la consumación del hecho, entre otros elementos.

El alegato de Fiscalía en su estructura se aparta del Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género de la ONU, el cual si bien es cierto no es de uso obligatorio, pero contiene orientaciones generales y líneas de actuación para mejorar los resultados de la investigación y el enjuiciamiento de las muertes violentas de mujeres por razones de género. El componente fáctico analizado, contiene unos hechos con determinación de tiempo, espacio y la descripción de los actos ejecutados por el agente para la consumación del femicidio, pero carece de una explicación fundada sobre el elemento típico: relación de poder, la modalidad del femicidio: íntimo, no íntimo, el contexto, la justificación de la existencia de agravantes genéricas o específicas. De forma que en esta formulación no se evidencia la construcción pormenorizada de premisas fácticas, que permitan transmitir un mensaje claro al receptor (Tribunal de Garantías Penales).

De su parte, la formulación de la teoría del caso realizada por el acusado, confundió las etapas del proceso penal a través de un ejercicio argumentativo encaminado a excluir una prueba, ejercicio que no corresponde en el alegato de apertura, lo que constituye un defecto muy común en la litigación cuando las partes emiten conclusiones y argumentos acerca de la prueba en este momento inicial de la etapa de juicio, lo que es inadmisibles desde un punto de vista normativo, y contraproducente desde el punto de vista de la litigación, toda vez que el alegato de apertura es propositivo a diferencia del alegato final, que es argumentativo o conclusivo.¹²⁰

La defensa del acusado no excluye en su alegato la existencia del hecho lesivo consistente en la muerte de una mujer, lo que constituye una posición autoinculpatória, centrándose tan solo en la divergencia de la calificación jurídica de los hechos que a su consideración debió subsumirse en un delito de homicidio simple y no en delito de femicidio. Estrategia que persigue la aplicación de menor medida del *quantum* de la pena a través de la aplicación de un tipo penal simple, sin la concurrencia de circunstancias agravantes.

¹²⁰ Andrés Baytelman, Mauricio Duce, *Litigación penal. Juicio oral y Prueba* (Santiago de Chile: Universidad Diego Portales, 2004), 210.

Para descartar esta hipótesis, sabemos que en los delitos de homicidio simple y agravado (asesinato) el bien jurídico vulnerado es la muerte de un ser humano, la divergencia entre uno y otro tipo penal radica en la motivación evidenciada a través de las circunstancias constitutivas y en la dosificación punitiva, esta última considerada por algunos doctrinarios como vulneratoria al principio de proporcionalidad o igualdad formal, sin tomarse en cuenta que no solo se persigue la tutela de la vida, sino la dignidad humana.

El femicidio tutela el bien jurídico, vida, de una mujer por su condición de tal o su condición de género, a través de un diseño típico autónomo con elementos específicos que justifican la aplicación de un plus de pena diverso al de los delitos de homicidio simple y agravado. De esta forma, la autonomía del femicidio y su construcción típica específica fundamenta la dosificación punitiva diferencia frente al bien jurídico, vida de un ser humano.

El Tribunal de Garantías Penales, cuando analizó los hechos materia de acusación fiscal, a la luz de las teorías del caso propuestas por las partes llega la conclusión por la que declaró probada la existencia del delito de femicidio, tipificado y punido por el artículo 141 del Código Orgánico Integral Penal, con la concurrencia de la circunstancia agravante específica del numeral 4 del artículo 142 ibidem, que desembocó en una dosificación punitiva de más un tercio del máximo previsto en el tipo penal, sin análisis a profundidad del elemento normativo, relación de poder, inobservando la existencia de la agravante específica del numeral 2 del artículo 142, y las agravantes genéricas del artículo 47, numerales: 7. “Cometer la infracción con ensañamiento en contra de la víctima” dada la evidente nula o claramente reducida capacidad de defensa, 9 “Aprovecharse de las condiciones personas de la víctima que impliquen indefensión o discriminación” al encontrarse física y psicológicamente desarmada, con el fin de encontrarse y dar a conocer los resultados de los exámenes médicos reduce la capacidad defensiva de la víctima, 11. “Cometer la infracción en perjuicio de... mujeres embarazadas” a decir del testimonio de su madre, y hermana la víctima se encontraba de seis semanas de embarazo, lo cual adicionalmente habría sido probado a través de la historia clínica, aplicándose de manera errónea la dosificación punitiva, evidenciándose en el resultado del proceso la inutilización de un “sistema de valoración probatoria que rompa con la lógica androcéntrica del derecho penal”¹²¹.

¹²¹ ONU Mujeres, *Modelo de protocolo...*, 102.

El órgano jurisdiccional en sede de apelación desde el punto de vista de la dogmática jurídico-penal, al analizar los elementos normativos en sede de tipicidad, más allá del resultado lesivo consistente en la muerte de una mujer por su condición de tal, destaca la concurrencia de una relación de poder existente víctima y victimario, sin que se precise en qué ámbito operó la asimetría de la relación de poder, por lo que excluye la calificación jurídica de un homicidio simple o agravado. En base a la prueba practicada, develó la motivación del agente para privar de la vida de una mujer, por su condición de tal, en un marco de desiguales relaciones de poder, para este elemento se destaca la inexistencia de pericias sociológicas, psicológicas o de ramas auxiliares a las jurídicas. El agente no aceptó el embarazo de la víctima, rechazó sus responsabilidades derivadas del embarazo, esto por mantener una relación con otra persona, lo que se constituyó en el motivo de consumación del delito.

En cuanto a la reparación integral, desde la perspectiva judicial se limita única y exclusivamente a la imposición de una indemnización de USD241.560, cálculo realizado en base al criterio de la CIDH en el Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú¹²², en cuanto se refiere al lucro cesante, sin la existencia de elementos probatorios encaminados a corroborar el daño ocasionado en los planos material e inmaterial. Este cálculo se aparta del principio de legalidad previsto en el numeral 3 del artículo 76 de la Constitución, pues en términos procesales provoca la inejecutabilidad de esta parte de la decisión judicial por el sentenciado, quien a la fecha de los hechos tenía como ocupación chofer, y por otra parte no cesa ni mitiga los efectos del delito en las víctimas secundarias; sino todo por el contrario se los somete a una revictimización secundaria, ya que para ejecutar lo inejecutable deberían acudir a otras instancias judiciales.

En base a los comentarios expresados líneas arriba, con ayuda de la estructura de la teoría del caso propuesta en el Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género de la ONU, se plantea un esquema práctico para verificar el cumplimiento por parte de Fiscalía de los criterios generales propuestos por ONU al momento de investigar y preparar una teoría del caso de muertes violentas de mujeres por razones de género.

¹²² Corte Interamericana de los Derechos Humanos, Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú, *Resolución (reparaciones y costas)*, 19 de septiembre de 1996. Sobre la **base de las pruebas presentadas** por la Comisión para la determinación del monto de la reparación y gastos causados, la CIDH determinó la fórmula de cálculo del daño emergente y lucro cesante por los daños causados por el Estado peruano a las víctimas de la desaparición al interior del establecimiento penal San Juan Bautista.

Gráfico 8
Teoría del caso

Hipótesis fáctica	Fiscalía	
	Cumple	No cumple
	X	
Cuándo	X	
Dónde	X	
Qué hizo	X	
A quién se lo hizo	X	
Circunstancia	X	
Resultado de la Acción	X	
Móvil de la acción		X
Hipótesis jurídica	Cumple	No cumple
Tipo penal aplicable	X	
Acción penalmente relevante	X	
Modalidad de la acción	X	
Posibles móviles del hecho		X
Sujeto activo		X
Autoría y participación		X
Sujeto pasivo		X
Verbos rectores		X
Elementos objetivos del tipo		X
Grado de consumación		X
Circunstancias agravantes genéricas o específicas		X
Hipótesis probatoria	Cumple	No cumple
Cuándo: A través de declaración de testigos, autopsia, reconstrucción de los hechos, análisis de llamadas telefónicas	X	
Dónde: Declaración de testigos, declaración del sospechoso, Informe de reconocimiento del lugar de los hechos, Acta de	X	

Levantamiento del cadáver		
Quién lo hizo: Declaración de testigos, declaración del sospechoso, entrevista semiestructurada de familiares de la víctima, peritaje psicológico, informe de antecedentes personales.	X	
Qué hizo: Protocolo de autopsia, estudios complementarios al cadáver, peritajes antropológicos y psicosocial de los motivos de género.	X	X No se efectúan peritajes antropológicos y psicosociales de los motivos de género.
A quién se lo hizo: Protocolo de autopsia, datos de identificación	X	
Circunstancia: modo, instrumentos, otras.	X	
Resultado de la acción: Registro de nacimiento. o Acta de levantamiento del cadáver. o Protocolo de necropsia.	X	
Móvil de la acción: Peritaje antropológico y psicosocial sobre los motivos de género. o Peritaje físico forense sobre la ventaja física del agresor. o Declaración de familiares. o Declaración de testigos.		X Peritaje antropológico y psicosocial sobre los motivos de género. o Peritaje físico forense sobre la ventaja física del agresor.

Fuente: Datos obtenidos de la sentencia n.º: 11282-2016-00674G

Elaboración: Onu Mujeres Modelo de Protocolo de investigación de muertes violentas de mujeres

8. Comentarios en torno a la práctica judicial

A partir del caso analizado se advierte que el tipo penal de femicidio ofrece dificultades prácticas a los operadores de justicia intervinientes cuando éstos carecen de una perspectiva de género o desconocen la materia y las bondades de otras ramas como la sociología, antropología, psicología, género, entre otras.

Frente a la intervención de la Fiscalía General del Estado, se devela un problema desde la formulación de la estrategia de la investigación tanto en fase pre-procesal de investigación previa y la etapa procesal de instrucción fiscal, que se evidencia una vez efectuado el ofrecimiento de la práctica de prueba sin contar con aquellas relacionadas con la antropología, psicosociales o contexto de género, ante el Tribunal de Garantías Penales. La valoración de los hechos acusados obligó al Tribunal de Garantías Penales a contar con los insumos teóricos sobre la parte general y específica del derecho penal, en específico sobre el tipo penal de femicidio y los medios de prueba que se han actuado en juicio que sirven de sustento para la subsunción lógico jurídica realizada al dictar sentencia sin enfoque de género.

El femicidio implica para todos los intervinientes una serie de dificultades que inicia por la concepción de este nuevo tipo penal, la ampliación de la visión desde el género, la destreza en la calificación de los elementos constitutivos: sujeto activo, sujeto pasivo, verbo rector, elementos normativos, elementos descriptivos para la imposición de una pena. Además de la tipicidad es necesario dar respuesta a las categorías dogmáticas de antijuridicidad y culpabilidad, a través de un juicio de reproche para racionalizar la conducta atribuida al agente, lo que constituye el fundamento de la motivación de las decisiones judiciales, conforme el artículo 76, numeral 7, literal 1, de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con el artículo 622 del Código Orgánico Integral Penal.

Del caso analizado, se destaca en las alegaciones por parte de la defensa técnica, la existencia de rezagos muy arraigados de concepciones patriarcales, machistas, que se fundamentan en la negación de la aplicación de femicidio, considerando que la falta de enunciación del elemento normativo, relación de poder, anulaba la relación sentimental-familiar entre la víctima y el victimario, para lo cual construyó su teoría a partir de la existencia de otra relación con una mujer joven, soltera, conocida socialmente y aceptada por su familia de origen.

En el caso concreto desde la óptica del juzgador en sede de apelación, se evidenció la aplicación de la norma con enfoque de género en cuanto a la valoración y aplicación de parámetros de género, se destacó el análisis de los elementos del tipo penal, sujeto pasivo: mujer por su condición biológica; elemento normativo: relación de poder dada por, la línea consanguínea entre la víctima y el victimario, el estado de gestación de la víctima, la relación de poder que ejercía el victimario sobre la víctima

por su condición de mujer, análisis del lugar en el que se cometió el delito y el abandono del cuerpo; es decir se realizó un análisis contextual desde las particularidades del hecho, para destacar el cambio y las diferencias existentes al momento de calificar los hechos acusados y distinguir entre un femicidio y un homicidio simple (agravado). Esta visión de la praxis judicial permite un mejor entendimiento del derecho penal y la relación que existe con la víctima.¹²³

Sobre la dosificación punitiva, es preciso partir del hecho por el que para la atribución de culpa es necesaria la concurrencia de los elementos constitutivos del tipo penal (diferenciadas de las agravantes), luego la explicación sobre la antijuridicidad de los actos ejecutados por el agente. Dilucidado lo anterior, conforme el artículo 44 del Código Orgánico Integral Penal se ha de analizar la existencia de circunstancias agravantes o atenuantes siendo para el Tribunal aquo pese al análisis de testigos y otras pruebas, la negación de la existencia de una relación de intimidad, familiaridad.

En el femicidio, conforme el diseño típico tendrá siempre circunstancias agravantes ya sean genéricas o específicas. Las circunstancias agravantes genéricas están previstas en el artículo 47 del Código Orgánico Integral Penal, en tanto que las agravantes específicas constan en el artículo 142 *ibidem*. De forma que, la agravación punitiva en el femicidio puede suscitarse a través de dos vías: por las circunstancias agravantes genéricas o específicas, en cuyo caso la existencia de una sola de estas en primer término anula la posibilidad de atenuantes y en el segundo término gatilla la punición en más un tercio sobre el máximo previsto en el tipo penal. De lo explicado, se tiene que la posibilidad de agravación en el femicidio es más ocurrente que la atenuación.

Del caso de análisis se ofrece una reflexión sobre la naturaleza jurídica de la circunstancia agravante prevista en el numeral 2 del artículo 142 del Código Orgánico Integral Penal, consistente en las relaciones familiares, de intimidad, noviazgo, compañerismo, laborales, escolares o de otra índole que implique confianza, subordinación o superioridad, que debe deslindarse del elemento constitutivo: relaciones de poder. Precisión que evita un incremento injustificado de la pena.

Ahora bien, el fundamento de la imposición de una pena ha sido ampliamente abordado por varias escuelas, donde se destaca primigeniamente los fines que derivan de la prevención general y la prevención especial. La prevención general se divide en

¹²³Germán Aller, *El derecho penal y la víctima*, Editorial B de F, Argentina, 2015.

positiva y negativa; la primera hace referencia, al restablecimiento de la confianza en la sociedad; mientras que la prevención general negativa hace referencia, a la amenaza que impregna la norma penal en caso de infringirla. La prevención especial también se divide en positiva y negativa; la prevención especial positiva se vincula, con la rehabilitación del sujeto infractor de la norma; por el contrario, la prevención especial negativa se vincula, a la aplicación de la sanción al sujeto que cometió el delito, apartándolo de la sociedad. Con este necesario antecedente, la finalidad de la pena en tratándose del delito de femicidio se sustenta en una expectativa de disuasión y prevención¹²⁴ sustentada en una elevada medida de la dosificación penal en abstracto que en los casos concretos se gatillan por sobre el máximo del tipo penal más un tercio, y cuyo efecto en el conjunto social aun no puede medirse en sus diversos actores: víctimas secundarias y en particular sobre el condenado que es quien tiene que cumplirla.

De conformidad con el artículo 231 de la Constitución de la República del Ecuador, la finalidad de la pena es la rehabilitación del infractor de la norma, lo que constituye una aplicación de la teoría de la prevención especial positiva que se cimenta en la rehabilitación, resocialización, re educación. Constituyéndose lo anterior en un principio constitucional para el uso del *ius puniendi* y su intervención en el control de la sociedad.¹²⁵ No obstante, estos fines en el femicidio son cuestionables en sus indicadores de eficacia dada la proximidad al límite de punición de 40 años previstos en el artículo 55 del Código Orgánico Integral Penal, que en centra forma se aproximan a una cadena perpetua si se considera la edad en que el acusado cometió el delito y la posibilidad de cumplimiento versus su expectativa de vida. De este diagnóstico surge un replanteo de los efectos de la pena para establecer su adecuación constitucional.¹²⁶

El aumento de la medida de las penas en los tipos penales, la neutralización de atenuantes por la existencia de una circunstancia agravantes, la creación de tipos penales autónomos constituye manifestaciones de la ampliación del Derecho Penal que no pueden ser la única forma de resolver problemas sociales en que se incluyen la misoginia, la violencia, la marginalidad, pobreza, discriminación, etc.

¹²⁴ David Kennedy, *Disuasión y prevención del delito. Reconsiderando la expectativa de pena*, Marcial Pons, España, 2016.

¹²⁵ Fabián Ignacio Balcarce, *Dogmática penal y principios constitucionales*, (Argentina: Editorial B de F, 2014).

¹²⁶ Fernando Sánchez Lázaro, *Una teoría principialista de la pena*, Marcial Pons, España, 2016.

La imposición de sanciones altas, no constituye una solución integral al femicidio que debería contar con políticas públicas encaminadas a la educación integral, a la valoración de la mujer, y al reconocimiento de la mujer como eje fundamental en una sociedad.

9. Las relaciones de poder

Desde el punto de vista de la dogmática jurídico-penal, la relación de poder es elemento normativo que constituye el tipo penal de femicidio. La inexistencia de este elemento obliga a la inexistencia del femicidio sin que aquello signifique que la conducta quede impune porque bien puede ser que tales hechos se subsuman en un delito contra la vida ya sea que se trate de un delito de homicidio simple o agravado (asesinato).

En el caso de estudio, la Fiscalía General del Estado no mencionó en su teoría del caso la concurrencia de relaciones de poder entre víctima y victimario, que no se deslindaron de la circunstancia agravante genérica del numeral 2 del artículo 142 del Código Orgánico Integral Penal consistente en la relación consanguínea de primos, frente a lo cual el argumento de la defensa del acusado fue señalar que la conducta punible existe pero bajo la calificación de homicidio simple en prescindencia de este elemento típico.

Sobre este punto de derecho el Tribunal de Garantías Penales no es categórico al momento de efectuar un juicio de tipicidad y precisar la existencia ya sea de relación de poder o relación de parentesco y la consecuencia que deriva de ello al sustentar ya sea un elemento constitutivo del tipo penal o una circunstancia agravante específica.

Pese a la ausencia de este elemento en el juicio de tipicidad por el Tribunal de Garantías Penales, del acervo probatorio actuado en juicio por la Fiscalía General del Estado en audiencia de juicio, se tiene prueba testimonial que permite establecer la existencia de relaciones de poder entre el victimario y la víctima a partir de relación afectivo existente entre ambos y la noticia del embarazo de la víctima, lo que determinó de modo doloso para el autor del hecho para acabar con la vida de una mujer por su condición de tal, a lo que se suma el hecho de perpetrar la infracción en lugar despoblado para evitar la defensa de la víctima y posteriormente ser descubierto.

Conclusiones

Desde el contexto social, la lucha social emprendida por diversos grupos feministas para visualizar la realidad de las muertes violentas de mujeres catalogadas como homicidios, constrañó al assembleísta a la inclusión en el catálogo de delitos el femicidio, con el fin de disuadir la ocurrencia de muertes violentas de mujeres por su condición de tal o por su condición de género, sin que se cuente hasta la presente con procedimientos de registros públicos por parte de los órganos a cargo de la investigación y sanción de este fenómeno, para el conocimiento oficial de cifras que permiten determinar la causa – efecto, y aplicar políticas de erradicación.

Desde el contexto normativo, la inclusión del tipo penal de femicidio obliga a los operadores de justicia al momento de procesar un hecho, reportado como muerte violenta e intencional de una mujer en un contexto íntimo, realizar un análisis dogmático con un enfoque de género para la correcta imposición de una sanción, pues solo así se puede contribuir a valorar la estructura del delito, en especial los elementos normativos que forman parte integral del tipo penal, que solo pueden ser valoradas en su conjunto con una perspectiva de género.

El análisis efectuado en sede de tipicidad, permite conocer la descripción teórica de las modalidades del femicidio, íntimo y “no íntimo”, dadas a través de las circunstancias agravantes específicas, lo que puede desencadenar en la práctica serios problemas para delimitar si las agravantes funcionan como elementos descriptivos del tipo penal o bien como agravantes específicas destinadas a aumentar la punición, dejando de lado números estudios que determinan la existencia de otras modalidades del femicidio: infantil, familiar, racista, por conexión, por estigmas, por prostitución, trata, transfóbico, por estigmas, etc.

El sujeto pasivo del delito de femicidio, puede ser una mujer por su condición biológica, así como la mujer por autodeterminación, ampliándose la protección a un transgénero, transexual o intersexual, para que pueda ser considerada víctima de un delito de femicidio, aunque en la práctica no exista sentencia alguna para poder analizar este avance normativo.

Como parte del tipo objetivo se localiza la descripción de circunstancias agravantes del tipo penal, que han sido doblemente enfocadas en: (a) un esquema de agravantes genéricas; y, (b) un esquema de circunstancias agravantes específicas descritas, a lo que se suma: (a) la inexistencia de circunstancias atenuantes específicas;

y, (b) la imposibilidad de atenuación considerándose que la concurrencia de una sola circunstancia agravante genérica o específica, neutraliza las atenuantes y luego gatilla la punición en una más un tercio contado desde el máximo de la pena previsto en el tipo penal, lo que en la praxis judicial se evidencia en la imposición de penas agravadas próximas al máximo pena de 40 años, analogables a la cadena perpetua, sin que existan mecanismos de reparación efectivos a favor de las víctimas secundarias de un delito que envuelve a la familia, como núcleo central de la sociedad.

Del caso estudiado se concluyó una errónea interpretación por el ente jurisdiccional al deslindar lo que debe entenderse por relaciones de poder como elemento constitutivo del tipo penal, versus la relación consanguínea que consta como circunstancia agravante específica en la descripción hipotética del femicidio íntimo. Esta falta de precisión en la interpretación normativa y la subsunción obedece a la falta de sustento teórico, normativo, jurisprudencial por el órgano a cargo de la acusación fiscal, así como de los integrantes del Tribunal de Garantías Penales, lo que puede conducir a errores en el análisis del juicio de tipicidad y en la dosificación punitiva en el caso concreto.

Recomendaciones

De las conclusiones esbozadas anteriormente, para una mejor interpretación de los elementos constitutivos del tipo penal, corresponde en su orden: al legislador, mejorar la técnica legislativa y precisar, vía interpretación general, los elementos constitutivos del tipo penal respecto de las circunstancias agravantes genéricas.

Para resolver el problema que deriva de la interpretación judicial en el caso concreto, corresponde dotar a jueces y fiscales de capacitación especializada con perspectiva de género, psicología, antropología, tratados internacionales de derechos humanos, victimización, revictimización, entre otras materias con relación a la aplicación del femicidio para dilucidar las categorías dogmáticas de acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, pero sobre todo la motivación en género como fundamento de la atribución dogmática contemporánea. Conforme lo expuesto corresponde a la Escuela Judicial y la Escuela Fiscal la realización de estos cursos de capacitación con un diseño específico que luego deberá ser evaluado en su aplicación práctica.

Las recomendaciones anteriores buscan mejorar el acceso a la justicia atención, la tutela judicial efectiva a mujeres, niñas y adolescentes, víctimas de violencia, evitando la vulneración de sus derechos a través de la re victimización, sancionando y reprochando las conductas que atenten contra los derechos de las mujeres.

No se excluye una visión holística del femicidio que contemple también la incorporación de otras ciencias diversas al derecho penal para el tratamiento del fenómeno, al igual que la participación de otros órganos del poder público mediante la formulación de políticas públicas, elaboración de estadísticas para la erradicación de la violencia contra la mujer.

Bibliografía

- Agudelo Betancur, Nodier. *Curso de Derecho Penal. Esquemas del delito*. Bogotá: La Constitución, 1995.
- Agudelo Betancur, Nodier. *Los “inimputables” frente a las causales de justificación e inculpabilidad*. Bogotá: Temis, 2007.
- Aller, Germán. *El derecho penal y la víctima*, Editorial B de F. Argentina, 2015.
- Arocena Gustavo y Cesano José, *El delito de femicidio. Aspectos político-criminales y análisis dogmático jurídico*. Argentina: B de F Editorial, 2013.
- Bacigalupo, Enrique. *Manual de Derecho Penal*. Bogotá: Temis Editorial, 1996.
- Balcarce, Fabián Ignacio. *Dogmática penal y principios constitucionales*. Argentina: B de F Editorial, 2014.
- Beccaria, Cesare. *De los Delitos y Las Penas*. Edición 250 años, Estudio Preliminar y Notas Nodier Agudelo Betancur. Medellín: Nuevo Foro, 2014.
- Bernal Cuéllar, Jaime y Montenegro Lynett, Eduardo. *Fundamentos Constitucionales y Teoría General. El Proceso Penal*, sexta edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.
- Berruezo, Rafael. *Autoría y participación desde una visión normativa*. Argentina: B de F Editorial, 2012.
- Blanco Prieto, Pilar, Jarabo Quemada, Consue. *La violencia contra las mujeres: prevención y detección: cómo promover desde los servicios sanitarios relaciones autónomas, solidarias y gozosas*. Madrid: Díaz de Santos, 2004.
- Bustos Ramírez Juan, Hormazábal, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal*, Volumen II. Valladolid: Trotta, 1999.
- Cabanellas de Torres, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*, décimo sexta edición. Argentina: Heliasta Editorial, 2003.
- Carcedo, Ana. *Comisión de Transición Hacia el Consejo de las Mujeres y la Igualdad de Género*. Quito: Manthra Editores, 2011.
- Carcedo, Ana, Ordóñez Laclé, Camila, *Femicidio en el Ecuador*. Quito: Manthra Editores, 2010.
- Córdoba Angulo, Miguel. *La Tentativa. Monografías de Derecho Penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu. *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*. Argentina: B de F Editorial, 2013.

- Covelli, José Luis, Rofrano, Gustavo, Pinto, Ricardo, Monchablón, Alberto. *Imputabilidad y Capacidad de Culpabilidad*. Perspectivas Médicas y Jurídico -penales. Buenos Aires: Dosyuna, 2009.
- Domínguez Correa, Marcelo. *El desistimiento de la tentativa*. Argentina: B de F Editorial, 2013.
- Ezaine Chávez, Amado. *IterCiminis. Actos preparatorios. Tentativa. Frustración. Consumación*. Lambayeque: Ediciones Jurídicas Lambayecanas, 1978.
- Feijóo Sánchez, Bernardo. *El dolo eventual*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995.
- Fiscalía General del Estado, *Guía de procedimientos para la pericia psicológica en delitos de violencia psicológica contra la mujer o miembros del núcleo familiar*. Quito: Fiscalía General del Estado, 2015.
- Freudenthal, Berthold. *Culpabilidad y reproche en el derecho penal*. Argentina: B de F Editorial, 2012.
- Gómez Pavajeu, Carlos Arturo. *Esquemas del delito*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.
- Gómez Pavajeu, Carlos Arturo. *El principio de la Antijuridicidad Material*. Bogotá: Nueva Jurídica Editorial, 2016.
- Gómez Pavajeu, Carlos Arturo. *La dogmática jurídica como ciencia del derecho. Sus especies penal y disciplinaria necesidad semejanzas y diferencias*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.
- Gómez Pavajeu, Carlos Arturo. *La prueba jurídica de la culpabilidad en el nuevo sistema penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.
- Gómez Pavajeu, Carlos Arturo. *Neurociencias y Derecho. Reflexiones sobre la cognición social, el libre albedrío, la dignidad humana, la culpabilidad y la prueba novel*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.
- Hefendehl, Ronald. *La teoría del bien jurídico*. España: Marcial Pons, 2016.
- Hernández Sampieri, Roberto; Fernández Collado, Carlos y Baptista Lucio, María del Pilar. *Metodología de la Investigación*, 5ª ed. México D.F.: McGraw-Hill, 2010.
- Herrera Aguirre, Ana Lucía. *Los derechos de las mujeres en la mira*. Cuenca: Universidad Politécnica Salesiana, 2014.

- Jakobs Gunther y CancioMelía Manuel. *Derecho Penal del enemigo*. Argentina: José Luis Depalma Editor, 2007.
- Jiménez, Javier. *El aspecto jurídico de la teoría del caso. Teoría de la imputación penal*. México: Ángel Editor, 2010.
- Juárez E.X. Tavares. *Bien jurídico y función en derecho penal*. Argentina: José Luis Depalma Editor, 2004.
- Kennedy, David. *Disuasión y prevención del delito. Reconsiderando la expectativa de pena*, España: Marcial Pons Editorial, 2016.
- Larrosa, Marta Perela. “Revista de Ciencias Jurídicas Y Sociales Nueva Época Núm. 11-12/2010. Madrid: Nueva época 2010.
- Lagarde, Marcela. *Nuevas líneas de investigación en género y desarrollo*. Madrid: UAM Ediciones, 2009.
- Manjón Cabeza, Araceli, Ventura Püschel, Arturo, coord. *Esquemas de Teoría Jurídica del Delito y de la Pena*. Valencia: Tirant Blanch, 2010.
- Mir Puig, Santiago. *Introducción a las Bases del Derecho Penal*. Buenos Aires: Euros Editores, 2003.
- Monteiro Santana García, Viviane. “Revista Misoginia en el espacio público, femicidio no íntimo y prueba criminal”. *Estado & Comunes* no. 1 (2019). ISSN electrónico: 2477-9245.
- Muñoz Conde, Francisco. *Derecho Penal Parte General*. Valencia: Tirant Blanch, 2007.
- Nieto Martín, Adán. *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*. España: Marcial Pons, 2016.
- Organización Mundial de la Salud. *Informe mundial sobre la violencia y la salud*. Washington: Organización Panamericana de la Salud para la Organización Mundial de la Salud, 2002.
- Polaino-Ortiz Miguel y UdazHeudebert Juan. *Femicidio y discriminación penal positiva en el derecho penal*. Perú: ARA Editores, 2012
- Prieto Moreno, Jhoanna Caterine. *El femicidio en el Derecho Penal Colombiano*. Bogotá: Universidad Santo Thomas de Aquino, 2016.
- Reyes Alvarado, Yesid. *El delito de tentativa*. Argentina: Editorial B de F, 2016.
- Reyes Echandía, Alfonso. *Derecho Penal. Parte General*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1986.

- Roxin, Claus. *Derecho Penal. Parte General, Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito*. Madrid: Civitas, 1997.
- Roxin, Claus. *Teoría del Tipo Penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1979.
- Roxin, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 2006.
- Russell, Diana, Radford, Jill. *Femicide: The Politics of Woman Killing*. New York: Twayne Publishers, 1992.
- Russell, Diana, Van de Ven, Nicole. *Crimes Against Women: Proceedings of the International Tribunal*. Berkeley: Russell Publications, 1990.
- Sacher de Köster, Mariana. *Evolución del Tipo Subjetivo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.
- Salido, María Belén. *El iurianovit curia y su incidencia en el derecho de defensa en juicio y en la garantía de imparcialidad del juzgador*. Argentina: Editorial B de F, 2016.
- Sánchez Lázaro, Fernando. *Una teoría principialista de la pena*. España: Marcial Pons, 2016.
- Sánchez Herrera, Esiquio Manuel. *La Dogmática de la Teoría del Delito. Evolución Científica del Sistema del Delito*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.
- Silva Sánchez, Jesús María. *El delito de omisión. Concepto y sistema*. Argentina: Editorial B de F, 2ª. Ed., 2016.
- Villagómez, Richard. *Femicidio entre la ampliación y la legitimación del derecho penal*. Quito: Zona G, 2016.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte General, Tomo IV*. Buenos Aires: Editorial Ediar, 1999.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Estructura básica del Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar, 2013.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2005.

Bibliografía normativa:

Ecuador, *Código de Procedimiento Penal*. Registro Oficial 511, 10 de junio de 1983.

Ecuador, *Código de Procedimiento Penal*. Registro Oficial Suplemento 360 del año 2000.

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

Ecuador, *Código Penal*. Registro Oficial Auténtico, 22 de marzo de 1938.

Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2018.

Ecuador, *Código Civil*. Registro Oficial 46, Suplemento, de 24 de junio de 2005.

Ecuador, *Ley para Prevenir y Erradicar la Violencia contra la Mujeres*. Registro Oficial 175, Suplemento, 23 de enero de 2018.

México, *Código Penal Federal*. Diario Oficial de la Federación de 14 de agosto de 1931, última reforma 12 de abril de 2019.

Colombia, *Código Penal*. Ley 599 de 2000.

ONU, *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer* (Convención Belém do Pará), 1994.

Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 48/104, de 20 de diciembre de 1993.

Bibliografía Jurisprudencial:

Corte Interamericana de los Derechos Humanos, Caso González y otras Vs. México. Resolución de 19 de enero de 2009.

Corte Interamericana de los Derechos Humanos, Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú. Resolución de 19 de septiembre de 1996.

Corte Interamericana de los Derechos Humanos, Caso Véliz Franco Vs. Guatemala. Resolución de 19 de mayo de 2014.

Ecuador, Tribunal De Garantías Penales con sede en el cantón Loja Provincia De Loja. “Sentencia”. En Juicio no: 11282-2016-00674G. 10 de octubre de 2016.

Ecuador, Corte Nacional de Justicia Sala de lo Penal. “Sentencia”. En Juicio no: 11282-2016-00674G. 08 de junio de 2018.

Bibliografía electrónica:

Diccionario de la Real Academia de la Lengua. <https://dle.rae.es/feminicidio>.

- EC América Latina Genera datos estadísticos.
<http://americalatinagenera.org/newsite/includes/fichas/politica/ECUADOR.pdf>
- EC Ministerio de Justicia. 2005. “Política pública del estado ecuatoriano para la erradicación de la violencia de género hacia la niñez, adolescencia y mujeres”.
<http://americalatinagenera.org/newsite/includes/fichas/politica/ECUADOR.pdf>
- ONU Mujeres. *Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio)*, 2014. <https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2014/modelo%20de%20protocolo.ashx?la=es>.
- EC El Comercio. <https://www.elcomercio.com/actualidad/mujeres-victimas-femicidio-violencia-ecuador.html>.
- EC UNICEF. 2011. “Violencia de Género en Ecuador”.
https://www.unicef.org/ecuador/Violencia_de_Genero.pdf/
- Fondo de Desarrollo de Naciones Unidas para las Mujeres, ViolenceagainstWomen – Facts and Figures, (Unifem), 2007, 2,
http://www.enditnow.org/uploaded_assets/2563.