



UNIVERSIDAD SAN GREGORIO DE PORTOVIEJO

Proyecto de trabajo de investigación

Previo a la obtención del Título de:

ABOGADA DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.

Tema:

Caso Penal N° 07710-2017-00551, que por femicidio sigue la Fiscalía en Contra de Cabrera Arias Álvaro Félix: “El ejercicio de la acción penal en el componente hecho - norma”.

Autora:

Michelle Valentina Tóala Rivas.

Tutor Personalizado:

Abg. Artilles Santana Javier Antonio.

Portoviejo- Manabí- Ecuador.

2019

CESIÓN DE DERECHOS.

Tóala Rivas Michelle Valentina, de manera expresa hace la cesión de los derechos de autor y propiedad intelectual del presente trabajo investigativo: Caso Penal N° 07710-2017-00551, que por femicidio sigue la Fiscalía en Contra de Cabrera Arias Álvaro Félix: “Inadecuado ejercicio de la acción penal en la subsunción del hecho a la norma”., a favor de la Universidad San Gregorio de Portoviejo, por haber sido realizada bajo su patrocinio institucional.

Portoviejo, 3 de marzo del 2019.

Tóala Rivas Michelle Valentina.

CC.

INDICE

CESIÓN DE DERECHOS.....	ii
INTRODUCCIÓN.....	4
MARCO TEÓRICO	6
1.1. La finalidad del Derecho penal.....	6
1.2. El garantismo penal	8
1.3. El delito y su estructura en el marco legal y doctrinario	10
1.4.1. De su estructura	11
1.4. De la tipicidad y sus elementos	13
1.5. El Tipo Penal	14
1.6. Ausencia del tipo penal.....	15
1.7. Delito de femicidio	16
1.8. El femicidio en grado de tentativa	17
1.9. ¿Tentativa de femicidio o violencia intrafamiliar? El contexto del delito de lesiones.	18
ANÁLISIS DE CASO	19
1.1. Hechos facticos.....	19
2.2. Análisis general	30
CONCLUSIONES.....	48
BIBLIOGRAFÍA	50
Anexos - Sentencias	¡Error! Marcador no definido.

INTRODUCCIÓN

El análisis procedente del caso Penal N° 07710-2017-00551 es de significativa importancia, en razón de que, se efectúa la observación de un caso que contiene un problema jurídico específico, el mismo que ha acarreado una vulneración de Derechos al procesado.

Del proyecto previo a este informe final, se colige la existencia de una inadecuada o errónea aplicación de un tipo penal, en este sentido se hace un profundo análisis del tipo penal de femicidio en el grado de tentativa, por el cual fue procesado el señor Cabrera. Dentro de los objetivos específicos, se haya la investigación y análisis de un delito particular y de tan conmoción social como lo es el femicidio, para ello se revisan los elementos que constituyen este delito de acuerdo a la normativa penal.

La institución penal de delito de femicidio es prácticamente nueva dentro de la normativa adjetiva penal, se implementó con la vigencia del Código Orgánico Integral Penal¹, por ello, es significativo registrar la conducta típica a la que debe adecuarse el sujeto activo de la acción para la configuración de este delito como tal. En este sentido, es necesario, además, el análisis de la teoría del delito a modo general, fijándose en el enfoque orientado a la tipicidad como elemento del delito. En conjunto con los fines del proceso penal cuyo objetivo radica en la determinación de la materialidad de un delito y el vínculo del tipo penal.

¹ En adelante COIP.

Sin tratar de un concurso de infracciones, el análisis es importante, porque la figura de tentativa de femicidio, según los elementos que componen a este delito, puede ajustarse también a la violencia intrafamiliar, cuando se trata de un problema de cónyuges como este caso, por ello la Fiscalía como Ente encargado de una investigación, debe ser fiel a la objetividad e imparcialidad que le demanda la Constitución en todas las etapas del proceso penal, desde la fase de investigación, si se abre la instrucción hasta la etapa de juicio, de ello depende la situación jurídica de las partes.

Como agente de investigación, y como acusador, el Agente Fiscal, tiene que contar con todos los elementos de convicción para iniciar el ejercicio de la acción penal e imputar a una persona, en un delito tan delicado como el de femicidio debe de comprobarse a cabalidad todos los elementos de la estructura del delito.

MARCO TEÓRICO

1.1. La finalidad del Derecho penal

De primer plano, se concibe al Derecho Penal como aquella materia en donde el estado materializa su poder punitivo, el contenido de la norma penal está direccionado a la prevención del delito y a la imposición de sanciones. La obra de Luzón Peña hace énfasis a la aportación de Cortázar respecto de la definición del Derecho Penal:

El derecho penal es una rama del Derecho Público, como tal contiene la normativa que se impone bajo la amenaza de sanción. (...) del mismo modo logra ser concebido como el conjunto de normas jurídicas que tienden a reglamentar en principio con exigencia de justicia la vida social de una colectividad (Luzón, 2013, pág. 46).

De acuerdo a la doctrina citada, como rama del ordenamiento jurídico, el Derecho penal es un conjunto de normas cuya función principal es la tipificación de las infracciones penales, (delito/contravenciones), como tal marca las sanciones que se impone a los diferentes tipos de delitos. Actúa cuando se ve roto el denominado contrato social que lesiona con su accionar a la sociedad.

De acuerdo con (Sainz, 1982):

La parte del ordenamiento jurídico que ampara explícitos valores primordiales de la vida en sociedad, regula la facultad del Estado en cuanto a la exigencia hacia los individuos de que se comporten de conformidad con las normas y; de aplicar penalidades y medidas de seguridad a quienes contra aquellos valores, transgredan mediante hecho de una determinado ímpetu (pág. 45).

Los valores primordiales de la vida, de los que hace referencia el citado autor, son los bienes jurídicos, en este sentido entonces, el Derecho penal da protección a estos bienes, así Pérez indica que los bienes jurídicos logran concretarse como necesarios para el desarrollo y progreso de la vida tanto del individuo como de la sociedad:

Dice el mencionado jurista que: “con ello es importante delimitar que, los bienes jurídicos exclusivamente demandan de la protección del derecho penal, cuando son derechos sumamente importantes o, cuando son lesionados o están expuestos a riesgos reprochables” (Pérez, 2009, pág. 52).

Para el jurista Ferrajoli, ha puesto en manifiesto que la finalidad del derecho penal es el proteger al débil frente al más fuerte, la finalidad se ve traducida en el garantismo, señala el experto: “El Garantismo radica en la tutela de aquellos valores o derechos fundamentales, en donde la satisfacción, pese a estar contra los intereses de la mayoría, es el fin que justifica y legitima el derecho penal” (Ferrajoli, 2001, pág. 335).

Con los argumentos expuestos por los expertos, se puede indicar entonces que el fin principal del Derecho Penal como norma legal es proteger los bienes jurídicos que son tan valiosos tales como:

- Derecho a la Vida
- Derecho a la integridad
- Derecho al patrimonio.

- Derecho a la libertad e indemnidad sexual entre otros.

Así, la normativa penal en función de proteger las condiciones elementales mínimas para una adecuada convivencia. De la finalidad de tutelar la protección de estos bienes se origina la potestad sancionadora, que castiga a quienes atenten contra cualquiera de ellos, de cierto modo dando motivación a las personas de que se abstengan de deteriorar estas condiciones, en razón de que el Derecho penal también es preventivo.

1.2. El garantismo penal

Citando nuevamente a Ferrajoli, para entender el Garantismo Penal habría que tener en cuenta las teorías siguientes:

- (1) Teoría a nivel de Estado de Derecho
- (2) Teoría del Derecho y crítica del derecho

A nivel de estado de derecho.- En el sentido que, aun cuando el modelo penal garantista se conciba bajo el parámetro de legitimidad, racionalidad, y justicia en las constituciones de algunos Estados; menciona el autor que: “en la práctica, resulta tan desatendido como cualquier otra legislación penal ordinaria, así como a nivel de jurisdicción, las prácticas administrativas y policiales se contraponen con lo establecido en el ordenamiento mostrando carencia de vinculación” (Ferrajoli L. , 1989, pág. 92).

De acuerdo con el citado experto, se concibe como estado garantista a todo sistema penal que es ajustado a la normativa, al modelo descrito y lo satisface de modo efectivo. En un estado de derecho, es primordial la existencia de coherencia lógica, entre: “la actividad que opera al derecho y lo que se encuentra establecido en el ordenamiento, ello con el propósito de garantizar el ejercicio del derecho por los agentes externos e inferiores del derecho” (Ferrajoli L. , 1989, pág. 92).

Teoría del derecho y crítica del derecho: De acuerdo a esta teoría, menciona Ferrajoli:

El garantismo efectúa una designación teórica - jurídica respecto de la validez y de la efectividad como categorías diferentes entre sí y en conexión con la presencia o vigor de las normas. Así por ejemplo, existe una enorme discrepancia entre los modelos normativos (que en general son garantistas) y las prácticas operativas (que en general son antigarantistas), por lo que se ha propuesto una antinomia que ha de concluir en el establecimiento de una teoría de la discrepancia entre normatividad y realidad, entre derecho válido y derecho efectivo (Ferrajoli L. , 1989, pág. 92).

Según Ferrajoli, el garantismo penal se orienta en la protección de los Derechos fundamentales de las personas que han desviado su conducta, como menciona el experto, el garantismo los protege aun contra los intereses de la mayoría.

En efecto, lo que justifica el garantismo penal es la prohibición de castigos arbitrarios, la defensa de los débiles que se debe efectuar con reglas igualitarias para todos, el garantismo penal ampara la dignidad del individuo, del procesado y

consecuentemente, la garantía de su libertad por medio del respeto también de su verdad.

1.3. El delito y su estructura en el marco legal y doctrinario

El delito y su estructura el principal eje de estudio de la dogmática y doctrina penal. En cuanto al marco legal, el delito en la legislación del Ecuador se enmarca en el art 19 del COIP en donde se clasifican las infracciones penales, indicado solo que se considera delito toda aquella conducta que se sanciona con pena de privación de libertad que exceda los 30 días (COIP, 2015, pág. 38).

La doctrina penal es amplia en otorgar varias conceptualizaciones del Delito, tratadistas como Von Liszt, en sus magistrales obras citan a otros referentes del Derecho Penal como Goldstein quien ha definido que: “El delito es un proceder humano que lo especifica la ley, su particularidad es que contraría al derecho, culpable y que la norma penal lo sanciona con una pena (Goldstein, 1999, pág. 203).

Citando a Cueva, este jurista define al delito desde el punto de vista dogmático donde al igual que en todas las leyes señala que es: “el comportamiento revestido de una acción u omisión típico, antijurídico y culpable merecedor de una sanción a la que se denomina pena con condiciones objetivas de punibilidad” (Cueva, 2009, pág. 27).

Carrara, define al delito sin hacer mención de los elementos de su estructura, señala que delito es: “El quebrantamiento de la ley estatal que se promulga para dar protección a la seguridad de los habitantes, y que deriva de un acto externo del sujeto, positivo o negativo, imputable verosímilmente y políticamente perjudicial” (Carrara, 1971, pág. 59).

EL ecuatoriano Alban, en una de sus obras hace referencia de que la concepción de la palabra delito no es tan fácil, por ello las mayorías de las legislaciones no le definen en los cuerpos legales, expone:

“Todavía juristas partidarios de definir al delito en forma material, compuesto por el concepto con aspectos extrajurídicos, tienden a sostener, que, frente al derecho positivo, poco importan los razonamientos ontológicos ideales o abstractos. Cualquiera que llegue a ser el concepto que defina al delito a priori, será el legislador, en cada caso y; considerando esencialmente argumentos extrajurídicos, quien va a determinar que un comportamiento pase a la órbita penal, o por el contrario deje de estar en ella (Albán, 2009, pág. 113).

El delito suele ser clasificado también, pues, existen delitos considerados graves que son de conmoción social general y menos graves, todos ellos en atención a la pena que se aplica.

1.4.1. De su estructura

De las definiciones que se han registrado de los juristas, se logra desprender los elementos que componen al delito, estos elementos son:

- (1) La acción/ omisión
- (2) Tipicidad.

- (3) Antijuricidad.
- (4) Culpabilidad.

Todo estos elementos cumplen una función en la teoría del delito, así se tiene pues que, la acción/omisión, es un de punibilidad que constituye delito, la acción en específico cumple una función básica en esta estructura, Cerezo explica: “En la teoría es un elemento unitario, al que logra añadirse como atributos o todas las demostraciones o valoraciones del enjuiciamiento jurídico-penal, además como elemento cumple una función que enlaza a las demás (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad)” (Cerezo, 2004, pág. 13).

Por otro lado, la omisión como componente es lo opuesto de actuar frente a un deber objetivo de cuidado, el mismo autor logra señalar que, en la estructura se castiga el no accionar con posibilidad concreta de acción: “la no ejecución de una acción finalista, que el sujeto podía efectuar en la situación específica” (Cerezo, 2004, pág. 13).

Respecto de la antijuricidad como componente de esta estructura, se halla incrustado en el art 29 del COIP que establece que una conducta puede ser concebida como penalmente relevante cuando esta sea antijurídica, ello se da en el momento de que se amenace o atente o se llegue a lesionar una bien jurídico tutelado sin casusa justificada.

Del elemento de la culpabilidad, el COIP la determina en su art 34 que hace referencia a la calificación de culpable, se es culpable y responsable de sanción

penal cuando se actúe con pleno que la conducta que perpetra es antijurídica y por ende imputable. Del elemento de la tipicidad se hace referencia en el apartado siguiente, por cuanto, de los elementos que componen a la teoría del delito, es estudio de caso en específico se centra en este elemento.

1.4. De la tipicidad y sus elementos

En el marco legal se halla la tipicidad en lo instituido en el art. 25 del COIP que señala que la tipicidad es la descripción de los tipos penales: “Art. 25.- Tipicidad. - Los tipos penales describen los elementos de las conductas penalmente relevantes” (COIP, 2015).

Citando nuevamente a la doctrina ecuatoriana: “La tipicidad, es el elemento que permite identificar el comportamiento humano, con la conjetura que prevee y describe la ley. En ese caso, se está frente a un acto típico (Albán, 2009, pág. 173).

De lo citado se puede decir, que la tipicidad es la descripción de la conducta que es delictiva, esta descripción contiene los elementos de un determinado delito, estos componentes son:

- (1) Los sujetos del delito (activo/pasivo).
- (2) Su núcleo.
- (3) Sus verbo o verbos rectores.
- (4) El tipo objetivo y subjetivo.

(5) La sanción.

Es el hecho que ejecuta un individuo que se acomoda de forma exacta a las letras descritas en un código penal.

De acuerdo con (Ticona, 2017):

Tipicidad es el resultante de la comprobación de que si el comportamiento y lo descrito en la ley como un tipo penal, son coincidentes. A este proceso de comprobación la doctrina le llama juicio de tipicidad, que es un juicio de imputación donde quien lo interpreta toma como base al bien jurídico protegido, y con ello establece si un determinado hecho puede ser atribuido a lo contenido en el tipo penal (Ticona, 2017, pág. 2).

Todos los expertos registrados, ha sido coincidentes en manifestar que la tipicidad como componente de la estructura del delito, es lo que describe al éste como tal, es la manera concreta y específico letra por letra de lo tipificado en la norma penal, quien ejecute una conducta como la que se ha descrito, ha ejecutado un hecho típico.

1.5. El Tipo Penal

Si la tipicidad es el acomodamiento de lo que narra la norma, el tipo penal viene siendo esa misma narración pero de un delito en específico: “Es ese delito que ha sido narrado por quienes han creado la ley penal, que se prohíbe porque quebranta un bien jurídico protegido” (Bacigalupo, 2014, pág. 32).

Zambrano Pasquel, logra definir al tipo penal de acuerdo a lo especificado por el Dr. Reyes, experto que concibe al tipo penal como: “La abstracción,

contemplación y descripción que el legislador concibe de una conducta humana reprochable y punible (Zambrano, 2008, pág. 33).

Según (Zambrano, 2008), el tipo penal en el contexto del comportamiento típico logra desempeñar un rol significativo, en efecto, ejerce las funciones de garantismo procesal y penal:

Procesal, en razón de que, si el supuesto de hecho, consigue encajar en lo descrito, esto es, si existen los indicios suficientes de culpabilidad, solo así, puede dictarse un auto de llamamiento a juicio, y sobre esta descripción en el proceso se podrá comprobar si dicha conducta fue antijurídica y culpable (Zambrano, 2008, pág. 17).

Volviendo a citar a Alban, logra plasmar al tipo penal desde la perspectiva del Derecho penal finalistas, y expone:

Para evidenciar el tipo penal, lo primero que hace falta, es que el acto reúna los componentes descriptivos y normativos que narra la ley en su articulado; pero, es preciso, que además se compruebe la presencia del tipo subjetivo, esto es, verificar si la conducta se reviste del dolo; o, en los casos en que excepcionalmente la ley lo prevé, si la conducta es revestida de culpa (imprudencia, impericia). Bajo este contexto, el análisis del dolo y de la culpa no se efectúa al asimilar la culpabilidad, sino en el reconocimiento de la tipicidad. En este sentido, si no se alcanza a comprobar la existencia de dolo o culpa, el acto se califica como irrelevante para el derecho penal, en este caso no se requerirá dar inicio al procedimiento (Albán, 2009, pág. 145).

1.6. Ausencia del tipo penal

Debido a que la tipicidad es un elemento esencial en la teoría del delito, (lo que no significa que los otros sean menos importantes), el estudio de la ausencia del tipo ha sido objeto de estudio de los eruditos en la materia. Así logra establecerse que:

El hecho que no se haya detallado en un Código Penal como delito constituye la denominada ausencia de tipo, también puede lograr ubicarse en este contexto a la errónea o indebida aplicación de un tipo penal. La ausencia de tipo presupone la imposibilidad absoluta de dirigir la persecución penal en contra del autor de una conducta no descrita en la ley (Jiménez De Asúa, 2005, pág. 577).

1.7. Delito de Femicidio.

Del femicidio, antes de analizar lo dispuesto en el COIP y en la doctrina, se indica que este se califica como la forma más extrema de violencia hacia la mujer. El COIP describe a este delito en el art. 141 donde se exterioriza que se pena la acción que comete un sujeto cuando da muerte a una mujer en lo principal: cuando resulten de “*relaciones de poder*” que se manifiesten en en cualquier tipo de violencia, por el único hecho de ser mujer (COIP, 2015).

De acuerdo con la norma procesal penal este delito es sancionado con pena de privación de libertad de 22 a 26 años. En este tipo de delito, por lo general, los sujetos activos o agresores suelen ser los individuos que conviven con la víctima o en efecto, que tienen una relación de afecto, (novios, ex novios, amigos, cónyuges, etc.). este es el elemento normativo del delito, el sujeto pasivo es la mujer y el núcleo es matar.

El COIP entre los elementos que configuran la tipicidad del delito menciona el dar muerte a una mujer por la su condición de género, por ser mujer, Buompadre califica a este delito como un crimen de odio hacia las mujeres: “como

el conjunto de tipos de violencia que, ocasionalmente pueden concluir en asesinatos o suicidios” (Buompadre, 2013, pág. 131).

Haciendo el análisis de la normativa penal y la doctrina, en palabras propias, el femicidio es un asesinato a mujeres que se ejecuta con la motivación de odio, humillación, placer, o como lo menciona el COIP por un sentido de pertenencia de la mujer.

1.8. El femicidio en grado de tentativa

El femicidio, puede procesarse en grado de tentativa, los elementos que constituyen el delito en este contexto son:

- **Tipicidad.** La tipicidad en la tentativa se halla establecido en el art. 141 del COIP con el agravante en el 142 y 39, en el caso que no llegue a producirse la muerte de la mujer es aplicable la pena de 1 a 2 tercios de la correspondiente a la consumación del delito.
- **Antijuricidad.** Se ve vulnerado por el sujeto activo el buen jurídico de la integridad física de la persona y la vida.
- **Culpabilidad.** En el escenario de la tentativa de femicidio, el victimario posee el completo goce de todas sus facultades físicas y mentales, en este sentido, como sujeto activo de la acción es plenamente capaz de actuar y decidir y pues, goza de su voluntad y conciencia ello lo hace merecedor de imputabilidad.

- **Tipo De Objetivo.** La acción se ve recaída de forma directa sobre una mujer a la que se le causa un daño a su integridad física óptima y psicológica.

1.9. ¿Tentativa de femicidio o violencia intrafamiliar? El contexto del delito de lesiones.

Se ha indicado que el femicidio es el resultado extremo de la violencia hacia la mujer, en este contexto, también hay que hacer referencia que los parámetros para la condena del femicidio no son plenamente claros en el proceso penal, en efecto, muchas veces las mujeres denuncian una violencia intrafamiliar como intento de femicidio.

En este punto cabe indicar que el bien jurídico que protege tanto el femicidio, la violencia contra la mujer y el delito de lesiones es la seguridad y la integridad y psicológica de la mujer. Estos tipos penales se ven revestidos en lo principal del uso de la violencia. Como semejanzas de estos tipos penales se tienen que todas se ejecutan con dolo, entre la violencia intrafamiliar y el femicidio es semejante la relación de afectividad entre víctima y victimario.

El art. 156 del COIP señala que un delito que se cometa a la mujer en donde como resultado se tenga una lesión, se sanciona con las mismas penas que se prevén para el delito de lesiones y son aumentadas en un tercio.

ANÁLISIS DE CASO

1.1. Hechos facticos

Los hechos facticos, es la información relevante del caso, los que se registran sin juicios de valor, con el objetivo de que el lector conozca los hechos de la causa motivo del estudio específico. en este sentido se procede a registrar los hechos que dieron origen al enjuiciamiento penal del caso penal 07710-2017-00551.

El caso penal 07710-2017-00551 se origina por una flagrancia, por disposición del ECU 911 las unidades móviles de Nuevo Pilo llegan al domicilio de la supuesta víctima, de violencia intrafamiliar Cruz Jimbo Jenniffer Dayana, en el parte policía a foja 1 del expediente, consta que los agentes encontraron a la mencionada, ensangrentada, golpeada y que ésta le supo manifestar que su conviviente le había agredido con puños, patadas u golpeándola contra el piso.

El agresor responde a los nombres de Álvaro Cabrera, quien al momento del hecho puso resistencia y se negó a abrir la puerta a los agentes de policía, por lo que solicitaron ayuda especial y procedieron a detener al mencionado ciudadano. Al tratarse de una infracción flagrante, se pone en conocimiento del aparataje judicial.

Esta acción penal pública, por sorteo correspondió al Juez Barrezueta Torres Rosario Enith, en la unidad judicial de flagrancias del cantón Machala, y fue recibida el día miércoles 7 de junio de 2017.

La audiencia de calificación de flagrancia se convoca para el 07 de junio de 2017, en virtud de la Resolución No. 065-2014 emitida por el Pleno del Consejo Nacional de la Judicatura, que expide el reglamento para el Conocimiento de las Infracciones Flagrantes, se avoca conocimiento del presente trámite signado con el No. 07710-2017-00551.

Para dicha convocatoria se agrega el Parte Policial suscrito por los agentes de policía Cbos. Ayala Armijos Diego Armando y Cristhian Orlando Jaramillo Jiménez. Por medio del cual ponen en conocimiento la aprehensión del procesado por una presunta Infracción Penal Pública.

La audiencia de flagrancia como lo establece la ley, se convoca a fin de que se califique la legalidad de la aprehensión; y el fiscal, si lo considera necesario formula cargos y solicita las medidas cautelares y de protección si es necesario que el caso así lo amerite.

En la audiencia de calificación de flagrancia y formulación de cargos, Rosario Barrezueta Torres, Jueza de la Unidad Judicial de Garantías Penales con sede en el cantón Machala, y de turno en la Unidad Judicial de Flagrancias del Cantón Machala, por el presunto delito tipificado en el Art. 141 del COIP en relación con el Art. 39 *Ibíd.* b) El Art. 6 numeral 1 y al tenor del Art. 529, menciona que en el presente proceso se ha observado el trámite pertinente, esto es, el debido proceso, dado que se ha informado al detenido sus derechos y garantías, en atención a lo dispuesto en el Art. 75, 76 y 77 de la Constitución.

Durante la tramitación de la audiencia se escuchó al autor del parte policial Cabo Ayala quien manifestó: estaba de servicio por disposición del 911 se trasladó a la ciudadela Roldós, ya en el lugar observó a una pareja, la cual al señora Jennifer Cruz de 22 años de edad, se encontraba ensangrentada **indicándoles** que su conviviente la agredió a puñetes, patadas y arrastrándola por el piso, por tal motivo al ser un delito flagrante procedieron a tratar de detener al ciudadano, quien no quiso abrir la puerta, y pidieron ayuda a más compañeros, así también pidieron una ambulancia para atender a la víctima,.

La victima señora Cruz Jimbo manifestó: que el procesado ayer él se fue a beber con una chica que sale con él, en eso de las once de la noche ya estaba descansando, y en eso él llegó en un carro, y escuchó a una mujer que decía de adrede te quedas donde esa puta, y después de un momento él estaba tratando de entrar y le dije que se vaya con la mujer que vino, y le dijo que no entre que no va a pasar, y le dijo “ya vengo y veras”, le dijo “que me vas a pegar” y empezó a insultarle y le dio una bofetada y le dijo que ya estaba cansada y le dijo el que el cansado era él y le empujo, y empezó a pegarle.

El ciudadano aprehendido, indicó que se acogía al silencio. El señor fiscal manifiesta que se ha escuchado al agente de policía quien fue muy claro al indicar los hechos de los que pudo presenciar y la escena de donde se dieron los hechos, así también se ha escuchado a la víctima quien también manifestó cómo se dieron realmente los hechos, por lo que solicita se declare la legalidad de la detención así como la flagrancia de los hechos de acuerdo a lo establecido al art. 529 en concordancia con el art. 527 del COIP.-

La defensa del detenido manifiesta que en esta primera parte no tienen nada que alegar. - Es así que, escuchadas las partes, atenta al parte policial, a lo manifestado por el agente aprehensor, a lo manifestado por la víctima y su denuncia, así como lo señalado por el señor fiscal la Juez considera que se encuentran reunidos los presupuestos del Art. 527 del COIP por lo que se califica que la acción realizada por el detenido tiene condición de flagrante.

Así mismo por cuanto de lo manifestado por el agente aprehensor, así como de lo constante en el parte policial, esto es, que al señor Cabrera Arias Álvaro Félix, se le leyó los derechos constitucionales establecidos en el Art. 77 numerales 3 y 4, de la Constitución, por lo que de conformidad con el Art. 527 del COIP en concordancia con el Art. 529 del mismo, se determinó la legalidad de la aprehensión del señor Cabrera, por estar dentro del marco constitucional y legal.

El Fiscal, en uso de las facultades establecidas en la Constitución y el COIP, manifestó que por encontrar elementos de convicción suficientes, formula cargos y resuelve dar inicio a la etapa de Instrucción fiscal en contra del ciudadano Cabrera, a quien se le atribuye la participación del delito tipificado en el Art. 141 del COIP en conexión con el Art. 39 *Ibidem*, esto es, por el delito de Femicidio en el grado de Tentativa, en calidad de autor.

Para ello se sustentó en el parte policial, la versión rendida por el agente de policía, la denuncia y la versión rendida por la víctima, así como en el examen médico legal practicado a la víctima por un perito del Consejo de la Judicatura en los que se puede apreciar el verdadero estado de salud de la víctima cuya

conclusión emite una valoración de riesgo alto otorgando además **incapacidad de 20 días** y solicita como medida la prisión preventiva del ciudadano.

El defensor del procesado manifestó que no estaba de acuerdo con lo manifestado por el señor fiscal en lo referente al art. 455 del COIP, pues no existen los elementos necesarios pues más aún que la misma víctima fue quien lanzó el primer golpe, además que el médico legal da 20 días de incapacidad, por lo que solicita se imponga como medidas cautelares las establecidas en los numerales 1 y 2 del art. 522 del COIP.

Una vez escuchadas las partes procesales, la suscrita Jueza declara la apertura de la instrucción fiscal y dispone que el procedimiento al que se sujetará la presente es el procedimiento ordinario.

Con fecha 13 de julio de 2017, se da inicio a la segunda etapa del proceso penal, este es la convocatoria a la audiencia de evaluación y preparatoria a juicio donde el Fiscal sustenta y emite su dictamen acusatorio por presunto delito de Femicidio, en el grado de tentativa.

La Juez, teniendo como antecedente la denuncia de la víctima, el parte policial, el informe médico y la declaración del Fiscal que indica que en la Instrucción Fiscal se desprenden presunciones graves y fundadas sobre la existencia del delito acusado, que existen elementos de convicción que consagran el nexo causal, esto es, la existencia material del delito de tentativa de Femicidio que se acusa, la identificación de su autor dicta auto de llamamiento a juicio, en

contra del procesado, por presumir que puede adecuar su conducta al delito de Femicidio, en el grado de tentativa:

(...) El procesado responde a los nombres de Álvaro Félix Cabrera Arias, ecuatoriano con cédula de ciudadanía No. 0704904895, estado civil soltero, de 29 años de edad, de ocupación al momento sin trabajo y con domicilio en esta ciudad de Machala, Provincia de El Oro.- CUARTO.- La determinación del Acto punible y los elementos de convicción por lo que se juzgara al procesado, así como el grado de participación, es el siguiente: A fojas 1 consta la denuncia presentada por la víctima de iníciales J.D.C.J; a fojas 2 consta el acta de posesión del Dr. Paredes Landázuri, quien es perito de la unidad judicial especializada en contra de la mujer cuyo informe médico legal ; a fojas 4 a 6 del expediente consta el informe médico legal que es realizado con fecha 7 de junio del año 2017 siendo aproximadamente las 09H45 la fecha de valoración la víctima tiene 22 años de edad nacionalidad ecuatoriana, en los cuales ha referido en los actos de la entrevista que los nombres de su agresor responde a los nombres de Félix Cabrera Arias, en calidad de ex conviviente de 29 años de edad se debe indicar lo que ocurrió con respecto al examen médico legal indica haber sido víctima de agresión física esto es de varios puñetes en el ojo derecho así como también golpes y caídas en el piso y que estos actos fueron también a lesiones de puertas y filos de la casa donde ella se encontraba en el interior, también puñetes y patadas que se realizaron en su cabeza por parte de su ex conviviente, así también había procedido arrastrarla(...) (Femicido, 2017).

En el auto de llamamiento a juicio, también se registra la lesión que se le produce a la víctima y la incapacidad por ésta:

(...) Lesiones que producen daños en la víctima generan una incapacidad de 20 días desde el día que se produjeron los hechos y necesita un tratamiento médico adecuado y oportuno a fin de evitar complicaciones, además, a fojas 74 a 75 se ha insertado el registro prontuario del ciudadano Cabrera Arias, del cual se establece un delito flagrante por el delito de robo; dentro de la carpeta fiscal consta de fojas 78 y 80 las versiones libres y sin juramentos del Policía Ayala Armijos Armando y Jaramillo Jiménez Cristian Orlando, quienes han referido lo siguiente que encontrándose de servicio de turno en el sector nuevo pilo que por disposición de ecu911 se traslada en compañía del ciudadano Jaramillo a verificar una violencia intrafamiliar (...) (Femicido, 2017).

En todo el proceso, el señor Félix fue considerado en todos los autos como consta en el expediente como el “ex conviviente” lo que fue contradicho únicamente por la defensa técnica de éste en la audiencia de evaluación y preparatoria a juicio, pues, éste y la víctima no eran ex convivientes, al momento de la agresión seguían siendo pareja. La defensa en esta audiencia indica:

(...) Es falso que sea ex conviviente, en el día de los hechos haya tenido una realidad de ex conviviente porque hasta ese momento todavía seguían teniendo una relación de hecho con la supuesta víctima lamentablemente la situación entre ellos en ese momento de los hechos de parte de la supuesta víctima hubo un ofuscamiento por parte de la víctima de aquellas agresiones por parte de la víctima, sucede los golpes y lesiones que fueron causados a ellos que fueron causados por parte de ellos y por ello le salió un poco de sangre existen dentro del proceso **los principales informes médicos del hospital Teófilo Dávila, de la incapacidad de 8 días y después el informe médico legal de incapacidad de 20 días**, dentro la etapa instrucción comparece los agentes de policías, quienes a rendir sus testimonios manifiestan lo que la señora ha manifestado en la denuncia quien indica ofuscada molesta con él en ese momento, en la supuestamente tentativa dentro de la etapa instrucción no existen los informes Psicológicos incluso la señora ha manifestado a la fiscal que no se siente bien y es porque cambio de abogado y por ese señor Juez dentro de la etapa se la llamo por dos ocasiones se la llamo a rendir su testimonio en la cámara de Gessel y no acudió, dentro de la etapa instructiva no existe el testimonio de la supuesta víctima para que sea valorado aquellos elementos y considerando una acusación, no hay versión de la supuesta víctima por parte de la supuesta víctima, el mismo COIP, establece las pruebas para poderlas valorar simplemente por un motivo que no compareció la víctima, no se puede dar un hecho mucho menor de que si existió alguna situación fue otro hecho penal y no una tentativa de femicidio, lo está condenando a vivir tantos años de prisión, tiene dos hijos y es padre de familia que no se puede condenar por un hecho mucho menor a esta persona no ha existió los elementos de convicción que se le permita mantener un dictamen acusatorio, tampoco se ha podido probar la culpabilidad, de tratar de matarla la víctima estuvo ahí y la encontraron en el domicilio nada le impidió terminan que quería realizar un femicidio eso quiere decir que eso no fue la intención de causarle daño a la madre de sus hijos no se ha demostrado el dolo en este tipo de infracciones señor juez si bien existen elementos investigativos pero no se ha determinado la responsabilidad del procesado existen lesiones señor juez y eso son los informes que tratan de analizarse y jurídicamente no se ha probado los hechos facticos, entonces

señor juez no se puede a una persona seguirla condenando, ya han pasado 30 días detenido en tal caso señor juez usted valorara la prueba de descargo hasta ahí mi intervención y hago mi anuncio de pruebas (...) (Femicidio, 2017).

En la última etapa del procedimiento, esto es en la audiencia de juicio, se presenta la víctima quien rinde testimonio y dice que el día de la denuncia se dejó llevar por la rabia y que **exageró en su relato de los hechos que nunca fue una tentativa de femicidio** sino una discusión de pareja que termino en golpes, incluso asegura que el procesado nunca le alzo la mano.

La Juez considera que el testimonio de la víctima que lo ha cambiado no es prueba suficiente para ratificar la inocencia del procesado acoge el dictamen fiscal emitido en la fase de evaluación y preparatoria a juicio y el alegato de la fiscalía que indica que en la audiencia de juicio iba a acreditar uno de los presupuestos básicos para el ordenamiento jurídico procesal en este caso lo que es materialidad con respecto lo cual fiscalía acuso en audiencia, así como también como en cálida de autor directo en parte del ciudadano procesado.

Durante esta audiencia se contó a petición de Fiscalía con varios testimonios que se consideran que son de relevancia dentro de esta causa, sin duda alguna una política del estado ecuatoriano es erradicar este tipo de agresiones ejecutadas en contra de mujeres, mujeres en la calidad de víctima y el establecimiento de esta norma indica que la carga probatoria no va a recaer toda en la víctima sin duda alguna el testimonio de la víctima debe ser considerado y

es relevante pero también debe establecer los otros elementos que fiscalía ha aportado en el desarrollo de esta audiencia.

La fiscalía en su alegato final señala que consideran la posición de la víctima que se encuentra en esta audiencia, pero para tratar de establecer porque se da este tipo de conducta de retractación en una audiencia de juzgamiento fiscalía solicitó en este punto el testimonio de una testigo experta en este caso la Psicóloga Clínica Gabriela Carolina Acurio quien narró de manera clara en virtud de su experiencia profesional, sobre la retractación.

La Jueza se basa en las pruebas aportadas por parte de la fiscalía y el testimonio de la perito psicóloga sobre la retractación del testimonio y los elementos de riesgo que pueden establecerse para que la víctima de una agresión se pueda establecer donde una persona pueda ser propensa en situación de riesgo inminente, ella estableció el riesgo propiamente dicho donde establece los antecedentes de agresión física que se ejecutan dentro del marco de violencia intrafamiliar.

En primera instancia se considera que se estableció el segundo elemento como es la vulnerabilidad emocional de una víctima con respecto al establecimiento de una relación sentimental a temprana edad que involucra la maternidad donde no existe un apoyo parental en este caso de los marcos de relevancia de apoyo para una mujer debido a estas condiciones y que se establecen en este punto que la víctima se perfila a normalizar las alegaciones que se ejecuta

de forma verbal luego agresiones físicas, y después atentados contra la integridad de la vida.

También se considera que esta presente el elemento de peligrosidad del agresor donde incluye la suministración de drogas o de alcohol donde se establecen perfiles de personas de características de personalidad agresiva donde se establece dentro de un parámetro de una relación.

Se toma las pruebas del Doctor que sustenta el informe que indica que hubo lesiones en todo el cuerpo de la víctima y que las mayores lesiones fueron en su cabeza, el tiempo en incapacidad y lo que todas las lesiones que la víctima presentaba en su cuerpo no tenían una evolución de más de 24horas a la fecha de la valoración.

Primera instancia indica en su análisis constante en la sentencia que se ha destruido el principio de inocencia. Considera que Fiscalía, a través de la prueba aportada, efectivamente pudo aportar la convicción necesaria para que, a través del convencimiento, el Tribunal pueda determinar que los elementos del tipo penal del delito de femicidio en grado de tentativa se cumplieron.

El tribunal considera que, de la prueba aportada, es evidente que la ciudadana Cruz Jimbo **fue víctima de agresión física**, siendo que dicha actividad no fue producto de su libre disposición de acción, sino más bien un acto externo que tenía por objeto vulnerar el bien jurídico protegido que es “la vida”.

En ese sentido, detallado con suficiencia debida con la prueba pericial médico legal realizada a la víctima por el perito y cuyo testimonio rindió el Dr. Gabriel Paredes Landázuri quien dijo que, al examen físico general y examen físico regional, la víctima tenía múltiples lesiones que comprometían casi todo el cuerpo, con hematomas en la cabeza, que ante estas lesiones estableció un tiempo de incapacidad de 20 días.

El tribunal considera que se ha establecido que estas lesiones fueron producidas por una acción traumática de objeto contundente que pudo ser puño, palos, o el piso conforme refería la víctima y que la equimosis que presenta en el cuello puede presumir por intento de estrangulamiento manual, que las lesiones eran recientes, es decir menor de 24 horas y son concordantes con lo manifestado por la paciente señora Cruz Jimbo.

El tribunal dicta sentencia condenatoria como autor directo del delito de tentativa de femicidio, al probarse la existencia de relación de convivencia entre el procesado y la víctima, en el grado de tentativa conforme al Art. 39 del COIP, en concordancia con el art. 42 numeral 1 literal a) *Ibídem* y se le impone la pena de **ocho años ocho meses de privación de libertad**.

La defensa, no conforme con la decisión interpone recurso de apelación, en el escrito del mismo indica que el tribunal ha vulnerado derechos específicos y fundamentales tales como la presunción de inocencia, seguridad jurídica.

El recurso se recibe la ciudad de Machala el día miércoles 26 de septiembre de 2018, a las 15:52. Por sorteo de ley la competencia se radica en la sala de lo penal de la corte provincial de el Oro, conformado por los/las Jueces/Juezas: Doctor Salinas Pacheco Jorge Dario (Ponente), Abogado Medina Chalan Maria Jesus, Doctora Zambrano Noles Silvia Patricia. Secretaria(o): Sanchez Sotomayor Gina Elizabeth. En audiencia se ratifica el fallo de primera instancia en todas sus partes.

2.2. Análisis general

Una vez que se han detallado de forma breve los hechos de interés del caso específico se procede al análisis del mismo en donde la idea a defender es la que hubo una errónea aplicación del tipo penal, para ello se analiza la subsunción del hecho a lo que establece la norma.

En un principio se planteó la idea de que se había vulnerado un principio tan fundamental en los procesos penales como lo es la presunción de inocencia, pero luego de revisar a fondo el expediente es claro que, la agresión por parte del procesado a la víctima si existió por más que la señora Cruz luego se retractó, desde ahí se ve desvanecida esta presunción.

Lo que sí ha de observarse es la falta de objetividad por parte de la fiscalía en este caso, quien en un principio inicia la acción por el delito de asesinato y luego determina que es femicidio en grado de tentativa. Del delito de femicidio se

hizo un breve análisis en el marco teórico de los elementos que lo componen, teniendo como núcleo la relación de poder.

Podría indicarse que este caso faltó objetividad por parte de la fiscalía respecto de lo antedicho, además que no se ha garantizado un juicio justo y se ha quebrantado a la Seguridad Jurídica establecido en el art. 82 de la tutela judicial efectiva de los derechos establecido en el art. 75 de la constitución.

¿Por qué se hace esta consideración? Pues, la argumentación realizada por el fiscal a criterio personal carece toda objetividad de acuerdo a lo que establece la Constitución y la normativa penal que indica que los fiscales deben actuar con debida objetividad al momento de realizar todas las investigaciones dentro de un proceso.

Bajo este escenario, Fiscalía manifiesta que posee un sinnúmero de argumentos y pruebas, al momento de la implementación del COIP determina que para determinar la responsabilidad de una persona debe involucrarse plena prueba o elementos de convicción, de presunción que da a entender que existió una responsabilidad por parte del procesado.

En efecto, bajo esta circunstancia el fiscal manifiesta que ha determinado plenamente la maternidad de la infracción, sin embargo, de la revisión del expediente se puede constatar que no existe ninguna referencia o ningún elemento que determine que existió la relación de poder que es el núcleo de la tipicidad del delito de femicidio.

Por otro lado, la fiscalía presenta el testimonio de una perito psicólogo (**que nunca analizó a la víctima**) que sustenta la argumentación profesional únicamente de la retractación de la versión de la víctima la cual ha manifestado como se observa en el expediente que:

(...) Muchas veces la costumbre emocional hace que una persona la capacidad de defender a sus hijos, no por el hecho de que se sea mala madre si no porque su situación personal se ha visto tan afectada, que no logra permitirle el reconocimiento de riesgo; es importante tener en cuenta la existencia del síndrome adaptación paradójica hace que las victimas en general se retracte su denuncia, concretamente al temor al abandono, soledad, al no tener estas herramientas suficientes para poder mantener a sus hijos y de no ausentarse, siempre y cuando la víctima suele depender de su pareja o cuando esta dependencia fue emocional, es decir, que las fases de luna de miel generalmente las promesas de cambio son bastante retroactivas, al momento de que hay una promesa de cambio donde dice que no volverá a pasar ninguna agresión y además mi situación de seguridad emocional es mejor que no tener nada probablemente es un buen momento para retractarse (...) (Femicidio, 2017).

En resumen, lo que la psicóloga manifiesta en su argumento es que la señora Cruz, se retractó de su versión por cuanto tenía miedo a que el señor Cabrera la abandonara, incluso explica que hay dos teorías sobre la violencia en casos como estos y manifiesta:

(...) hay dos teorías de tema de violencia, estas teorías que existen en este sistema, (retractación) donde se expresa en el momento que esta relación genera explosión violenta ve el momento específico de poner una denuncia pero poner una denuncia no necesariamente cambia la víctima peor aun cuando la víctima no cuenta con estrategias adecuadas de confrontamiento positivo, no cuenta con estrategias como va independizarse o como hacer una vida sola y además comprendiendo que no es la forma de vida como debería llevar sus relaciones, si es una persona que no ha recibido apoyo que sus redes de protección son muy limitadas probablemente la única persona con la que cuenta es su pareja puede que la relaciones con sus familiares este rota probablemente en la etapa de la luna de miel va hacer donde efectivamente sienta la mayor cantidad de retractaciones, y retractaciones que no significa que no ha sucedido los hechos si no que efectivamente existe una muestra de un intenso que tiene relación con mayor cantidad de inicio con una estructura de personalidad dependiente

que requiere estar con determinada persona que le brinde algo de aprobación y sobre todo a sus hijos e hijas, este tipo de conductas que son conductas típicas de mujer víctimas de violencia que han estado sometidas a la victimización entre 2 a 5 años y más que además tienen más de 2 o 3 hijos, es decir no tener trabajo fijo, no tener un medio de ingreso necesario para poder generar un proceso de independencia y economía evidentemente la retractación de poder, sin embargo, el riesgo al existir elemento propiamente dicho de riesgo por intento de asesinato, amenazas de muerte, ahogamiento entre otros son elementos que temen la situación de la persona víctima de violencia puesto que al retomar la relación de luna de miel su capacidad de afrontamiento va a disminuir y sus estrategias por tanto, se convierte en una víctima que está en mayor propensión de femicidio como forma más extrema de la violencia contra la mujer (Femicidio, 2017).

Respecto de lo que argumenta la perito acreditada por la judicatura, no hay discusión, es claro, experto y contundente, sin embargo, si hay que indicar que la psicóloga en audiencia fue a determinar que la señora Cruz tiene un trauma psicológico por las circunstancias de agresiones múltiples que ha sufrido durante toda la relación de convivencia que mantuvo con el señor Cabrera.

De lo antedicho, en ningún momento, se determina que efectivamente algún testigo que haya tomado contacto directo y haya plasmado la entrevista realizada a la presunta víctima, pues, esta se reusó a varias diligencias ordenadas por este ente.

No hay que olvidar que en un proceso penal, una prueba pericial para ser introducida y valorada debe contener con todos los elementos y protocolos lógicos, doctrinales y técnicos, en este caso, el testimonio de la perito experta en psicología no debió ser aceptado, mucho menos tomado en cuenta para resolver un sentencia

condenatoria, en razón de que carecía de los elementos indicados, además, como puede indicar que una persona tiene un trauma cuando ni si quiera la ha valorado?

Si bien es cierto, los expertos señalan como relevante la prueba pericial psicológica en víctimas de violencia de género, no es menos cierto, en que en esta se indica que en dicha valoración se logran recoger según la Doctora en Psicología y Perito judicial forense:

Todos y cada uno de los efectos psicopatológicos y psicosociales que se producen por los tipos que componen la violencia de género. Asimismo, el fin de la pericia en este tipo de delitos es hacer visible la violencia que ha sufrido la víctima y el riesgo de su invisibilidad aparente, así como los graves efectos en la salud de las éstas (Femicido, 2017).

La función pericial, en el Ecuador se encuentra regulada en los arts. 221 al 227 del COGEP, en el art 224 que habla sobre como se presenta y se sustenta el informe pericial, indica que éste ha de contener de forma detallada que tipo de examen, practicas, métodos, técnicas e investigaciones realiza el perito para llegar a una conclusión, el informe que presenta la fiscalía como prueba no contiene nada de ello, únicamente se ha enfocado en indicar que la víctima se retracta de su testimonio por miedo al abandono.

El fiscal, también manifiesta que con el testimonio del doctor Paredes determina que existieron los hematomas, que existieron los golpes, de eso no hay discusión, de lo que si la hay es de la objetividad del Fiscal, de la tipificación del delito, de la concurrencia de algún testigo presencial del hecho, no ha comparecido ningún testigo presencial, la única testigo presencial la Sra. Cruz que ha dado su

testimonio y ha sido clara que al momento de contrainterrogarla ella ratifica las circunstancias como se suscitaron los hechos que todos escucharon claramente.

Bajo este escenario, no hay que olvidar al garantismo penal presente en nuestro territorio consagrado como un Estado de Derechos y justicia, las pruebas presentadas son “dudosas” y ante una duda en este estado de derechos se resuelve favor del reo.

La fiscalía únicamente aporta testimonios de la víctima, el cual se retractó, testimonios de los agentes que detuvieron al procesado, **que nunca presenciaron los hechos directamente**, testimonios de doctores que nunca se contactaron con la víctima, de hecho, el doctor que hace referencia que la judicatura lo otorga un protocolo para determinar el test de riesgo de la presunta víctima.

De dicho protocolo le fue preguntado al Dr. de cómo se realiza, sobre hechos de violencia, se le pregunto cuáles son los antecedentes que presuntamente que la víctima le había narrado y dijo que **no le había narrado ningún tipo de antecedentes sobre hechos de violencia anteriores.**

¿Como presuntamente puede determinar qué existió el riesgo de la vida sobre hechos anteriores al momento de haber llenado este protocolo? de igual forma manifestó que es una proyección a futuro es decir un supuesto. En este punto cabe recalcar que en lo que es prueba, no puede basarse en un supuesto.

El art. 455 del COIP determina que en audiencia de juicio se acude a probar a resolver cuestiones que no se puede probar con elementos de pruebas fehacientes, testimonial, pericial y documental, dentro de la audiencia de juicio, manifestó la fiscalía que lógicamente al ser tan agredida la señora Cruz ella no pudo llamar a la policía si no las personas de su alrededor.

Del hecho anterior, tampoco ha acudido ningún tipo de testigo para determinar que aquello es cierto, manifiesta que el agente investigador de este proceso supuestamente había entrevistado a la víctima y ella le había manifestado, “problemas con su conviviente por lo que llama a la policía”, presuntamente ella llama a la policía y fiscalía en sus alegatos dice que ella no fue la que llamo a la policía si no sus vecinos.

Lo manifestado se registra para evidenciar las contradicciones que podrán evidenciar al momento de valorar la prueba, es fácil trasladar a expertos y decir que lógicamente existen en este tipo de delitos la retractación cuando no existen una simple valoración psicológica a la presunta víctima, la fiscalía no realizó el trabajo de hacer una valoración psicológica en el día y en el momento que suscitaron los hechos a pesar de tener una oficina técnica con psicólogos, trabajo social, médicos de turno no se hizo aquello.

No se puede alegar en este momento que existe una retractación cuando no se ha determinado una valoración psicológica, bajo esas circunstancias a pesar de no tener la carga probatoria con el debido proceso si no que recae sobre la fiscalía quién es que acusa.

El objetivo de este análisis es fundamentar que ha existido en este caso un inadecuado ejercicio de la acción penal en la subsunción del hecho a la norma, pues se considera que no constan todos los elementos de la conducta típica para se halla juzgado por el delito de femicidio al procesado.

Se considera que ha existido una falta de subsunción del tipo penal a lo que dice la norma, en efecto, el caso se ha observado desde la perspectiva de violencia de género, pero en ningún momento se hace alusión a la violencia intrafamiliar con lesiones, que es la idea a defender.

La violencia basada en género en este sentido, logra constituir un modo complejo de discriminación y vulneración de derechos humanos, ello se halla impreso en instrumentos internacionales de Derechos, que radica y elimina todo tipo discriminación hacia la mujer.

El Derecho Penal sustantivo y adjetivo contiene en su articulado las normas legales que determinan las sanciones para las diferentes conductas delictivas, ello se ve plasmado en la tipificación de cada delito o contravención, sancionando como nuevo delito al femicidio.

Que el procesado era culpable, no hay duda, la agresión se dio, pero no existen como afirma la fiscalía suficientes elementos para que se califique la acción dentro del marco del delito de tentativa de femicidio, aquí lo que hay claramente es una violencia intrafamiliar que como resultado tiene lesiones, ello se verifica con la incapacidad de 20 días que se califica a la víctima.

La penalidad que el COIP resuelve para las lesiones que son de 9 a 30 días es de 2 meses a 1 año. Las lesiones son las que se derivan cuando se daña la integridad física o psicológica, el procesado de que tenía que pagar una condena no existe duda, pero no una desproporcionada en relación a los hechos de 8 años.

Para formular cargos, el fiscal como agente de investigación, está obligado a comprobar los elementos del delito por el que va a acusar, ello significa que tiene que hacer la verificación de la tipicidad y los demás elementos, es decir, debe asimilar la concurrencia del hecho cometido con la descripción exacta que contiene el articulado de código.

La tipicidad como lo han manifestado los juristas:

Es el acomodamiento del de la conducta humana voluntaria, ejecutada por el sujeto a la figura que narra la ley penal como delito. Es la adecuación, el encaje, **la subsunción del acto humano voluntario al tipo penal**. Si se adecua es indicio de que es delito. Si la adecuación no es completa no hay delito. La adecuación debe ser jurídica, no debe ser una adecuación social (Peña, 2010, pág. 131).

De no efectuar lo que se ha registrado se tiende a aplicar la ausencia del tipo, o en su defecto que se juzgue una conducta bajo una inadecuada aplicación del tipo penal por falta de elementos, así Bacigalupo, menciona: (1999) es:

Cuando en la acción carece alguno de los elementos que describe la ley, y puede darse por falta de: calidad en el sujeto activo; calidad en el sujeto pasivo; elemento valorativo en el objeto del delito; referencias temporales o espaciales; medio previsto; elementos subjetivos del injusto. Lo que trae por consecuencia **la imposibilidad de que la acción se adecue a todos los elementos que el legislador ha empleado para hipotetizar el delito** (Bacigalupo E. , 1999, pág. 219).

El delito de femicidio al ser tan nuevo en la legislación del Ecuador, no contiene un protocolo para identificar la subsunción a este como delito, pues el COIP como núcleo nada más señala las relaciones de poder y matar por el hecho de ser mujer, ¿qué pasa en casos como el analizado? Donde la violencia intrafamiliar ni siquiera ha sido mencionada ni por el Fiscal ni el juzgador.

Podría identificarse aquí un conflicto de normas, respecto de ello la norma suprema señala que en casos penales de existir un tipo de conflicto de este tipo se ha de resolver con la que sea más favorable al reo, existe un conflicto de normas puede resolverse mediante la aplicación del principio de subsunción, conforme al cual “la de menor entidad quedará subsumida en la mayor, en razón del bien jurídico tutelado” (Meza, 2008, pág. 1).

En este sentido, es concebible que el caso en específico la lesión se pueda considerar como un agravante al delito de violencia intrafamiliar, el delito de lesiones puede quedar subsumido en el delito de violencia familiar tipificado en el articulado penal. Para que se ejecute una verdadera y eficaz justicia penal, los fiscales y jueces han de aplicar el tipo penal adecuado respecto al hecho punible.

Volviendo a los fallos condenatorios, es significativo registrar el testimonio de la víctima que fue sustentado en la audiencia preparatoria a juicio y la de juzgamiento:

(...) TESTIMONIO DE LA VICTIMA J. D. C. J. : “El señor es el papá de mis hijos tengo 2 hijos con él, de 5 y 2 años, si es mi firma, el motivo que puse la denuncia fue porque el día 7 de junio fue un percance, también fue un error haber puesto que era una tentativa de Femicidio cuando el señor nunca me alzó la mano quería aclarar que de la primera audiencia que hubo

yo pedí venir a testificar, porque quería aclarar como fue el proceso. (...) el señor llega con una tipa a casa y cuando llega con la tipa no se imaginó que yo estaba en casa, el aprovechó que como sabía que yo no pasaba ahí, entró con otra tipa a lo que él entra a la casa no se dio cuenta que yo estaba en la casa, en eso salgo del cuarto abro la puerta enciendo la luz y el tipo estaba con otra tipa cuando ocurre eso lo que hice fue agarrarlo a golpes y a la tipa porque yo no iba permitir que el lleve a mi casa donde vivo con mis hijos a otra tipa, entonces yo discutí con la tipa no sé quién es la mujer, en eso el señor abrió la puerta y la mujer se fue cuando ya me había dejado golpeada a mí, yo no me di cuenta de la magnitud de los golpes porque las dos nos agarramos golpes, en eso que la chica para yo no salir atrás de ella el cierra la puerta y me quedo con el discutiendo y le dije todo (Femicidio, 2017).

La víctima en su testimonio no niega que ella fue la que lanzó el primer golpe, incluso ello también lo manifiesta en la primera versión, obviamente, esto no justifica la respuesta de su conviviente, pero lo que tiene que quedar claro es que el hecho nace de una discusión de pareja que termina en una violencia intrafamiliar con lesiones que incapacitan a la agredida por 20 días, el testimonio que no fue considerado ni valorado indica:

(...) No negaré que al señor lo agarre a golpes en eso hubo una discusión fuerte entre los dos, el trataba de decirme que lo disculpe, que lo perdone que eso ya paso en eso salimos a discutir y la gente estuvo ahí preguntando qué pasó, yo no llame a la policía los vecinos llamaron por la discusión que hubo, en eso llegó la policía encontró como estaba la casa toda desarreglada, le dije a la policía que rompa el candado a sacar al señor y se lo lleva, cometí un error y hable con la fiscal y le dije que solo este un mes y salga porque hice eso sin ver el daño que estaba causando, soy yo la de la fotografía, habían ciertas heridas en los brazos y las piernas (...) (Femicidio, 2017)

En este caso la fiscalía fue tan parcial y subjetiva que incluso de la sentencia que condena al procesado a 8 años 8 meses de privación de libertad, apela, en el sentido de que considera que no se aplicó a la pena un agravante. la

fiscalía considera que hemos se puede acreditar la agravante Nro. 3 que si el delito se comete en presencia de hijos.

De la agravante que alega solicita al superior que se revoque de manera parcial la sentencia emitida y se establezca una pena que sea acorde a lo solicitado, considerando que en el desarrollo de la audiencia existieron dos hipótesis en este caso emitidas por parte de la defensa técnica.

La defensa de la víctima, así como del procesado, indicaron que las lesiones que la víctima que presentó fue debido a una discusión que se dio entre ellos y que debido a que la víctima era muy delicada, todas las lesiones que se encontraron en su cuerpo se produjeron por una caída que ella tuvo y posterior en el testimonio rendido por la víctima y por el procesado, existieron varias contradicciones.

De lo antecito, el Fiscal no conforme con la pena solicita que esta sea aún mayor, en el grado de tentativa conforme lo estipula el Art. 39 de la norma invocada, aquí puede existir una vulneración del derecho, en cuanto a la duda razonable, pues, es cuestionable el testimonio de los agentes de policías que detuvieron al procesado, porque nunca vieron el hecho.

También hay duda razonable respecto del testimonio del perito médico legal, porque argumenta que no hay la materialidad de la infracción. Sustenta sus argumentos en el sentido de que, en el alegato de apertura o teoría del caso, presentado por Fiscalía, ofreció probar ciertos hechos, los cuales los desarrolla y

concluye que no se probaron en la etapa de juicio, como no se ha probado cuáles fueron los actos externos que interrumpieron el cometimiento del delito para que se dé la configuración del delito de femicidio en el grado de tentativa.

Otro testimonio que es motivo de duda razonable es el del perito médico Gabriel Paredes Landázuri, él no estaba presente en los hechos, por lo tanto, no se constituye en un testigo presencial y que en base de ello la materialidad en esta clase de delitos no se configura con el solo el resultado de los hechos, cuestionando la declaración del cual se le ha tomado su valor para la responsabilidad del procesado.

Volviendo a los testimonios es los policías se vuelve a recalcar no son testigos presenciales de los hechos y que son referenciales, que ellos sostienen que llegaron a los cinco minutos posterior de los hechos, el testimonio del perito Vargas Ronquillo, quien realizó el reconocimiento del lugar de los hechos, sirve para determinar, únicamente la competencia y no aporta con mayores elementos para la materialidad tanto como la responsabilidad penal del procesado.

La Fiscalía acusa de un delito que no está probado en juicio, cuando es la propia víctima quien rinde su testimonio, a quien se la cuestiona su credibilidad y legalidad por parte del tribunal y la Sala posteriormente, ya que refiere, que ha expresado en forma libre y voluntaria, que el procesado nunca se alzó la mano, que todo es un mal entendido.

El operador de justicia y la fiscalía acogen la versión de la víctima mas no su posterior testimonio, en este punto también hay que indicar que el Art. 454 numeral 6 del COIP, por mandato expreso establece que las versiones no pueden ser consideradas como prueba en juicio, mientras que los testimonios si son un tipo de prueba.

Se considera que esta aplicación es errónea, pues, no se hizo la valoración de todos los elementos del delito de femicidio para que sea calificado como tal, en este sentido, es importante volverlos a repasar, así se tiene primero:

1) El verbo.- El delito de femicidio al igual que el de violencia, hay que indicar, son delitos de acción, su verbo rector es dar muerte, en el caso de tentativa intentar dar muerte, en el caso, la discusión no tiene como objetivo este final, es una discusión de pareja que surge por celos y se llega a golpes.

2) El sujeto activo.- El sujeto activo es el agresor directamente, en este caso el individuo que está siendo procesado por el cometimiento de la infracción penal, es como lo indica la doctrina, la persona que ha atentado contra un bien jurídico protegido, en este caso contra la integridad.

3) El sujeto pasivo. El sujeto pasivo de una acción es siempre la víctima, sea una persona natural o jurídica es quien es el titular del bien jurídico afectado con la comisión del delito.

4) El objeto material. Es el elemento que hace referencia al objeto en el que recae de forma física el acto del agente infractor, en el delito de femicidio sería el cuerpo de la mujer, en el delito de violencia intrafamiliar (hacia la mujer) también es el mismo objeto.

5) El objeto jurídico del delito. Este es el bien jurídico en específico, aquí es el derecho a la vida sin violencia.

6) El resultado. En los delitos materiales, la ley penal menciona también a la consecuencia de la acción, que no está siempre se ve expresado en el verbo mismo, aunque a veces así ocurre.

7) Las circunstancias. Éstas raras veces son circunscritas en las normas legales, a la sola acción o su resultado; trata de:

- El tiempo en el que se comete el delito.
- El lugar en que se comete el delito.
- Las modalidades en las que se puede cometer.
- Los presupuestos jurídicos.

Analizando todo lo registrado logra concluirse que por ningún lado se ven probado todos estos presupuestos, por lo que se sigue defendiendo la idea de que falta objetividad por parte de la fiscalía que ha efectuado una errónea adecuación del tipo penal, estos analizándose en primer lugar el tipo objetivo del delito.

8) El tipo objetivo.- Es relacionado con la acción típica del delito, es la acción y el resultado de la misma en conjunto con el nexo causal. En efecto, como se viene indicando la acción típica, vale o sirve para la designación de un hecho de la vida real, no una simple descripción legal (matar a otro).

Por otro lado, el femicidio como la violencia intrafamiliar es un hecho que como tipo objetivo prima el dolo, también presente en elemento de la tipicidad, ello se establece en la normativa penal en los Arts. 25 a 28 del COIP. Por esto es que en el análisis del tipo penal de Femicidio se hace referencia al elemento objetivo y al elemento subjetivo.

La tipicidad según la Teoría Finalista al ser un delito doloso se conforma por el tipo objetivo, esto es: “la descripción objetiva de los hechos más el tipo subjetivo, que es el dolo, que implica el conocimiento del tipo objetivo más la voluntad de realizarlo” (Valdivieso, 2015, pág. 75).

Con acomodamiento a lo que determina la ley en su texto normativo, el delito de femicidio consiste en dar muerte a una mujer únicamente por el hecho de ser de este género y su condición. Es tratado en este sentido, como un tipo penal agravado de la figura legal de homicidio.

El femicidio es un delito autónomo, que se perfecciona desde el elemento de la tipicidad, con la exigencia de la concurrencia de las siguientes condiciones:

- a. Que el autor de la agresión o hecho sea del sexo masculino.

- b. Que la víctima sea una mujer.
- c. Que el sujeto que agrede llegue a matar a la víctima solo por ser mujer.
- d. Que el asesinato a la mujer es en un contexto de violencia de género.
- e. Que el resultado de la acción sea la muerte.

Respecto de la consumación y la tentativa, se debe indicar que la consumación es cuando se logra dar muerte a la mujer, en este sentido, porque se trata de un delito que es de resultado material, con esta particularidad es admisible el grado de tentativa.

(Valdivieso, 2015) expresa:

En el delito de resultado material, la tipificación exige que el acto humano produzca un resultado posterior o cambio exterior. Por lo tanto, si el tipo penal de Femicidio se refiere a la muerte de una mujer, estamos frente a un delito de resultado. Lo contrario al delito de resultado es el delito formal o de simple actividad, que, de acuerdo a la tipicidad del delito, su ejecución exige un acto que incluye el resultado, como en el caso de la injuria. En la ejecución del plan delictivo del autor se puede llegar a dos soluciones: que la acción del autor se concrete en el resultado buscado (delito consumado), o que tal acción no produzca el resultado deseado (delito tentado, frustrado o desistido). En este segundo caso, el resultado no se produce, bien porque el autor practica todos los actos de ejecución que deberían producir como resultado el delito, y sin embargo, éste no se produce por causas independientes de la voluntad del agente (frustración); bien porque el autor da principio a la ejecución del delito pero no practica todos los actos de ejecución que deberían producir el resultado, siempre que no sea por su propio desistimiento (tentativa) (Valdivieso, 2015, pág. 80).

La autora hace una diferenciación respecto de la tentativa y desistimiento de la acción, doctrinariamente refiriéndose a tentativa y desistimiento, radica en que aun, cuando en ninguno de los dos casos se llega a producir el resultado.

Del resultado menciona: “en la tentativa esa no producción obedece a causas ajenas a su voluntad; y en el desistimiento el resultado no se produce porque el autor no quiere que se produzca, ya que su voluntad se dirige a evitar el resultado” (Valdivieso, 2015, pág. 80).

El COIP en su art. 39 regula el delito en el grado de tentativa, señalando que es la ejecución fallida, la que no consigue la consumación del hecho y por ende su resultado no puede verificarse porque no se da, agregando que este tipo penal se da por circunstancias ajenas a la voluntad del sujeto activo, a pesar de que, la perpetración se ha iniciado de forma dolosa.

En el presente caso, no se comprueban los elementos del femicidio, más bien se evidencia una falta de objetividad por parte del fiscal, también podría indicarse que hay una deficiencia en la defensa técnica del procesado, ya que, en todo el proceso pelea únicamente la inocencia del procesado, mas no, el cambio del tipo penal, cuando obviamente se ha formulado cargos por un femicidio pudiendo ser una violencia intrafamiliar con lesiones, que hubiese acarreado una pena menor a la que se le impuso.

CONCLUSIONES

Se concluye determinando que se han cumplido con los objetivos planteado desde el inicio del proyecto de investigación, esto es con determinar que hubo una vulneración de derechos fundamentales del procesado en el caso N° 07710-2017-00551, por inadecuado ejercicio de la acción penal en lo referente a la subsunción de los hechos a la norma.

Los derechos fundamentales del procesado en el ejercicio de la acción penal fueron vulnerados, al realizarse una inadecuada imputación penal, el señor Cabrera si era culpable, pero de otro delito mas no del delito de femicidio en el grado de tentativa, la conducta se ajusta al delito de violencia intrafamiliar con lesiones de incapacidad de 20 días, cuya pena no supera el año.

Como derechos fundamentales, se ve vulnerado el derecho a la Seguridad Jurídica, porque existiendo una norma previa como lo es el COIP que describe todos los delitos se le juzga a criterio del Fiscal, quien como elementos de convicción únicamente presenta el parte policial de los agentes que detuvieron a Cabrera, que no fueron testigos presenciales, testimonio de una perito psicóloga que hablo de porqué las personas se retractan de sus versiones, pero la misma nunca valoró a la víctima, y de un Doctor que afirma que la señora fue lesionada. Todo ello según la doctrina es prueba o indicios referenciales, se debió cambiar el tipo penal.

El caso amerita una revisión más profunda por los profesionales del Derecho, pues al revisarse el expediente es clara la evidencia de que se vulneraron derechos constitucionales, procesales al señor Cabrera. En este sentido puede recomendarse al profesional lector la interposición de un recurso de revisión.

Esta inadecuada o errónea aplicación del tipo penal de femicidio ha conseguido que al procesado se le imponga una pena desproporcional, ello, atenta a los fines del Derecho penal, y otros Derechos.

El femicidio, aunque es un hecho que ha conmociona doca las sociedades de todo el mundo, aun no logra en el Ecuador al menos, tener un protocolo de un claro juzgamiento, en este sentido, cualquier mujer que denuncie una agresión por parte de un hombre puede ser calificado como tentativa de femicidio, y eso no debería ser así. En este caso ni siquiera había antecedentes de violencia en la pareja.

BIBLIOGRAFÍA

- Albán, E. (2009). *Manual de Derecho Penal ecuatoriano*. Quito: Ediciones Legales.
- Asamblea Nacional. (2015). *COIP*. Quito: CEP.
- Bacigalupo, E. (1999). *Derecho penal Parte General*". Buenos Aires: Hammurabi.
- Bacigalupo, E. (2014). *Lineamientos de la Teoría del Delito*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Buompadre, J. (2013). *Violencia de Género, Femicidio y Derecho Penal*. Córdoba: Alveroni Ediciones.
- Carrara, F. (1971). *Programa de derecho crimina*. Bogotá: Temis.
- Cerezo, J. (2004). *Curso de Derecho Penal español II: Parte general*. Barcelona: Tecnos.
- Cueva, M. (2009). *El delito en sentido Legal*. México: UNAM.
- Femicidio, 07710-2017-00551 (2017).
- Ferrajoli, L. (1989). *Derecho y Razón*. Madrid: S.E.
- Ferrajoli, L. (2001). *Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Goldstein, R. (1999). *Diccionario de Derecho Penal y Criminología*. S.L: Astrea.
- Jiménez De Asúa, L. (2005). *“La ley y el delito. Principios del Derecho penal*. Buenos aires: Abeledo-Perrot.
- Luzón, D. (2013). *Curso de Derecho Penal Parte General*. Saragoza: Universitas S.A. .
- Meza, E. (2008). *Vilencia familiar y lesiones agravadas*. Obtenido de <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Documentos/Tesis/169/169162.pdf>

- Peña, G. (2010). *Teoría del delito manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*. S.L: APECC.
- Pérez, Á. (2009). *Introducción al Derecho Pena*. Bogotá: Temis.
- Sainz, J. (1982). *cciones de Derecho Penal: Parte Genera*. Barcelona: Bosch.
- Ticona, E. (2017). *Teoría de la tipicidad*. Obtenido de http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2206_02_ticona_zela.pdf
- Valdivieso, M. (2015). *Femicidio una necesidad o exceso legislativo*. Obtenido de <http://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/5218/1/11598.pdf>
- Zaffaroni, R., & Otros. (2006). *Manual de Derecho penal*. Buenos Aires: Ediar.
- Zambrano, A. (2008). *Manual de Derecho Penal, parte general*. Quito: CEP.