

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

Análisis del delito de simulación de secuestro: ¿merece estar tipificado en el sistema penal ecuatoriano?

Fernando Andrés Ruiz Ruales

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito
para la obtención del título de
Abogado

Quito, 20 de noviembre de 2020

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Fernando Andrés Ruiz Ruales

Código: 00136879

Cédula de identidad: 1720578051

Lugar y fecha: Quito, 20 de noviembre de 2020

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETheses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>

Análisis del delito de simulación de secuestro: ¿merece estar tipificado en el sistema penal ecuatoriano?

Kidnapping simulation crime analysis: ¿does it deserve to be typified in the Ecuadorian criminal system?

Fernando Andrés Ruiz Ruales¹
fruiz@estud.usfq.edu.ec

RESUMEN

En el Código Orgánico Integral Penal se encuentra tipificado el delito de simulación de secuestro el cual sanciona con pena privativa de libertad de seis meses a dos años a la persona que simule estar secuestrada. Del análisis de este artículo se desprende que en este tipo penal el sujeto activo y el sujeto pasivo convergen en una misma persona. Además, el resultado que se produce producto del cometimiento de este tipo penal no lesiona ningún bien jurídico protegido, es decir, no se cumple con la antijuridicidad material elemento indispensable de toda infracción penal. Por lo tanto, a través del análisis dogmático de la teoría general del delito, así como también del análisis comparativo de distintos ordenamientos jurídicos, se ha logrado demostrar que al tipificar esta conducta estamos frente a una intervención penal innecesaria que se está extralimitando y abusando de su facultad de poder imponer sanciones.

PALABRAS CLAVE

Simulación, secuestro, bien jurídico, libertad personal, Código Orgánico Integral Penal.

ABSTRACT

In the Ecuadorian Criminal Code, the simulation of kidnapping is typified and establishes a penalty of imprisonment from six months to two years for the person who pretends to be kidnapped. From the analysis of this article, it can be deduced that in this type of criminal offense, the active subject and the passive subject converge in the same person. In addition, as a consequence of the commission of this criminal type it is evident that does not harm any protected legal good, that is, the material unlawfulness is not fulfilled, an indispensable element of any criminal offense. Therefore, through the dogmatic analysis of the general theory of crime, as well as the comparative analysis of different legal systems, it has been possible to demonstrate that by classifying this conduct we are facing an unnecessary criminal intervention that is exceeding and abusing its power to impose sanctions.

KEYWORDS

Kidnapping, simulation, legal good, personal freedom, Ecuadorian Criminal Code.

Fecha de lectura: 18 de diciembre de 2020

Fecha de publicación: 18 de diciembre de 2020

¹Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Homero Cepeda López.

© DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. – 2. MARCO TEÓRICO. – 2.1 MARCO NORMATIVO.- 2.2 TEORÍAS O SUSTENTO TEÓRICO 2.3 ESTADO DEL ARTE.- 3. ANÁLISIS DESDE LA TEORÍA GENERAL DEL DELITO.- 3.1 LA TIPICIDAD.- 3.2 LA ANTIJURIDICIDAD.- 3.2.1 EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.- 3.2.2 EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD.- 3.3 LA CULPABILIDAD.- 4. DERECHO COMPARATIVO SOBRE LA SIMULACIÓN DE SECUESTRO.- 5. APLICABILIDAD DE LA SIMULACIÓN DE SECUESTRO.- 5.1 EXPANSIÓN DEL PODER PUNITIVO DEL ESTADO.- 5.2 TEORÍA DE LA PENA.- 5.3 REPARACIÓN INTEGRAL.- 6. RESULTADOS Y DISCUSIÓN.- 7. CONCLUSIONES.

1. Introducción

El secuestro es un delito de acción pública considerado como un comportamiento antisocial muy peligroso que atenta contra la libertad personal. Este delito no es para nada pacífico, pues en lo que va del 2020, la Unidad de Antisecuestros y Extorsión, UNASE, ha reportado alrededor de 30 casos de secuestro², situación que genera un gran estado de inseguridad y preocupación entre la sociedad. Aunque se considera que este tipo penal es relativamente nuevo, este delito ha existido desde que el hombre se agrupó para la caza, inclusive existen viejas referencias de él en la Biblia³.

Debido a la necesidad de sancionar esta conducta por el creciente número de casos, el legislador tipifica en el Código Orgánico Integral Penal, COIP, el delito de secuestro dentro de los delitos contra la libertad personal; sin embargo, dentro de esta misma sección, se encuentra el delito de simulación de secuestro contemplado en el artículo 163, el cual establece que: “La persona que simule estar secuestrada, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años⁴”. Por lo tanto, al analizar este tipo penal, aparentemente el sujeto activo de la infracción es el mismo que el sujeto pasivo. Además, es cuestionable si el resultado que se produce producto del cometimiento de este delito lesiona o amenaza algún bien jurídico para que sea considerada como una conducta penalmente relevante.

En la práctica, la administración de justicia se enfrenta con varias dificultades al momento de poder dictar sentencia cuando se les presenta un caso de esta naturaleza, en vista de que la persona que realiza esta conducta y en consecuencia a quien se le atribuirá la responsabilidad penal por perpetrar este delito, será la misma persona sobre quien directamente recaerá la acción, es

² Policía Nacional del Ecuador, “Unidad de Antisecuestros y Extorsión” [UNASE], <https://www.policia.gob.ec/biblioteca/> (Consultado el 25 de septiembre de 2020).

³ Ver, Richard Clutterbuck, *Secuestro & Rescate* (México: Fondo de cultura económica, 1979).

⁴ Artículo 163, Código Orgánico Integral Penal [COIP], Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

decir, el titular del derecho vulnerado. Asimismo, en estricto apego al artículo 78 de la constitución, el cual establece que las víctimas de infracciones penales tendrán derecho a una reparación integral que incluirá, por ejemplo, la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado⁵, surge una interrogante sobre cómo se debería proceder para adoptar mecanismos adecuados de reparación integral para la víctima.

En este sentido, a través del análisis dogmático de la teoría del delito y un análisis comparativo de legislaciones extranjeras, se pretende determinar si es que verdaderamente la persona que simula estar secuestrada amenaza o lesiona sin justificación algún bien jurídico protegido, en específico, su libertad personal. O, por el contrario, si este tipo penal no debería ser considerado como una conducta penalmente relevante y más bien estamos frente a una expansión y abuso del poder punitivo del estado que pretende sancionar una conducta que no debería estar tipificada en el Código Orgánico Integral Penal.

1.Marco teórico

2.1.Marco normativo

Tanto la legislación ecuatoriana como la doctrina al desarrollar la teoría del delito establecen que toda infracción penal consiste en una conducta típica, antijurídica y culpable. Al respecto, dentro del segundo capítulo del COIP, el cual regula los delitos contra los derechos de libertad, se encuentra tipificado en la tercera sección el secuestro como un delito contra la libertad personal. De igual manera, en esta sección, se encuentra la simulación de secuestro como un tipo penal distinto al secuestro, en el cual se establece que: “La persona que simule estar secuestrada, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años”⁶.

Cabe recalcar que el Ecuador no es el único país latinoamericano que ha regulado esta conducta, tal es el caso de Paraguay, que en su legislación encontramos que la simulación de secuestro se encuentra contemplada en el artículo 7 de la Ley Especial Antisecuestro No. 2849 imponiendo una pena de hasta diez años de penitenciaría para quien cometa este delito. Asimismo, este tipo penal también se encuentra presente en la legislación venezolana, específicamente en el artículo 4 de la Ley Contra el Secuestro y la Extorsión de Venezuela. Finalmente, el artículo 13 de Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro de México, impone

⁵ Artículo 78, Constitución de la Republica del Ecuador, Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

⁶ Artículo 163, COIP.

una pena de doscientas a setecientas jornadas de trabajo a favor de la comunidad como sanción para quien simule su secuestro.

2.2. Teorías o sustento teórico

El garantismo en materia penal hace alusión al concepto de un sistema penal de mínima intervención que tiene como principal objetivo establecer límites al poder punitivo del estado. Esta teoría tiene a la cabeza al jurista italiano Luigi Ferrajoli quien propone tres formas de analizar al garantismo. En primer lugar, corresponde entender al garantismo como un modelo normativo de derecho que impone vínculos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos, por lo tanto, un estado garantista será aquel sistema penal de poder mínimo capaz de maximizar la libertad de sus ciudadanos⁷. En segundo lugar, establece que el garantismo distingue una teoría jurídica de la validez y otra de la efectividad y las trata como dos categorías distintas que no guardan una relación entre sí, dicho en otras palabras, se tiene que hacer una diferenciación teórica entre el ser y el deber ser del derecho. Finalmente, la última acepción del garantismo presupone una filosofía “que atribuye tanto al derecho como al estado justificar la carga conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos”⁸. Es justamente bajo esta teoría garantista que se analizará el tipo penal contemplado en el artículo 163 del COIP.

2.3. Estado del arte

Según Richard Clutterbuck, el secuestro es un delito que ha estado presente en la vida del ser humano desde hace mucho tiempo atrás, ya que su origen se remonta desde que el hombre se agrupó para la caza e inclusive existen viejas referencias de él, tanto en la Biblia como en el Corán donde se le conoció como plagio⁹.

Para Luis Lamas Puccio, el delito de secuestro en sus más variadas modalidades, sin duda alguna constituye un comportamiento antisocial altamente peligroso en donde adquiere especial realce la libertad individual¹⁰. Por otro lado, Gilberto Martiñón Cano, sostiene que cualquiera que sea su definición, la historia del delito de secuestro muestra un elemento permanente, que es la

⁷ Ver, Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal* (Madrid: Editorial Trotta, 2011), 851-853

⁸ *Id.*, 851-853.

⁹ Ver, Richard Clutterbuck, *Secuestro & Rescate* (México: Fondo de cultura económica, 1979).

¹⁰ Ver, Luis Lamas Puccio, “El delito de secuestro.” *Derecho PUCP* (1986), 197-198.

privación de la libertad y el elemento mudante refiriéndose a los fines que han perseguido los secuestradores¹¹.

Específicamente, en el Ecuador, si bien es cierto que el delito de secuestro representa un problema para la sociedad, es el delito de simulación de secuestro el que se ha estado presentando con mayor frecuencia, pues cada vez son más los casos en los cuales las personas fingen su secuestro, razón por la cual esta conducta se encuentra tipificada como un delito en el Código Orgánico Integral Penal. Al respecto, el catedrático Ramiro Ávila Santamaría, establece que al tipificar este delito se está generando un problema, pues en este delito no existe utilización sistemática del bien jurídico al momento de organizar la ubicación de este tipo penal en el COIP¹². Además, plantea que dentro de una investigación será muy difícil para el fiscal poder probar que en un caso de simulación de secuestro existió antijuridicidad material. En este mismo sentido, Pablo González Monguí, haciendo alusión al bien jurídico protegido que pretende precautelar este tipo penal, establece que:

Cuando una persona simula un secuestro, que en el argot de los periodistas es un autosecuestro, con el objeto de obtener, por ejemplo, un beneficio económico, en realidad no se afecta el bien jurídico de la libertad individual. Por lo tanto, no se adecúa la conducta en los tipos penales que regulan el secuestro¹³.

Consecuentemente, se pensaría que el proceso de adecuación típica corresponde más bien a otro tipo de delito, pues la solicitud de dinero se hace con el fin de dejar en libertad al presunto secuestrado, cuando en realidad lo que se está generando es un engaño que produce angustia a los familiares que reúnen el dinero para pagar el rescate¹⁴. Igualmente, René Jiménez Ornelas, plantea que este hecho delictivo denominado como autosecuestro se ha vuelto una jugosa inversión en la cual las personas que simulan su secuestro solicitan grandes cantidades de dinero a sus conocidos para vengarse o solventar gastos extras¹⁵.

¹¹ Ver, Gilberto Martiñón Cano, “ El bien jurídico protegido en el delito de secuestro”, en *el delito de secuestro* (México: Tirant Lo Blanch, 2012), 36-37.

¹² Ver, Ramiro Ávila Santamaría, *Código Orgánico Integral Penal. Hacia su mejor comprensión y aplicación* (Quito: Corporación Editora Nacional,2015).

¹³ Pablo Elías González-Monguí, “La simulación del secuestro o autosecuestro” en *Delitos contra la libertad individual y otras garantías* (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2017), 158.

¹⁴ *Id*, 158.

¹⁵ Ver, René Jiménez Ornelas, *El secuestro. Problemas Sociales y Jurídicos* (México: Universidad Nacional Autónoma de México,2002).

3. Análisis desde la teoría general del delito

3.1 La tipicidad

Con el objetivo de poder determinar si el tipo penal contemplado en el artículo 163 del COIP cumple con todos los requisitos para ser considerado como un delito, es necesario que se todos sus elementos conforme a la teoría general del delito. Así pues, en la moderna dogmática del derecho penal existe un concepto generalizado y universal en cuanto a que toda conducta punible necesariamente supone una acción típica, antijurídica, culpable.

Por tanto, en esta misma línea, el COIP en su artículo 18 define a la infracción penal como la conducta típica, antijurídica y culpable¹⁶. Con respecto a la tipicidad, esta se entiende como la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal¹⁷, es decir, es la descripción de una conducta o concretamente la descripción de un tipo penal. Este elemento guarda una estrecha relación con el principio de legalidad o mejor conocido con el aforismo *nulla poena sine lege*, el cual determina que no es posible derivar acciones punibles de principios jurídicos generales sin que exista un tipo fijado expresamente en la ley, o en palabras de Roxin, no sólo se requiere que la circunstancia de una determinada conducta sea ya punible, “sino también la clase de pena y su posible cuantía han de estar legalmente fijadas antes del hecho”¹⁸. Al respecto, la constitución del Ecuador establece en su artículo 76 que:

Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley¹⁹.

Ahora bien, para que se pueda realizar un juicio de tipicidad y lograr determinar si la conducta se subsume a la ley penal, se deberá analizar a la tipicidad en sus dos niveles: tipicidad objetiva y subjetiva. Dentro de los elementos permanentes de la tipicidad objetiva se encuentra el sujeto activo del tipo penal, que se lo define como la persona que tiene el dominio del curso causal o propiamente dicho quien realiza la conducta. Por otro lado, el sujeto pasivo es la persona sobre quien recae la acción, es decir, aquella persona titular del bien jurídico protegido.

¹⁶ Artículo 18, COIP.

¹⁷ Ver, Francisco Muñoz Conde, *Derecho Penal: Parte General* (España: Tirant lo Blanch,2004).

¹⁸ Claus Roxin, *Derecho Penal: Parte general* (Navarra: S.L. CIVITAS EDICIONES,2016),138.

¹⁹ Artículo 76, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

En el presente artículo materia de análisis resulta curioso que la norma al no determinar un sujeto activo o pasivo calificado, es decir, aquel sujeto que sí requiere de calidades especiales o características previstas específicamente en el tipo penal²⁰, es posible pensar que la persona que realiza la conducta será la misma sobre quien recaerá la acción, en otras palabras, se concentra el sujeto activo y el sujeto pasivo del tipo penal en la misma persona y al no verse afectada la libertad del sujeto sobre quien recae la acción no puede hablarse de un sujeto pasivo.

En lo referente al núcleo del tipo, que se lo define como el verbo rector que rige la oración gramatical, en el presente tipo penal es solamente uno, por lo tanto, se le denomina tipo penal elemental a diferencia del compuesto que tiene más de un verbo rector²¹. Consecuentemente, al ser el verbo rector simular estar secuestrado, la persona que realiza esta conducta lo que en realidad está haciendo es únicamente fingir su propio secuestro.

Por otro lado, en la tipicidad subjetiva se procederá a examinar si la persona realizó la conducta con dolo o con culpa. Actúa con dolo la persona que tiene el designio de causar daño²² y con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso²³. Al respecto, el COIP determina taxativamente que delitos son culposos, por lo tanto, este tipo penal al no estar catalogado como un delito culposo, obligatoriamente será doloso. Además, como se mencionó anteriormente, al ser el verbo rector el simular estar secuestrado, resulta difícil pensar que la persona que está simulando su secuestro podría producir un resultado por violar el deber objetivo de cuidado. Esto es, un delito culposo. Por el contrario, en la realización de esta conducta el autor dirige su voluntad incondicionalmente a lograr un resultado que considera necesario de su acción.

Toda vez que se analizó el elemento de la tipicidad del presente delito, tanto en su aspecto objetivo como subjetivo, se procederá a analizar el elemento formal y material de la antijuridicidad de la conducta, con el objetivo de poder determinar si en la simulación de secuestro se cumple con este requisito indispensable de toda infracción penal.

3.2 La antijuridicidad

²⁰ Harold Vega Arrieta, “El análisis gramatical del tipo penal”, en Justicia 29 (2016), 53-71.

²¹ *Id.*, 62.

²² Artículo 26, COIP.

²³ Artículo 27, COIP.

La antijuridicidad es la realización de una conducta típica objetiva y subjetiva contraria al derecho que vulnera un bien jurídico, o en palabras de Fernando Velásquez:

La antijuridicidad es entendida, por una parte, como el juicio en cuya virtud la acción típica es contraria al derecho, al orden jurídico, lo que sucede cuando no concurre ninguna causal de justificación (aspecto formal); y, por otra, como dañosidad social (aspecto material), y se advierte que los hasta entonces denominados elementos subjetivos del tipo fueron reunidos en un concepto superior: los elementos personales del injusto, que se contrapusieron al desvalor de resultado (bien jurídico) como desvalor de acción²⁴.

En base a la anterior definición, se desprende que la antijuridicidad tiene un elemento formal y material. En cuanto al elemento formal, “consiste en la oposición a la norma derivada de un comportamiento atribuible al sujeto”²⁵, dicho en otras palabras, es la realización de una conducta típica que no se encuentra amparada por ninguna causa de justificación expresamente tipificadas en el artículo 30 del COIP, por ejemplo, cuando la infracción penal no se encuentra justificada por estado de necesidad o legítima defensa, menos aún se ha actuado en cumplimiento de una orden legítima y expresa de autoridad competente o de un deber legal²⁶.

Por otro lado, el elemento material “consiste en la dañosidad o nocividad social de una conducta, y que ha de estar justificada una solución del conflicto cuyo beneficio social tenga más peso que el perjuicio”²⁷, es decir, presupone la vulneración o la puesta en peligro de un bien jurídico protegido. Ahora bien, con respecto al elemento formal de la antijuridicidad en la simulación de secuestro, no se presenta ningún problema, pues esta conducta es contraria a derecho y se encuentra tipificada en el artículo 163 del COIP. No obstante, cuando se hace referencia al elemento material, se pone en tela de duda si verdaderamente se lesiona o se amenaza el bien jurídico protegido por este tipo penal.

Al respecto, el poder punitivo del estado que ocupa al derecho penal está limitado únicamente por aquellas conductas que producen un daño en la sociedad. Para que se pueda determinar cuan dañosa o lesiva es una conducta o comportamiento y por consecuencia, poder establecer su verdadero carácter delictivo, se toman en consideración varios criterios, pero

²⁴ Fernando Velásquez, *Fundamentos de Derecho Penal: Parte General* (Bogotá: Tirant lo Blanch, 2020), 296.

²⁵ Raúl Plascencia Villanueva, *Teoría del delito* (México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004), 134-135.

²⁶ Artículo 30, COIP.

²⁷ Claus Roxin, *Derecho Penal: Parte general* (Navarra: S.L. CIVITAS EDICIONES, 2016), 209.

principalmente los siguientes: la ética social, la funcionalidad de la conducta y el bien jurídico protegido²⁸. Sin embargo, los dos primeros criterios no resultan ser los más idóneos, pues no consiguen clarificar con exactitud que conductas si pudiesen ser consideradas como delitos y cuáles no, mucho menos delimitan la dañosidad de una conducta. En este sentido, el objeto del presente estudio se centrará en el bien jurídico para poder entender cuál es el bien que protege este tipo penal y de la misma manera poder determinar si efectivamente se lo lesiona o se lo amenaza producto del cometimiento del delito de simulación de secuestro.

3.2.1 El bien jurídico protegido

En la actualidad, no existe una única definición sobre qué se entiende por bien jurídico protegido; no obstante, este concepto nace a partir del pensamiento de la ilustración bajo la influencia del contrato social, en el que se entendía al delito como una lesión a los derechos subjetivos. En esta línea, se encuentra Feuerbach, para quien el delito es la afectación de los derechos externos²⁹.

Con el pasar del tiempo, J.M.F Birnbaum comienza a desarrollar una definición material del bien jurídico, en la que establece que los bienes jurídicos particulares y de la colectividad son objetos materiales que el Estado debe precautelar³⁰, en este sentido, define a los bienes jurídicos como “toda lesión o puesta en peligro de un bien garantizado por el Estado e imputable a la voluntad humana como producto de la concepción según la cual el hombre es el bien supremo³¹”. Es justamente a partir de esta definición que se comienza a considerar como delito las conductas que lesionan o ponen en peligro algún bien que se encuentra garantizado por parte del Estado en forma igualitaria³². Como se evidencia, el bien jurídico surgió como un objeto de protección que le corresponde a la ley.

Desde una óptica formal, Karl Binding establece que el bien jurídico queda incorporado dentro de la norma jurídica, de modo que a cada norma le corresponde un bien jurídico que debe

²⁸Ver, Gilberto Martiñón Cano, “ El bien jurídico protegido en el delito de secuestro”, en *el delito de secuestro* (México: Tirant Lo Blanch, 2012), 47-48.

²⁹Ver, Paul Johann Anselm Feuerbach, *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania* (Buenos Aires: Hammurabi, 1989), p.63.

³⁰Ver, Hans-Heinrich Jescheck, *Tratado de derecho penal parte general*, (Barcelona: Editorial Bosch, 2002), p.274.

³¹Ver, Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal* (Madrid: Editorial Trotta, 2011), 469-468

³²Ver, Reihart Maurach, “Derecho Penal. Parte General 1”, en *Teoría General del Derecho Penal y estructura del hecho punible* (Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994), p.334.

proteger³³, así pues, el bien jurídico es una creación del derecho que le permite al legislador determinar que objetos son merecedores de protección. Para Jhering, el concepto de bien jurídico encierra una entidad que es tal a los ojos del legislador, pero siempre externa al derecho e independiente de él que designa el fin o la ratio de la ley penal³⁴. Asimismo, para Hans Welzel, el bien jurídico es todo estado social que el ordenamiento jurídico desea proteger de lesiones que podría aparecer de diferentes formas, por ejemplo, como objeto psíquico o espiritual, como estado real, como relación vital, como relación jurídica e inclusive como conducta de un tercero³⁵.

Franz Von Liszt se apejó a una definición material del bien jurídico en la que concluía que los bienes jurídicos son intereses vitales jurídicamente protegidos de los individuos o de la comunidad que el ordenamiento jurídico tiene como tarea protegerlos, a saber, el bien jurídico no es un bien creado por el derecho sino un bien inherente a todas las personas que el derecho reconoce y protege³⁶. Posterior a Liszt, existe una dicotomía en las corrientes doctrinales con respecto al bien jurídico, por un lado se encuentran quienes destacan la naturaleza teológica del bien jurídico y por otro, quienes reconocen la lesión del deber como contenido material de lo injusto.

Cualquiera que sea su definición, la afectación al bien jurídico protegido es un factor que bajo la legislación ecuatoriana necesariamente implica la amenaza o lesión de ciertos valores e intereses individuales y colectivos, asimismo, resulta ser la guía o directriz político criminal de aquellas conductas que deben ser consideradas como delito para de esta manera poder legitimar el poder sancionar del estado³⁷. Prueba de ello, es el artículo 29 del COIP el cual establece que para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica deberá amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido por este Código³⁸.

Por lo tanto, del análisis del artículo 163 del COIP, en vista de que este tipo penal se encuentra en la categoría de delitos contra la libertad personal, se desprende que el bien jurídico protegido en este caso, en efecto, es la libertad de la persona. Ahora bien, para poder entender el

³³ Armin Kaufman, *Teoría de las Normas* (Buenos Aires: Editorial Depalma, 1977),14.

³⁴ Ver, Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*(Madrid: Editorial Trotta,2011), 469-468.

³⁵ Hans Welzel, *Derecho Penal Alemán. Parte General* (Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1976),15.

³⁶ Franz Von Liszt, *Traité de droit pénal allemand* (Paris : Editorial Guard, 1911),94.

³⁷ Claus Roxin, *Derecho Penal: Parte general* (Navarra: S.L. CIVITAS EDICIONES,2016).

³⁸ Artículo 29, COIP.

tipo de libertad que tutela este delito, es necesario realizar una diferenciación al concepto de libertad que puede entenderse desde tres enfoques: político-social, jurídico y psicológico³⁹.

Es justamente desde el enfoque jurídico en el cual la libertad se desempeña como contenido del bien jurídico protegido, es decir, se ve afectada la capacidad humana de obrar según su propia voluntad⁴⁰. Esta definición tendría sentido si nos estuviésemos refiriendo a tipos penales tales como: privación ilegal de libertad, secuestro, secuestro extorsivo, en donde efectivamente se priva de la libertad en contra de la voluntad al sujeto pasivo de este delito, imposibilitando de esta manera, su capacidad humana de obrar según su propia voluntad y por consecuencia se ve afectado el bien jurídico protegido que estos tipos penales pretenden precautelar; no obstante, al referirnos a la simulación de secuestro, es la misma persona quien conduce el curso causal de la acción, consecuentemente, la persona que realiza su propio secuestro tiene pleno conocimiento que en ningún momento su libertad se vio afectada.

Por tanto, una vez identificado que el bien jurídico que se pretende proteger o precautelar en la simulación de secuestro, es la libertad personal. Se examinará si el elemento material de la antijuridicidad se cumple, para lo cual es necesario mirar el principio de lesividad que guarda una estrecha relación con el elemento material de la antijuridicidad, pues es justamente este principio el que define a la antijuridicidad material.

3.2.2 El principio de lesividad

El principio de lesividad u ofensividad, que se lo conoce también con el aforismo en latín “*nullum crimen sine iniuria*”, hace referencia a aquel principio del derecho penal material que tiene por objetivo limitar el poder punitivo del estado. De acuerdo con este principio, para que una conducta pueda ser considerada como ilícita, no solo se requiere una realización formal, por el contrario, también es necesario que dicha conducta haya puesto en peligro o lesionado a un bien jurídico determinado⁴¹. Dicho de otra manera, este principio además de determinar la función que debe efectuar el derecho penal, traza la cancha y establece los límites de la intervención punitiva del estado.

³⁹ Ver, Gilberto Martiñón Cano, “ El bien jurídico protegido en el delito de secuestro”, en *el delito de secuestro* (México: Tirant Lo Blanch, 2012), 56.

⁴⁰ Ver, Bernardo Del Rosal Blasco, “Detención ilegal y secuestro” en *Derecho penal español*, (Madrid: Dykinson, 2005), 178.

⁴¹ Ver, Villavicencio Torres, *Derecho Penal: Parte General* (Lima: Editora jurídica Grijley, 2016), 94-95.

En base a este principio, para que una conducta sea considerada como penalmente relevante, es necesario que lesione o ponga en peligro algún bien jurídico. De esta forma, el principio de lesividad logra evitar el uso arbitrario del poder punitivo del estado, limitando las conductas que el estado podría sancionar a aquellas que protejan un bien jurídico determinado y así orientar el uso de ese poder hacia finalidades exclusivamente sociales, evitando de esta manera, las distorsiones moralistas o el uso de instrumentos violentos para sostener la pura autoridad del estado.

Al respecto, como se mencionó en líneas anteriores, se podría inferir que al tipificar este tipo penal en el COIP, se estaría haciendo caso omiso al principio de lesividad característico del derecho penal, el cual se sintetiza en el tradicional aforismo *no hay delito sin daño*, que equivale a la inexistencia de una conducta punible sin amenaza concreta o real, o daño para el “bien jurídico tutelado”, pues el objetivo del derecho penal no es precisamente defender ideas morales, estéticas o políticas, ni patrocinar actividades sociales concretas⁴².

Dicho en otras palabras, la intervención punitiva del estado cobra sentido cuando sanciona conductas que efectivamente amenazan o lesionan el bien jurídico tutelado por la ley penal o conductas que de alguna manera tengan transcendencia en la sociedad. Específicamente, en la simulación del secuestro, claramente no existe una amenaza concreta o real y mucho menos un daño para la libertad personal, que es el bien jurídico protegido en este tipo penal, por lo tanto, al no existir un bien jurídico afectado que el estado deba precautelar, resulta innecesario tipificar e imponer una sanción a este delito. Al prohibir una acción indiferente como sucede en el presente caso, no se está evitando que los delitos no puedan nacer, sino se están creando otros nuevos⁴³.

Por consiguiente, se está vulnerado el principio de lesividad, pues en vista de que la responsabilidad del derecho penal es proteger aquellos bienes o valores de carácter individual o colectivo que debido a su importancia el legislador ha establecido como conductas merecedoras de una protección especial, en el caso en cuestión, este tipo penal no requiere de ninguna protección, ya que no lesiona ni amenaza ningún bien jurídico. Al contrario, este delito al no poner en riesgo ni mucho menos lesionar algún bien jurídico, debería descartarse como objeto de protección del derecho penal.

⁴²Ver, Fernando Velásquez, *Fundamentos de Derecho Penal: Parte General* (Bogotá: Tirant lo Blanch, 2020), 64-66.

⁴³Ver, Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal* (Madrid: Editorial Trotta, 2011), 465-466.

Como se evidencia, el elemento material de la antijuridicidad no se cumple. Por este motivo, este tipo penal ya se descarta como una infracción penal y ya no sería necesario analizar el elemento culpabilidad; sin embargo, para efectos de esta investigación a fin de culminar con todos los elementos que la teoría general del delito establece para que una conducta sea considerada como una infracción penal, analizaremos la culpabilidad.

3.3 La culpabilidad

La tercera condición indispensable del modelo penal garantista es la culpabilidad. Se entiende por culpabilidad al juicio de reproche que se le realiza a una persona que pudiendo actuar conforme a derecho decide no hacerlo. Específicamente en el COIP, respecto de la culpabilidad se establece que: “Para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta”⁴⁴. Por tanto, de la lectura de este artículo se desprende que la culpabilidad puede descomponerse en tres elementos: imputabilidad, exigibilidad y conocimiento de la antijuridicidad del actuar.

Con respecto a la imputabilidad, se hace referencia a la capacidad de reproche penal, es decir, la capacidad de la persona de comprender y dirigir su conducta conforme a la voluntad. En cuanto a la exigibilidad, para que a una persona se la pueda reprochar el injusto típico es necesario que además de ser imputable, se le pueda exigir el comportamiento al sujeto que comete la conducta.

Finalmente, el conocimiento de la antijuridicidad implica que la persona tenga pleno conocimiento que la conducta que realiza está prohibida. Con respecto a este último elemento, podría existir un error de prohibición cuando la persona simule su secuestro, esto es, que la persona crea que su conducta está permitida cuando en realidad ha estado prohibida, por ejemplo, considera que simular su secuestro no es una conducta penalmente relevante tipificada en el COIP cuando en realidad si lo es.

Ahora bien, en vista de que se analizó todos los elementos de la teoría general del delito y se arribó a la conclusión de que existen problemas en cuanto a los elementos permanentes de la tipicidad objetiva, así como también en la antijuridicidad material, se realizará un análisis

⁴⁴ Artículo 34, COIP.

comparativo a fin de entender como se ha incorporado este delito en diferentes ordenamientos jurídicos sin que resulte la simulación de secuestro un delito controversial.

4. Derecho comparativo sobre la simulación de secuestro

A través del estudio de los distintos ordenamientos jurídicos, se pretende analizar qué bien jurídico protegen al tipificar la simulación de secuestro. En específico, la Ley de Antisecuestro de Paraguay, la Ley Contra el Secuestro y la extorsión de Venezuela y Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro de México. Al respecto, si bien el artículo 7 de la Ley Especial Antisecuestro No. 2849 de Paraguay expresamente no ha denominado a la simulación de secuestro como tal, si hace referencia al autosecuestro y determina que:

El que simulara el secuestro de sí mismo, con el fin de obtener para sí o para un tercero, un beneficio patrimonial o de otro tipo, o para obligar a alguien a hacer o dejar de hacer algo, será castigado con pena de hasta diez años de penitenciaría⁴⁵.

Del análisis de este artículo se desprende que el legislador ha tenido el propósito de proteger el patrimonio de las personas al establecer que quien simule estar secuestrado con el fin de obtener un beneficio patrimonial será sancionado con hasta diez años de cárcel. En el mismo sentido, la Ley Contra el Secuestro y la Extorsión de Venezuela dentro de su artículo 4, respecto de la simulación del secuestro señala que:

Quien simule estar secuestrado o secuestrada con el propósito de obtener dinero, bienes, títulos, documentos, beneficios, acciones u omisiones de parientes o parientas consanguíneos o afines, cónyuge, concubina o concubino, adoptante o adoptado, empresas, funcionarios públicos o funcionarias públicas o particulares, será sancionado o sancionada con prisión de cinco a diez años⁴⁶.

Nuevamente se evidencia que al tipificar este delito el bien jurídico protegido es el patrimonio de las personas. Por otro lado, en la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro de México, se establece que:

⁴⁵ Artículo 7, Ley Especial Antisecuestro, Ley número 2.849 de 26 de diciembre de 2005.

⁴⁶ Artículo 4, Ley Contra el Secuestro y la Extorsión, G.O. 39194 de 5 junio de 2009.

Se impondrá pena de doscientas a setecientas jornadas de trabajo a favor de la comunidad, al que simule por sí o por interpósita persona, la privación de su libertad con alguno de los propósitos señalados en el artículo 9 de la presente Ley⁴⁷.

A diferencia de las anteriores leyes, este artículo no presupone una sanción de pena privativa de libertad para la persona que simule estar secuestrado, por el contrario, establece una pena enfocada a realizar un trabajo comunitario, situación que resulta más lógica al tener en cuenta lo curioso que resulta este tipo penal. De modo que, al analizar las normas anteriormente mencionadas, no cabe duda que al tipificar este delito han incorporado una finalidad o un propósito determinado en la simulación de secuestro, asimismo, que el bien jurídico que pretenden precautelar es el patrimonio de las personas.

Por otro lado, en el Ecuador, específicamente en el COIP, el delito de simulación de secuestro se encuentra tipificado como un delito contra la libertad personal y no se determina que al cometer este delito se tenga que obtener un beneficio patrimonial, de manera que, la norma está protegiendo un bien jurídico que no se lesiona ni se amenaza bajo ninguna circunstancia e impone pena privativa de libertad de seis meses a dos años a un tipo penal en el que se podría optar por otro tipo de sanciones menos drásticas como es el caso de México.

Así pues, el tipificar este delito con la intención de salvaguardar la libertad personal de la misma persona que realiza la conducta y al establecer una sanción con pena privativa de libertad, conlleva como resultado que el delito de simulación de secuestro resulte inaplicable y que inclusive vulnere el principio de mínima intervención penal el cual se abordará a continuación.

5. Aplicabilidad de la simulación de secuestro

5.1. Expansión del poder punitivo del estado

A la luz de un derecho penal garantista que tiene como principal objetivo salvaguardar la dignidad de sus ciudadanos a través de un sistema penal que respete el principio de necesidad o mejor conocido en el derecho penal como el principio de intervención penal mínima, se hace alusión a aquel sistema penal que brinde protección a aquellos derechos, libertades y deberes que sean estrictamente indispensables para el adecuado funcionamiento del orden jurídico y que establezca en cada caso una sanción penal que guarde relación con el delito cometido, esto es, que

⁴⁷Artículo 13, Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Diario Oficial de la Federación del 30 de noviembre de 2010.

el sistema penal únicamente tipifique aquellas conductas estrictamente necesarias y que no se extralimite y abuse de su facultad de poder imponer sanciones.

Al respecto, el artículo 3 del COIP establece que la intervención penal está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de personas y cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales⁴⁸. Asimismo, la constitución establece que la fiscalía dirigirá de oficio o a petición de parte las investigaciones preprocesales y procesales penales con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal⁴⁹. De modo que, el COIP al imponer una sanción a la persona que simule su secuestro únicamente está vulnerando este principio, pues está tipificando un delito de manera simbólica que no lesiona o amenaza la libertad personal de ninguna persona, por lo tanto, al proteger un bien jurídico que no necesita protección, la intervención del derecho penal al sancionar este delito pierde su justificación.

En ese marco, la pena es un mal irreversible y una solución imperfecta que debe utilizarse cuando no exista más remedio, es decir, de última ratio⁵⁰. Por lo tanto, el derecho penal solo debería permitir la intervención punitiva del estado en la vida del ciudadano únicamente en aquellas conductas que revistan de gravedad para los bienes jurídicos de mayor trascendencia⁵¹. Supuesto que no ocurre en el presente caso, pues el legislador ha decidió proteger una conducta que no conlleva algún tipo de gravedad al bien jurídico que pretende proteger.

Como se mencionó anteriormente, así como está tipificado el delito de simulación de secuestro en el Ecuador, lo que en realidad se está haciendo es vulnerar el principio mínima intervención penal; sin embargo, este no es el único problema que se genera al tipificar esta conducta, también existe controversia en torno a si verdaderamente el privar de la libertad a la misma persona que resulta víctima de este delito, es la sanción más adecuada. Por esta razón, se discutirá cual es la teoría de la pena recogida por el ordenamiento jurídico ecuatoriano, para de esta manera poder determinar cuál podría ser la sanción más idónea acorde a la conducta que se realiza.

5.2. Teoría de la pena

⁴⁸ Artículo 3, COIP.

⁴⁹ Artículo 195, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

⁵⁰ Ver, Villavicencio Torres, *Derecho Penal: Parte General* (Lima: Editora jurídica Grijley, 2016), 92-93.

⁵¹ *Id.*, 92-93.

En el Ecuador, el COIP específicamente en su artículo 52 establece que los fines de la pena son la prevención general para la comisión de delitos y el desarrollo progresivo de los derechos y capacidades de la persona con condena así como la reparación del derecho de la víctima⁵². En consecuencia, en un principio, se podría establecer que en el Ecuador se ha acogido una teoría preventiva de la pena, a saber, en esta teoría la finalidad de la pena no se encuentra reflejada en la retribución ni en su influencia sobre el autor, por el contrario, está directamente direccionada a influenciar a la comunidad, que mediante las amenazas penales y la ejecución de la pena debe ser instruida sobre las prohibiciones legales y apartada de su violación⁵³.

Ahora bien, la teoría de la prevención general puede ser positiva o negativa. Es positiva cuando la pena tiene un efecto de disuasión, pues lo que se busca es que los individuos de la sociedad reciban el mensaje de cumplir con la ley. Por otro lado, el aspecto negativo determina que la pena tiene como objetivo intimidar a toda la sociedad con el propósito de que no se cometan delitos, es decir, se centra en amedrentar a la colectividad aplicando penas severas para que se deje de cometer delitos.

Por otro lado, la Constitución señala que el sistema de rehabilitación social tiene como finalidad la rehabilitación integral de las personas sentenciadas penalmente para reinsertarlas en la sociedad⁵⁴. De la lectura de este artículo es evidente que el ordenamiento jurídico ecuatoriano acoge una teoría de prevención especial de la pena, específicamente la prevención especial positiva, en la cual la pena va dirigida únicamente para el individuo que cometió la conducta y lo que se busca es dotarle de herramientas al sentenciado para poderlo reintegrar a la sociedad.

No obstante, al hablar específicamente del tipo penal contemplado en el artículo 163 del COIP, el cual establece una sanción con pena privativa de libertad de seis meses a dos años, se desprende que la privación de la libertad del sujeto activo por el cometimiento de un delito contra sí mismo, quizás no es la sanción más idónea, pues la persona que comete esta infracción penal no resulta peligrosa para la sociedad para que sea objeto de aislamiento en una penitenciaria, al contrario, el imponer esta sanción estaría dando paso a que la persona adquiriera malos hábitos en su estancia por la prisión.

⁵² Artículo 52, COIP.

⁵³ Ver, Claus Roxin, *Derecho Penal: Parte general* (Navarra: S.L. CIVITAS EDICIONES, 2016), 89.

⁵⁴ Artículo 201, Constitución de la República del Ecuador, 2008

Por ende, la sanción debería estar direccionada en una pena preventiva especial positiva, es decir, que se le dote de herramientas a la persona para que se pueda reintegrar a la sociedad, por ejemplo, atención psicológica. Pero no un centro penitenciario o al menos no en un centro penitenciario en el Ecuador, pues las cárceles no cumplen con la función de reparar a los delincuentes durante su estancia para que al momento de salir puedan reintegrarse a la sociedad.

Dicho esto, nuevamente se comprueba que el sancionar esta conducta con pena privativa de libertad a la persona que no lesiona o amenaza ningún bien jurídico protegido y por consiguiente, no representa ningún peligro para la sociedad, la pena impuesta por el artículo 163 del COIP definitivamente no es la mejor solución. Por otra parte, el último problema que salta a la luz al tipificar el delito de simulación de secuestro es en qué medida se pueden adoptar mecanismos para una adecuada reparación integral para la víctima de este delito, en vista de que este es un derecho constitucional que se les garantiza a todas las víctimas de infracciones penales. Así pues, se analizará si la reparación integral para las víctimas de este delito podría ser factible.

5.3. Reparación integral

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, en su jurisprudencia ha determinado que:

Las reparaciones, como el término lo indica, consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial⁵⁵.

Asimismo, el artículo 78 de la Constitución establece que para las víctimas de infracciones penales se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, por ejemplo, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado⁵⁶.

En armonía con esta norma constitucional, respecto a la reparación integral, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional dispone que cuando existan vulneraciones de derechos se ordenará la reparación integral por el daño material e inmaterial, esta

⁵⁵ Corte IDH. Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C No. 144, Párr. 175.

⁵⁶ Artículo 78, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

reparación tendrá como objetivo restablecer al titular del derecho violado a la situación en la que se encontraba antes de que suceda la violación. Igualmente, establece como formas de reparación: la restitución del derecho, la compensación económica, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos y la atención de salud⁵⁷.

De las normas señaladas, se desprende que en caso de declararse vulneraciones de derechos se adoptará mecanismos de reparación integral; sin embargo, en el delito de simulación de secuestro algunos tipos de reparación integral que pretendan restablecer al titular del derecho violado y colocarlo en la misma situación en la que se encontraba antes de que se produzca la violación, se vuelve absurda, pues al momento de establecer la reparación integral para la víctima resulta que quien realiza la conducta es la misma persona sobre quien recae la acción, es decir, el sujeto activo y pasivo de la infracción penal son la misma persona. A manera de ejemplo, si se tomara como medida de reparación integral la indemnización, resultaría que es la misma persona quien debería correr con esos gastos para sí mismo, de igual manera sucede con las medidas de satisfacción o simbólicas, pues al no existir ninguna víctima como tal, cualquier tipo de reconocimiento o disculpa pública no repararía la dignidad ni la reputación de nadie.

6.Resultados y discusión

Una vez realizado un análisis dogmático de la teoría general del delito, así como también un análisis comparativo con distintos ordenamientos jurídicos que acogen a la simulación de secuestro como un tipo penal, se desprende que el delito contemplado en el artículo 163 del COIP no debería ser considerada como una conducta penalmente relevante, pues no lesiona o amenaza ningún bien jurídico protegido, por el contrario, estamos frente a una expansión y abuso del poder punitivo del estado.

El COIP en su artículo 18 es claro en determinar que toda infracción penal es una conducta típica, antijurídica y culpable. En este sentido, en cuanto a la tipicidad se refiere, resulta que en la simulación de secuestro el sujeto activo y el sujeto pasivo convergen en una

⁵⁷ Artículo 18, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional [LOGJCC]. Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009.

misma persona, es decir, quien comete el ilícito penal es al mismo tiempo la persona sobre quien supuestamente recae el daño causado.

Por otro lado, al analizar la antijuridicidad material de la conducta, la cual presupone según el artículo 29 del COIP, que toda conducta penalmente relevante deberá amenazar o lesionar algún bien jurídico protegido, resulta que este tipo penal al encontrarse dentro de la categoría de delitos contra la libertad personal, lo que pretende proteger como bien jurídico es la libertad de la persona; sin embargo, la persona que comete este delito en ningún momento afecta la capacidad humana de obrar según la propia voluntad de otra persona, pues es ella misma quien está realizando la conducta.

Asimismo, del análisis comparativo de los ordenamientos jurídicos que contemplan a la simulación de secuestro como un delito, se deriva que los países que han decidido incorporar este tipo penal dentro de su legislación, lo han hecho bajo el supuesto de que la simulación de secuestro conlleva obtener un beneficio patrimonial para la persona que realiza la conducta o para un tercero. En consecuencia, el bien jurídico que están protegiendo es el patrimonio de terceras personas y no la libertad personal como es el caso en el Ecuador.

De modo que, en el Ecuador al tipificar esta conducta lo que se está haciendo es vulnerar el principio de mínima intervención penal, ya que este tipo penal tal y como está tipificado al no lesionar o amenazar ningún bien jurídico, no requiere de ningún tipo de protección por parte del sistema penal. Concordante con esto, al tipificar esta conducta se vulnera el principio de lesividad u ofensividad, en vista de que bajo este principio, para que una conducta sea considerada ilícita, es necesario que dicha conducta haya amenazado o lesionado a un bien jurídico determinado. En el presente caso, como ya se ha mencionado con anterioridad, este supuesto no se cumple.

Es evidente que la simulación de secuestro es un tipo penal inaplicable, en consecuencia, lo recomendable sería que si se decide tipificar esta conducta, se lo incorpore en la sección novena referente a los delitos contra el derecho a la propiedad, añadiendo el supuesto que quien simule su secuestro tenga como fin último obtener un beneficio patrimonial, de esta manera, el bien jurídico que se estaría protegiendo es el patrimonio de las personas. O, en su defecto, la sanción para quien comete este delito no debería estar encaminada a privar de la libertad a la persona, al contrario, lo idóneo sería que la persona reciba algún tipo de atención psicológica o

emocional o como en el caso de México que se impone una pena de doscientas a setecientas jornadas de trabajo a favor de la comunidad.

7. Conclusiones

Dentro de la presente investigación se partió de la hipótesis de si verdaderamente el tipo penal contemplado en el artículo 163 del COIP amenaza o lesiona algún bien jurídico para que pueda ser considerada como una conducta penalmente relevante por el sistema penal ecuatoriano y así poder determinar si su tipificación es necesaria. De igual forma, si tal y como está tipificado este delito resulta de difícil aplicación para la administración de justicia que día a día tiene que lidiar con este curioso tipo penal.

A través del análisis dogmático de la teoría general del delito y un análisis comparativo con ordenamientos que han incorporado a la simulación de secuestro dentro su sistema penal, se concluye que, efectivamente este tipo penal no lesiona o amenaza el bien jurídico que pretende precautelar, es decir, la libertad personal. En este sentido, no se cumple con la antijuridicidad material elemento indispensable de toda infracción penal según el artículo 18 del código orgánico integral penal.

Asimismo, con respecto a la tipicidad objetiva de este delito, se desprende que el sujeto activo y sujeto pasivo son la misma persona, situación que resulta ilógica en la práctica, puesto que, al momento de reparar a la víctima resulta que la misma persona que comete el delito debería ser reparada.

Por otro lado, al tener presente que quien simule su secuestro no pone en peligro o amenaza ningún bien jurídico protegido y por tanto, la persona que realiza esta conducta no representa un peligro para la sociedad, la sanción contemplada en el artículo 163 del COIP está mal encaminada a buscar la rehabilitación del infractor.

Por las razones anteriormente expuestas, se concluye que al tipificar esta conducta se está abusando del poder punitivo del estado, es decir, el *ius puniendi*. Debido a que, se está imponiendo una sanción a una conducta que no necesita de protección por parte del sistema penal. Si bien es cierto que el estado activa toda su maquinaria con el objetivo de encontrar a la persona “secuestrada” y, en efecto, gasta muchos recursos económicos en su búsqueda, así como está tipificado el artículo 163 del COIP únicamente estamos frente a una intervención

penal innecesaria que se está extralimitando y abusando de su facultad de poder imponer sanciones.

En cuanto a las limitaciones que tuve al momento de realizar la presente investigación, considero que me fue muy difícil encontrar autores que hayan escrito entorno a este tema, así como también países que dentro de su ordenamiento jurídico contemplen este delito. Esto principalmente por lo ineficiente que resulta tipificar esta conducta. A manera de sugerencia, me gustaría que la administración de justicia cuando tenga en sus manos un caso que reúna estas características, realice un profundo análisis de este delito con el objetivo de que se esclarezcan todos los inconvenientes que giran en torno a este tipo penal.