

UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
ÁREA DE DERECHO PENAL

**FEMINICIDIO Y ESTADO DE IRA E INTENSO DOLOR:
¿CATEGORÍAS COMPATIBLES O CONCEPTOS EXCLUYENTES?**

Monografía para optar al título de Abogado

Realizada por:

LAURA DANIELA ALZATE TOBÓN

PEDRO JUAN VALLEJO PELÁEZ

Asesor:

DR. ALFONSO CADAVID QUINTERO

Medellín

2016

Nota de aceptación:

Jurado

Jurado

Medellín, 6 mayo de 2016

A nuestros padres.

AGRADECIMIENTOS

Expresamos nuestro agradecimiento al profesor Dr. ALFONSO CADAVID QUINTERO, por su valiosa y entregada orientación para la elaboración de este trabajo. Pero especialmente, por permitirnos entablar con él un diálogo ameno y respetuoso de las posiciones divergentes de cada uno de los interlocutores que en él participaron.

CONTENIDO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUCCIÓN | 14 |
| | |
| CAPÍTULO I | |
| FUNDAMENTOS PRELIMINARES | 16 |
| 1. El injusto penal y los desvalores de acto y de resultado. | 16 |
| 2. El concepto del bien jurídico como referente del injusto | 21 |
| 3. El delito como injusto culpable: La culpabilidad como último estrato para la configuración del delito. | 25 |
| | |
| CAPÍTULO II | |
| FEMINICIDIO: DE LAS CIENCIAS SOCIALES AL DERECHO PENAL | 32 |
| 1. Origen del concepto de feminicidio | 32 |
| 2. Clasificación general de las variedades de feminicidio | 38 |
| 3. Tipificación del delito de feminicidio: Colombia en contraste con Latinoamérica | 41 |
| 4. El delito de feminicidio en la legislación colombiana | 46 |
| 4.1. Ley 1258 de 2008. | 46 |
| 4.2. La sentencia del 4 de marzo de 2015, de la Corte Suprema de Justicia – Sala Penal. | 50 |
| 4.3 La Ley 1761 de 2015 – Ley Rosa Elvira Cely | 54 |
| 4.4. Bienes jurídicos tutelados por el tipo de feminicidio: aproximaciones y reflexiones | 56 |
| 4.5. La condición de género como bien jurídico tutelado | 60 |
| 4.6 Contenido del tipo penal básico: algunas cuestiones problemáticas de su interpretación | 65 |

CAPÍTULO III

EL ESTADO DE IRA O INTENSO DOLOR: UNA PROPUESTA DE FUNDAMENTACIÓN 78

| | |
|---|-----|
| 1. Contenido del estado de ira e intenso dolor | 79 |
| 2. Antecedentes y regulación del estado de ira e intenso dolor. | 81 |
| 3. Fundamentación dogmática del estado de ira e intenso dolor. | 85 |
| 3.1 Estado de ira e intenso dolor como un problema de imputabilidad | 85 |
| 3.2 Estado de ira como un problema de exigibilidad | 88 |
| 3.3 Toma de posición | 90 |
| 3.4 Exigibilidad como categoría de la culpabilidad | 93 |
| 3.4.1 Versiones individualizadoras de la exigibilidad. | 95 |
| 3.4.2 Críticas a la versión individualizadora. | 96 |
| 3.4.3 Versiones generalizadoras de la exigibilidad | 98 |
| 3.4.4 Críticas al concepto generalizador | 99 |
| 3.4.5 Versión de la exigibilidad como principio regulativo. | 100 |
| 3.4.6 Críticas a la exigibilidad como principio regulativo | 101 |
| 3.4.7. El concepto de deber como criterio para determinar el ámbito de lo exigible. | 101 |
| 3.4.8. La menor exigibilidad entendida como la preferencia legítima por los propios intereses | 103 |
| 3.5 Toma de posición | 108 |

CAPÍTULO IV.

INJUSTO DE FEMINICIDIO Y ATENUANTE DE ESTADO DE IRA E INTENSO DOLOR: APROXIMACIÓN A SU COMPATIBILIDAD 112

CONCLUSIONES 122

BIBLIOGRAFÍA 124

RESUMEN

En el año 2015, se introdujo en la legislación penal colombiana el feminicidio como tipo penal autónomo, lo que significó trasladar un concepto desarrollado en las ciencias sociales al ámbito del Derecho. La aplicación de la figura del feminicidio, entendida como la muerte a una mujer en la que subyacen motivos discriminatorios, puede suscitar cuestiones problemáticas con la atenuante del estado de ira e intenso dolor, especialmente en aquellos casos de los mal llamados <<crímenes pasionales>>. Por lo anterior, el presente trabajo se ocupará, en primer lugar, de esbozar unas breves consideraciones teóricas y dogmáticas referidas a los contenidos del injusto, de la culpabilidad y la relación entre ellos, con el propósito de delimitar cuáles son los puntos de partida de esta monografía. Posteriormente, se propone una interpretación del tipo penal del feminicidio y una fundamentación de la atenuante de estado de ira e intenso dolor a partir de la exigibilidad de otra conducta. Finalmente, se abordan ciertos casos que se enmarcarían dentro del feminicidio para determinar si en ellos es compatible el reconocimiento de la atenuante del artículo 57 del Código Penal colombiano.

Palabras clave: Derecho Penal, culpabilidad, injusto, estado de ira, feminicidio, exigibilidad, bien jurídico, condición de género.

INTRODUCCIÓN

La violencia de género es real. Por esta razón, desde hace aproximadamente cuatro décadas se ha venido gestando y perfilando el concepto de “femicidio” o “feminicidio”, inicialmente desde una perspectiva sociológica, con el propósito de desmitificar la aparente neutralidad de ciertos homicidios perpetrados contra las mujeres¹. En otras palabras, se trata de un concepto que puso de relieve cómo no en pocas ocasiones, el motivo que impulsa a la comisión de estos homicidios se deriva de razones sexistas y de odio que están insertas en sus autores, y que son reflejo de la subordinación histórica que ha soportado el género femenino en una cultura patriarcal.

Como construcción social, el término feminicidio ha experimentado una gradual ampliación; actualmente, comprende no solo las muertes de mujeres por motivos de odio, sino también aquellas derivadas de la exclusión, subordinación o discriminación. Además, la noción de feminicidio ha permeado el Derecho, motivando el despliegue de medidas afirmativas - o de discriminación positiva -, cuyo objetivo es eliminar la desigualdad de ciertos grupos poblacionales. En el terreno del Derecho Penal, algunos países han consagrado el feminicidio como agravante del delito de homicidio, y en otros, se ha erigido como un tipo penal autónomo. Colombia pertenece a este último grupo.

La jurisprudencia colombiana ya venía empleando en los últimos años el término de feminicidio al abordar los supuestos de violencia de género en el ámbito doméstico y los mal llamados “crímenes pasionales”², pero desde una perspectiva, si se quiere, más sociológica que penal, en tanto la adecuación típica de dichas conductas era siempre la de homicidio.

¹ Existe consenso en que el término femicidio fue introducido en el debate político por la socióloga DIANA RUSSELL, en el marco de la celebración del *Tribunal Internacional de crímenes contra la mujer* en Bruselas, en 1976. Al respecto, véase VERA ROMERO, Rafael. *Feminicidio, un problema global*. En: Revista Jurídicas CUC. Vol. 008. Nro. 0001(septiembre, 2012); p. 38.

² Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Casación Penal 41457 del 4 de Marzo de 2015. M.P.: Patricia Salazar Cuéllar.

Solo hasta la promulgación de la ley 1761 de 2015 se modificó el Código Penal colombiano, agregando el artículo 104 A contenido del tipo penal de feminicidio.

Pese a los cuestionamientos que pueden elevarse frente a la legitimidad de este nuevo delito, particularmente desde la teoría del funcionalismo normativo³, lo cierto es que el tipo penal de feminicidio se ha integrado a la parte especial del Código Penal colombiano, donde se encuentran también diversas disposiciones que, dentro del análisis de la categoría de la culpabilidad y atendiendo a determinadas circunstancias, atenúan la responsabilidad penal, como por ejemplo, el estado de ira e intenso dolor, consagrado en el artículo 57 del Código de la parte general del Código.

En ese sentido y teniendo en cuenta los fines preventivos y de no discriminación que persigue la tipificación del feminicidio, ya no como un agravante sino de manera autónoma, surge una pregunta: ¿es posible reconocer la atenuante de estado de ira e intenso dolor para todos los supuestos de hecho que contempla este tipo penal?

Vale anotar que la jurisprudencia, en algunas oportunidades, se ha preguntado si en los delitos contra las mujeres cuyos autores fueron sus parejas sentimentales, es posible que se configure un estado de ira o intenso dolor en el agresor, producto de sospechas de infidelidad, abandono u otros conflictos de pareja⁴. Sin embargo, además de haber sido abordada de manera oscilante por parte de los jueces, la problemática se ha venido planteando a partir de la conducta típica de homicidio y no del feminicidio.

Así las cosas, el presente trabajo encuentra su pertinencia en la necesidad de identificar las relaciones y tensiones entre el injusto de feminicidio y el estado de ira o intenso dolor, para de ese modo, lograr establecer cómo y en qué medida pueden armonizarse ambos conceptos dogmáticos.

³ UGAZ HEUDEBERT, Juan Diego. *El delito de feminicidio en el Perú: ¿excesiva victimización de la mujer?* En: *Feminicidio y discriminación positiva en Derecho Penal*. Ara Editores. 1 ed. 2012. p. 150

⁴ Sentencia de Casación Penal 24292 del 23 de marzo de 2006. Corte Suprema de Justicia. M.P. Sigifredo Espinosa.

CAPÍTULO I

FUNDAMENTOS PRELIMINARES

1. El injusto penal y los desvalores de acto y de resultado.

Para desarrollar el presente trabajo, conviene distinguir inicialmente que en la teoría del delito, cuando empleamos el término *injusto penal* o simplemente *injusto*, nos referimos a una unidad matriz o concepto superior de tipo y antijuridicidad. En este orden de ideas, el injusto abarcaría todos los elementos de la conducta típica y antijurídica.⁵

Por su parte, la culpabilidad se ocuparía, en principio, de la relación entre el injusto y el autor. Esta distinción entre ambas categorías habría de fundamentar dos juicios diferentes dentro de la conducta delictiva: el injusto, como juicio de desvalor sobre el hecho, y la culpabilidad, como juicio de reproche sobre el autor.

Así las cosas, cuando hablamos de tipo de injusto nos referimos tan solo a la categoría de la tipicidad con sus elementos. De otro lado, la antijuridicidad, que ha sido entendida como una contradicción entre la conducta desplegada y el ordenamiento jurídico, suele tratarse en ocasiones como un elemento autónomo y en otras, como un elemento negativo de la tipicidad⁶. Sin embargo, siempre ha sostenido alguna clase de relación con el tipo penal. En ese sentido, solo el injusto global abarcará el tipo y la antijuridicidad.

⁵ Al respecto, véase TAVAREZ, Juarez. *Teoría del Injusto Penal*. 1 ed. en español. Buenos Aires, Argentina: B de F, 2010.

⁶ Postura conocida como los elementos negativos del tipo. Una exposición muy ilustrativa puede encontrarse en LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal: Parte General I*. Madrid: Universitas, 1998.

En palabras del profesor JUAREZ TAVAREZ, “los fundamentos del injusto, de este modo, se refieren tanto a los límites y presupuestos del tipo cuanto del juicio de antijuridicidad que resulta de la ausencia de causales de justificación.”⁶

Los inicios de la evolución de la teoría del delito y sus distintas categorías podrían rastrearse hasta 1906, cuando BELING formula el concepto de tipo como elemento autónomo de otro concepto macro que era el delito. Posteriormente, las distintas escuelas (clásicos, neoclásicos y finalistas, a grandes rasgos) harían sus aportes a la construcción de la estructura del delito.

En el año 1930, con el finalismo de la mano de HANS WELZEL, el esquema general del delito adopta una estructura que aún se conserva en gran medida.

La teoría finalista centra su atención, más que en el resultado, en la conducta y sus aspectos subjetivos y direccionales. Así las cosas, la acción no es un mero acontecer externo, sino un ejercicio de actividad final, donde la finalidad se basa en “la capacidad de previsión del hombre de las consecuencias posibles de su obrar, que le permite, por tanto, proyectar fines diversos y dirigir su actividad conforme a un plan, a la consecución de estos.”⁷

A partir de su concepto de acción final, esta corriente sostiene que al ubicarse el contenido de la voluntad del hombre en la acción, el tipo penal, en cuanto descripción de la conducta prohibida, incluía siempre una parte objetiva y otra subjetiva. La primera de ellas, compuesta por la manifestación exterior de la voluntad, y la segunda, por el dolo –o la imprudencia-, como un elemento subjetivo general además de todos los otros ánimos especiales o móviles requeridos por los distintos tipos penales.

De esa forma, el finalismo entiende la tipicidad y la antijuridicidad como categorías autónomas; la tipicidad como un juicio complejo edificado en un aspecto objetivo y uno

⁶ TAVARES, *Teoría del Injusto*, Op. cit., p. 108

⁷ VELÁSQUEZ, Fernando. *Manual de Derecho Penal: Parte General*. 4 ed. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2010, p. 292.

subjetivo. Tal planteamiento, no ha sufrido alteraciones dramáticas, aunque sí se han cuestionado los fundamentos para tales conclusiones, o en otras palabras, el punto de partida del sendero por el que se llega a ellas.

Ya en lo tocante a los juicios de desvalor que pudieran estructurar el injusto, debe indicarse que tradicionalmente se le han atribuido a la norma penal las funciones de *valoración* de un determinado estado o resultado, y de *determinación*, cuyos destinatarios son los ciudadanos para que, a través de la amenaza, respeten los bienes jurídicos que busca proteger la norma.⁸⁹

A partir de esas funciones asignadas a la norma, se han estructurado los juicios de desvalor de acto o de acción, asociado a la función de *determinación*, y el desvalor de resultado, asociado a la función de *valoración*.¹⁰

Hasta la consolidación de los planteamientos de la escuela finalista, el desvalor de resultado fue prevalente¹¹ como juicio fundamentador del injusto. Por ejemplo, las teorías clásicas, entendieron que lo determinante para catalogar a una conducta como delito es la modificación del mundo exterior.

Defender esta postura hasta sus últimas consecuencias implica aceptar que el Derecho Penal puede castigar a partir de la simple verificación de un nexo causal entre la acción y el resultado frente al bien jurídico.

Pero el finalismo, se presenta un giro al respecto, en tanto WELZEL confirió importancia secundaria al desvalor de resultado, pues lo determinante era el desvalor de acción.¹² En ese

⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal: Parte General*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 9 ed., 2010, p. 304

¹⁰ WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Trad: BUSTOS RAMÍREZ, Juan y YÁÑEZ PÉREZ, Sergio. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1976, p. 91.

¹¹ VELÁSQUEZ, Fernando. *Manual de Derecho Penal: Parte General*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 4 ed., 2010, p. 461.

¹² WELZEL, *Derecho Penal...*, Op. cit., p. 13.

sentido, el desvalor de resultado – como lesión objetiva de bienes jurídicos – se trata de un concepto complementario al desvalor de acción.

ZIELINSKI¹³ lleva la tesis finalista hasta el extremo, ya que sostiene que la configuración del injusto solo requiere verificar el desvalor de acción. Según esta postura, las acciones, y no los resultados, constituyen la base de las prohibiciones penales. Para esta posición dogmática, el resultado no juega ningún papel, como quiera que el Derecho Penal no puede encargarse de prohibirlo y además porque siempre puede producirse como un simple hecho de la casualidad.

Lo expuesto hasta el momento implica preguntarse si tanto el juicio de desvalor de acto como el de resultado debieran fundamentar conjuntamente la estructura del injusto, asunto que no es de importancia menor¹⁴. En nuestra opinión, si partimos de que la función del Derecho Penal debiera ser la de proteger bienes jurídicos, y que por ello solo debiera operar ante su lesión o puesta en peligro, pareciera razonable que tanto el desvalor de acción como el desvalor de resultado son relevantes para la configuración del injusto.

En otras palabras, si bien la antijuridicidad es un juicio de desvalor frente al hecho de un autor determinado, el injusto no puede agotarse tan solo en el desvalor de acción. Por el contrario, requiere también el desvalor de resultado; esto es, la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico y la forma en que se produce. Lo anterior ha fundamentado la concepción moderada del injusto personal.¹⁵

¹³ ZIELINSKI, Diethart. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, Trad. Marcelo Sancinetti, Buenos Aires: Hammurabi, 1990, p. 162.

¹⁴ Por ejemplo, para el caso de la tentativa, explica ROXIN que “*mientras que la infracción contra la norma de determinación fundamenta el desvalor de la acción y se agota en el mismo, la norma de valoración también abarca adicionalmente el resultado, de tal modo que el delito consumado supone un injusto más grave que la mera tentativa*” en, *Derecho Penal: Parte General. Tomo I*. Trad. LUZÓN PEÑA, Diego – Manuel; DÍAZ, Miguel y DE VICENTE, J. Madrid: Civitas, 3ª ed., 1997, p. 323.

¹⁵ VELÁSQUEZ, Fernando, *Derecho Penal...*, op. cit, p. 459.

En el ámbito nacional, las construcciones teóricas de autores como ROMERO SOTO¹⁶ y FERNÁNDEZ CARRASQUILLA¹⁷ y recientemente VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ¹⁷, han desarrollado de forma suficiente los conceptos de desvalor de acción y resultado.

Estos autores entienden que el desvalor de acción se concibe como aquella conducta que *ex ante* presenta un peligro para el bien jurídico tutelado por el ordenamiento jurídico. Respecto al desvalor de resultado, arguyen que se trata de un concepto mixto: su configuración requiere de elementos ontológicos y normativos, y exige la lesión o puesta efectiva en peligro (elemento ontológico) del bien jurídicamente protegido (elemento normativo).

Es razonable sostener que los conceptos de desvalor de acción y resultado tienen una vinculación secuencial: primero debe verificarse el desvalor de acción para luego analizar la posible existencia de un desvalor de resultado; y solo en caso de que se presenten ambos, podemos afirmar que se ha configurado un injusto penal.

Adicionalmente, conceder importancia a tales juicios ha permitido que a su vez se desarrollen dos principios de política criminal elementales: el de lesividad y el de responsabilidad subjetiva. El primero implica que no haya delito sin una afectación de un bien jurídico, y el segundo, que para la existencia del delito se requiere que el sujeto hubiese podido representarse las consecuencias de su actuación.¹⁸ A efectos de sentar otra de las bases que sustentarán este trabajo, es menester centrarnos en el primero de esos aspectos destacados: la relevancia del bien jurídico dentro de la estructura del injusto.

¹⁶ ROMERO SOTO, Luis Enrique. *Derecho Penal*. Bogotá: TEMIS, 1980, p. 226 ¹⁷
FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho Penal*. Bogotá: TEMIS, 2011, p. 266

¹⁷ VELÁSQUEZ, Fernando, *Derecho Penal...*, op. cit, p. 461.

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 2009, p. 464 – 489.

2. El concepto del bien jurídico como referente del injusto

El bien jurídico debe ser un referente del concepto de injusto. La importancia capital de ese concepto se deriva de ser el sustrato material que permite trazar los contornos de la intervención penal. En palabras de JUAN BUSTOS RAMÍREZ:

Dentro del orden social, al derecho penal lo que le interesa proteger no son los buenos ánimos de las personas, sino los bienes vitales para la subsistencia de esa sociedad, esto es, los bienes jurídicos. Este es el concepto fundamental y central para el ordenamiento jurídico y para el orden social. [...] **Lo injusto es, por tanto, ante todo una materialización de la protección de los bienes jurídicos por parte del ordenamiento jurídico, y en esa medida es que impone penas.**¹⁹ (Negrilla fuera del original).

Por su parte, HASSEMER expone que *“la prohibición bajo amenaza de pena de una conducta que no pueda vincularse con la vulneración de un bien jurídico constituiría terror estatal (...) la limitación de la esfera de libertad sin ningún elemento legitimador del que pudiera extraerse sentido”*²⁰.

En esa misma línea, SCHÜNNEMANN sostiene que *“la determinación del bien jurídico no se formula como mera etiqueta final solo al término del proceso interpretativo, sino que con su impulso liberal, es decir, opuesto a las restricciones innecesarias de las libertades civiles, dirige la modelización de la materia prohibida, y, por consiguiente respecto al proceso de interpretación es tanto inmanente como crítica.”*²¹

A pesar del acuerdo generalizado sobre la importancia del concepto de bien jurídico, la concreción de cuál debe ser su contenido ha generado grandes dificultades. Ello ha

¹⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *El injusto penal*. En: Facetas Penales. Abril de 2009, Vol. 79, ISSN 17949823.

²⁰ HASSEMER, Winfried. *¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?* En: HEFENDEHL, Ronald, (ed). La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos? Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 103.

²¹ SCHÜNNEMANN, Bernd. *El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y su interpretación*. En: HEFENDEHL, Ronald, (ed). La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos? Barcelona: Marcial Pons, 2007, p. 199

conllevado a que algunos autores ataquen la posibilidad de conseguir una completa definición material de ese concepto y a aducir que si bien puede ser utilizado para limitar el poder punitivo, también puede devenir en un elemento para expandirlo. El penalista alemán GEHRARD SEHER es una de las voces que encamina sus ideas en ese sentido:

(...) las propuestas de definición del concepto de “bien jurídico” oscilan entre un rigor clásico que impide integrar nuevas normas penales y una amplitud que inutiliza el concepto para el discurso crítico (...) Los distintos planteamientos (...) abarcan desde la rigidez de la teoría personal del bien jurídico de HASSEMER a concepciones estructuralmente abiertas (SCHÜNEMANN, WOHLERS), pasando por un dubitativo distanciamiento del bien jurídico como criterio de legitimación de normas (STRATENWERTH)²²

No obstante, tales críticas no han impedido que se persista en los intentos de concreción de ese objeto de tutela penal.

De manera reciente, autores como ROXIN arguyen que los bienes jurídicos son objetos o fines que permiten lograr una sociedad libre y pacífica; por tanto, se trata de entidades reales, aunque no necesariamente dotadas de una materialidad²³. En todo caso, se afirma que el aspecto esencial que comparten todos los bienes jurídicos, es que son realidades valoradas positivamente por el legislador.

Una idea similar es construida por BUSTOS RAMÍREZ. Para él, los bienes jurídicos deben entenderse como una serie de relaciones sociales que existen más allá del Derecho; el ordenamiento jurídico lo único que hace es sintetizarlas normativamente. Y en esa síntesis confluyen tanto normas de mandato como normas prohibitivas. Estas existen para determinar

²² SEHER, Gerhard. *La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico*. En: Hefendehl, Ronald, (ed). *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* Barcelona, Marcial Pons, 2007, p. 72.

²³ ROXIN, Claus. *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal?* En: HEFENDEHL, Ronald, (ed). *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 447.

cuándo se está lesionando esa relación social, en tanto que aquellas pretenden reproducir esa relación social valorada positivamente por el legislador²⁴.

Sin importar el disenso sobre el contenido del bien jurídico, podemos afirmar que dicho concepto cumple dos funciones: sirve como un criterio interpretativo de lo injusto (función dogmática) y también como un criterio para evaluar al derecho penal desde una perspectiva político criminal (función crítica). Esta última función de límite es, sin duda, la que más peso otorga a este concepto:

En realidad no puede alcanzarse una definición exclusiva y exhaustiva de la noción de bien jurídico. Lo que significa que una teoría del bien jurídico no puede casi nunca decirnos positivamente – y además no serviría de nada que nos lo dijera – que una determinada proposición penal es justa en cuanto protege un determinado bien jurídico. Puede ofrecernos únicamente una serie de criterios negativos de deslegitimación (...) Pero, por otra parte, esto es todo lo que se pide a la categoría del <<bien jurídico>>, cuya función de límite o de garantía consiste precisamente en el hecho de que la lesión de un bien debe ser condición necesaria, aunque nunca suficiente, para justificar su prohibición y punición como delito.²⁵

Con todo, en la actualidad la supuesta protección que el Derecho Penal brinda a los bienes jurídicos está en entredicho. Una cosa es afirmar que el Derecho Penal interviene ante la lesión de un bien jurídico. Otra muy diferente es sostener que el poder punitivo se encarga de protegerlos. Mientras la idea de bien jurídico lesionado sirve como límite al ejercicio del *ius puniendi*, el concepto de bien jurídico tutelado pretende legitimar la intervención punitiva.

Aún con los discursos que pretenden pervertir el concepto de bien jurídico, es innegable que la función crítica de esta categoría se erige como una gran barrera para el poder punitivo. En palabras de BUSTOS RAMÍREZ, el bien jurídico es el eje de referencia de las normas penales. Sin la figura del bien jurídico, no hay referentes claros para justificar la prohibición: se prohíbe porque se prohíbe

²⁴ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *El Injusto Penal*. En: *Facetas Penales*, número 79, Bogotá, 2009, p.13

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón...*, Op. cit., p. 471

Debido a la importancia indiscutible de este concepto, nos sentimos más que compelidos a adoptar una postura frente a cuál debiera ser su contenido, la que además habrá de orientar la elaboración de este trabajo.

Así pues, en cuanto al contenido de los bienes jurídicos, creemos que la construcción de BUSTOS RAMÍREZ puede ofrecer grandes rendimientos, pero pudiesen ser matizadas con algunas consideraciones del profesor ALFONSO CADAVID QUINTERO. Entendemos que los bienes jurídicos son condiciones que propician y aseguran a los ciudadanos su normal participación en el sistema social²⁶. Sin embargo, esas condiciones surgen de las relaciones que valoradas positivamente, han sido seleccionadas por el legislador, dentro de las cuales a su vez la norma prohibitiva delimita un determinado ámbito de ella.

Precisamente la posibilidad de disponer de esas condiciones es lo que protege el ordenamiento jurídico. Partiendo de esa base, es importante no reducir los bienes jurídicos a las condiciones de participación derivadas de relaciones entre un sujeto y un objeto material, ya que también se trata de relaciones entre el individuo y entidades inmateriales, como por ejemplo la dignidad humana o la libertad.

Así, en un ejemplo que propone BUSTOS RAMÍREZ dentro de la institución del matrimonio el legislador ha seleccionado la posición que ocupa la mujer dentro de ella, en un marco de igualdad con el marido, para considerar que dicha posición es merecedora de tutela y en esa medida resulta “*totalmente trasnochada*” la disposición que exime de responsabilidad criminal al marido que mata a su mujer sorprendida *in fraganti* delito de adulterio.

Finalmente, creemos que la idea que se adecúa a las pretensiones de un poder punitivo respetuoso de los principios de fragmentariedad y *ultima ratio*, es aquel que entiende que la intervención del Derecho Penal se legitima a partir de la lesión-o puesta en peligro- a bienes jurídicos y no que constituye un mecanismo para protegerlos.

²⁶ CADAVID QUINTERO, Alfonso. *Introducción a la teoría del delito*. Medellín: Editorial DIKÉ, 1998, pp. 130 - 135

3. El delito como injusto culpable: La culpabilidad como último estrato para la configuración del delito.

La culpabilidad representa el último filtro que debe superar el análisis de una conducta para que pueda ser constitutiva de delito. Esto significa que además de una infracción objetiva o general de las normas penales, la conducta delictiva requiere la posibilidad de reprocharle al autor el no haberse comportado de conformidad con el ordenamiento jurídico. La posibilidad de atribuirle de manera personal e individual el hecho injusto. En palabras de SOTOMAYOR ACOSTA, el juicio de culpabilidad se predica del sujeto, en relación con el hecho, y no del hecho en sí mismo.²⁷

La culpabilidad es una categoría que puede entenderse, tanto en un sentido amplio como en un sentido estricto. En sentido amplio, la culpabilidad encierra una serie de principios y garantías. El principio de responsabilidad subjetiva, el principio de *in dubio pro reo*, el principio de responsabilidad personal por el hecho o el principio de culpabilidad en sentido estricto son algunas de sus materializaciones.

Pero ya en sentido estricto, el contenido de la culpabilidad como categoría dogmática dentro de la estructura del delito tuvo la reestructuración más sustancial con el finalismo.

La concepción finalista del delito entiende que la conducta humana es final, lo que significa proponerse un fin y seleccionar unos medios para ello. En esa medida, para que el tipo contemple cabalmente la conducta prohibida, debe comprender entre sus elementos el aspecto subjetivo de la misma. Como consecuencia de esta postura, el dolo y la culpa pasaron a hacer parte del tipo subjetivo.

²⁷ SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. *Inimputabilidad y Sistema Penal*. Bogotá: TEMIS, 1996, p. 253.

Pero su aporte no se basó únicamente en trasladar los elementos de dolo e imprudencia al terreno del injusto, sino que el mayor exponente de esta postura, HANS WELZEL, fue uno de los juristas que con mayor ahínco defendió la idea de una culpabilidad basada en el libre albedrío, o en palabras suyas “*en la capacidad de actuar conforme a sentido*”.

No obstante, hay que anotar que antes de este autor, CARRARA²⁸ también defendió la noción del libre albedrío para sus construcciones jurídico – penales.

Pero, ¿en qué consiste esa posibilidad de actuar conforme a sentido? WELZEL afirma que si bien el hombre está conformado por un “estrato profundo”, adonde se encuentran comprendidos todos los impulsos y los instintos, también existe otra entidad, que permite que el hombre no sucumba ante la presión de las pulsiones, sino que oriente su conducta conforme a una serie de valores contenidos en las normas del ordenamiento jurídico²⁹.

En contraste fundamental con el animal, el hombre se caracteriza negativamente por una amplia libertad respecto de las formas innatas e instintivas de conducta y, positivamente, por la capacidad y misión de descubrir y establecer por sí mismo la rectitud de la conducta por medio de actos inteligentes (...) Al hombre no le es dado biológicamente el orden de su configuración existencial como en los animales, sino que le está confiado de modo responsable, como sentido obligatorio de la vida.³⁰

De esta concepción del hombre, surgió una teoría de la culpabilidad estructurada en dos pilares fundamentales: a) la imputabilidad y b) la posibilidad de comprensión de la antijuridicidad de la conducta.

El primer elemento hace eco de aquellas características psíquicas que permiten una motivación de acuerdo a lo dispuesto en las normas. En cambio, el segundo requisito se

²⁸ Decía CARRARA: “*Yo no me ocupo de discusiones filosóficas: presupongo aceptada la doctrina del libre albedrío y de la imputabilidad moral del hombre, y sobre esta base edificada la ciencia penal que mal se construiría sin aquella.*” En CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho criminal, Tomo. I*. Bogotá: TEMIS, 1978, p. 13.

²⁹ Asimismo, es evidente que el finalismo soporta sus postulados en algunos principios de la filosofía existencial, en especial, en lo referente al estrecho vínculo que existe entre libertad y responsabilidad por los actos.

³⁰ WELZEL, HANS. *Derecho Penal Alemán*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1976, pp. 203.

refiere a una valoración sobre la posibilidad que el sujeto tenía para comprender la ilicitud de *su conducta*. Respectivamente, se trata de los presupuestos existenciales y especiales del juicio de reprochabilidad propuesto por el finalismo.

El finalismo no introduce el concepto de exigibilidad como uno de los elementos que configuran la culpabilidad de un sujeto. Sin embargo, esto no quiere decir que ese criterio no juegue un papel importante, como quiera que aunque para el finalismo la exigibilidad no aparece como un concepto positivo de la culpabilidad, sí puede constituir una causa para excluirla o atenuarla: *“finalmente, el ordenamiento jurídico puede omitir el reproche de formación de voluntad, en casos excepcionales, por razones éticas o por una limitación jurídica: en primer lugar en los casos de estado de necesidad para la vida y la integridad corporal (art. 54) en consideración a la humana fragilidad, en segundo lugar en los supuestos de elección del mal menor”*³¹.

Antes de adoptar una determinada concepción sobre la culpabilidad debemos preguntarnos cuál es la función que dicha categoría está llamada a cumplir dentro del Derecho Penal.

Siendo la culpabilidad un juicio de reproche sobre el autor por su hecho, creemos que esta debe cumplir una función de límite de la intervención penal, orientada por los principios de proporcionalidad, libertad, justicia y mínima intervención. Teniendo en cuenta las circunstancias concretas del individuo, se establecen unos criterios que permiten excluir la imposición de una pena; o desde la perspectiva contraria, criterios que permiten determinar cuándo el sujeto puede y debe responder penalmente por su hecho.

Una segunda pregunta es aquella atinente al fundamento material de la concepción de culpabilidad adoptada; en otras palabras, por qué razón se emite un juicio que recae sobre el autor.

³¹ MELENDO PARDÓS, Mariano. *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad: sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas*. Granada: Ed. COMARES, 2002. p. 390.

Consideramos que el fundamento material de la culpabilidad se encuentra en el libre albedrío. En contravía de las posturas deterministas, creemos, al igual que BERND SCHÜNEMANN, que el libre albedrío es una realidad social indispensable para comprender las interacciones sociales. Al respecto este autor afirma que:

(...) la experiencia subjetiva de la libertad de cada individuo será parte de la realidad social, porque es reproducida permanentemente en el contacto de los miembros de la sociedad entre sí y también aplicada a los otros, esto es, no sólo se utiliza como explicación de las propias acciones frente a la de los otros, sino también se presupone en la interpretación de las actuaciones de los otros.

Por tanto, el reconocimiento recíproco de la libertad de voluntad es una parte indiscutible de la realidad social que pertenece incluso a los presupuestos básicos indispensables de las relaciones sociales.³²

Asimismo, como ya lo señalábamos, la defensa del libre albedrío ha tenido en WELZEL un gran abanderado. De acuerdo con este autor, si bien existen impulsos dentro de la estructura anímica del hombre, estos pueden ser dirigidos por la voluntad:

Todos los impulsos poseen un doble carácter: tiene una determinada intensidad de impulso o compulsión, y un determinado contenido de sentido (...) tan pronto se introducen los actos de dirección, conforme a sentido, del centro del yo (del pensamiento y del querer dirigido por el sentido), no se experimentan ya los impulsos sólo en su compulsión pasional, sino que comprendidos en su contenido de sentido y en su significación valorativa para una conducción de vida justa (...) En este proceso se deja pasar al impulso valioso y, por el contrario, se hace desaparecer el contenido de compulsión no valioso.³³

Entonces, incluso aceptando la existencia de impulsos anímicos en el hombre, esto no lo somete a un determinismo inexorable que condiciona plenamente su conducta. Por el contrario, existe la posibilidad de autodeterminarse conforme al ordenamiento jurídico, por

³² SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio*. Madrid: Tecnos. 2002, p. 38.

³³ WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Trad: BUSTOS RAMÍREZ, Juan y YÁÑEZ PÉREZ, Sergio. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1976. p. 205

lo que en la categoría de la culpabilidad se establece en qué medida debe responder el sujeto por su injusto; esto es, por no haberse autodeterminado conforme a derecho.

Recogiendo esas posturas, en nuestro sentir el juicio de reproche sobre el sujeto debe verificarse a partir de su “*capacidad de respuesta a la norma*”³⁴. Y ello no es una ficción o una valoración en favor del autor, sino una indagación por cuáles son las condiciones reales de la capacidad humana media para una motivación conforme a la norma.

En este orden de ideas, en supuestos como el estado de necesidad exculpante, el error de prohibición y el exceso en la legítima defensa, la culpabilidad se vería excluida – o atenuada– no porque se excluya totalmente la posibilidad de actuar de otro modo, sino por consideraciones de índole político-criminal y también de justicia, pues una pena no resultaría exigida al autor ya que la intensa “*presión motivatoria*” que representan estas circunstancias impedirían exigirle la observancia de la norma.

En definitiva, la culpabilidad es un límite a la pena y no la base para su medición – por lo que no debe hablarse de “*pena ajustada a la culpabilidad*” - , pues de esto último se ocuparían criterios como el valor del bien jurídico lesionado o el alcance de dicha lesión (gravedad del injusto) además de otras circunstancias análogas que permiten configurar el hecho en sus aspectos objetivo y subjetivo, y que pertenecen al campo del injusto.

4. El injusto y la culpabilidad: posibilidad e importancia de su distinción

Recoger una postura como la de SCHÜNEMANN, según la cual la medición de la pena se fundamenta en el contenido material del injusto, mientras que la culpabilidad opera como un

³⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo. En: ÉL MISMO (Comp.). El Sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º Aniversario. Madrid: Tecnos, 1991, p. 157

límite a la pretensión punitiva al impedir su ejercicio o en todo o en parte, pone de relieve la importancia que adquiere precisamente la distinción entre el injusto y la culpabilidad.

Las funciones dispares y en tensión que cumplen el injusto y la culpabilidad, a efectos de determinar la pena, han sido explicadas ilustrativamente por ECKHARD HORN:

Hablando con imágenes, el cuántum de la culpabilidad no tiene un peso propio en la evaluación de la medida de la pena; no se añade nada nuevo que no estuviese ya ahí procedente de lo injusto. La culpabilidad es sólo un cedazo por el que tiene que pasar en su camino a la medida de la culpabilidad el <<cuántum>> – único relevante – del injusto.³⁵

En la actualidad existe un consenso mediano en que los fines del Derecho Penal se hallan en la protección de bienes jurídicos a través de la prevención general e incluso una prevención especial. De este acuerdo se desprenden dos perspectivas de valoración, que como lo explica SCHÜNEMANN³⁶, se derivan, por un lado, de la lesividad social y el desvalor del hecho, y por otro, de la evitabilidad individual – que reside en el poder actuar de otro modo de manera individual y real – y con ello la reprochabilidad, acentuándose así la perspectiva del autor. Concretando aún más estos planteamientos, podría proponerse entonces un espacio nuclear tanto del injusto como de la culpabilidad: dentro del ámbito del primero, la lesión al bien jurídico, y en la esfera de la segunda, la normalidad de las condiciones del autor.

Sostener la posibilidad de delimitación nuclear del injusto y la culpabilidad, sin embargo, no significa desconocer que pueden existir solapamientos entre ellos, pues ya desde el juicio supraindividual propio del injusto, se hacen atribuciones o se establecen relaciones con el autor individual. Ello es así, por ejemplo, en el concepto de acción final, que al referirse al contenido de la voluntad del autor, sin lugar a dudas alude también a la evitabilidad individual o su capacidad de actuar de otro modo. ³⁷

³⁵ HORN, Eckhard citado por COUSO SALAS, Jaime. Fundamentos del Derecho Penal de Culpabilidad: Historia, Teoría y Metodología. Valencia, España: Tirant Lo Blanch. 2006, p. 547.

³⁶ *Ibid.*, p 88

³⁷ *Ibid.*, p 103.

Pero la existencia de solapamientos no debe necesariamente suponer un obstáculo para que, el mensaje que la norma entrega a los ciudadanos para que se abstengan de afectar bienes jurídicos, opere con independencia de que haya circunstancias del sujeto que le impidan satisfacer ese mensaje, o mejor aún, responder normativamente. Mientras al primer juicio lo orientan criterios de utilidad, al segundo lo orientan criterios de justicia.

En definitiva, la distinción entre injusto y culpabilidad es ya importante porque – pero no únicamente– permite apreciar las dos perspectivas que deben atravesar el análisis de las conductas que son tipificadas por la Ley Penal. Así, en el injusto, el mensaje de abstención de ataques frente a bienes jurídicos conserva efectividad pues se comunica con independencia de la posibilidad de que sea acatado o no por el autor individual; en cambio, ante la efectiva infracción de la norma prohibitiva, la culpabilidad permite valorar las circunstancias del autor y de su capacidad de respuesta normativa.

CAPÍTULO II

FEMINICIDIO: DE LAS CIENCIAS SOCIALES AL DERECHO PENAL

1. Origen del concepto de feminicidio

Las muertes de mujeres perpetradas por las más variadas razones, se han presentado desde los orígenes de los tiempos. Sin embargo, sobre dicho fenómeno no siempre ha recaído la nomenclatura, clasificación y caracterización que recientemente han desarrollado las ciencias sociales. Múltiples fuentes coinciden en señalar que el término feminicidio (*femicide* en inglés) fue acuñado, por lo menos en la esfera pública, por la socióloga DIANA RUSSELL³⁸ en el año 1976, si bien pueden encontrarse usos del término ya desde el siglo XIX.³⁹ Fue así como con ocasión de la celebración del Tribunal Internacional de crímenes contra la mujer, cuyo objetivo era *grosso modo* recabar informes y testimonios de los crímenes cometidos contra la mujer en todos los estados del mundo, RUSSELL empleó por primera vez el término, aunque sin definirlo concretamente.

³⁸ DIANA RUSSELL es una socióloga sudafricana con residencia en los Estados Unidos, y fue quien empleó por primera vez, por lo menos en la esfera pública, el término *femicide*. En ello coinciden autores como LAURENZO COPELLO, Patricia. *Apuntes sobre el feminicidio*. En: Revista de Derecho Penal y Criminología. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Vol. 003, Nro. 008, (julio, 2012); o también TOLEDO, Patsili. *Aproximación a las controversias jurídicas y políticas relativas a la tipificación del feminicidio /femicidio en países latinoamericanos*. Barcelona, 2009. Tesis doctoral (Doctorado en Derecho Público). Universidad Autónoma de Barcelona. Departamento de Ciencia Política y Derecho Público. Facultad de Derecho; y MARIÑO, Fernando. *Feminicidio: El fin de la impunidad*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013.

³⁹ Así lo señala ELENA LAPORTA: “En 1801 aparecía en *A Satirical View of London at the Commencement of the Nineteenth Century*, en la que se definía como el asesinato de una mujer. En 1827 se publicaba la tercera edición de *The Confessions of an Unexecuted Femicide*, un manuscrito en el que William MacNish, escribía sobre el homicidio que éste había cometido contra una mujer. Incluso el *Oxford English Dictionary* en su edición de 1989 señalaba que la palabra *femicide* aparecía en el *Wharton’s Law Lexicon de 1848* sugiriendo que sería un delito enjuiciable” en LAPORTA, Elena. *El feminicidio /femicidio: Reflexiones desde el feminismo jurídico*. Madrid, 2012, 142 p. Tesina. Universidad Carlos III de Madrid. Septiembre de 2012. Disponible en: http://earchivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/18787/TFM_MEADH_Elena_Laporta_2012.pdf?sequence=1

Posteriormente, ya en un artículo publicado por DIANA RUSSELL a finales de 1990, en coautoría con JANE CAPUTI y titulado “*Femicide: Speaking the Unspeakable*”, esta categoría teórica adquiere un poco de delimitación: inicialmente RUSSELL, entendía que *femicide* era el “asesinato” de una mujer cometido por razones de género o por el simple hecho de ser mujer. Pero con los aportes de CAPUTI al concepto, RUSSELL concreta aún más su definición, indicando que el feminicidio implica el “asesinato⁴⁰ de mujeres por parte de los hombres motivados por el desprecio, el odio, el placer o el sentimiento de propiedad sobre ellas.”⁴¹

En el año 1992, DIANA RUSSELL, esta vez en compañía de JIL RADFORD, publicó el libro “*Femicide. The Politics of killing*”, en el que aclararon que el concepto de *femicide* “abarca más allá de su definición legal de asesinato, e incluye situaciones en las cuales se acepta que las mujeres mueran como resultado de las actitudes misóginas o de prácticas sociales”.⁴²

Pero en el 2001, en el libro “*Femicide in global perspective*”, esta autora hizo una nueva delimitación del concepto, agregando que no solo los asesinatos impulsados por la misoginia deben considerarse feminicidios, sino que también caben dentro de esa categoría los asesinatos de mujeres por razones sexistas, “porque los asesinatos misóginos se limitan a aquellos que están motivados por el odio hacia las mujeres, mientras que los sexistas incluyen asesinatos basados en un sentido de superioridad sobre las mujeres, por la idea de que tienen derecho sobre ellas, pero también cuando se basa en el placer o los deseos sádicos, o cuando existe la suposición de propiedad de las mujeres”.⁴³

⁴⁰ Debe señalarse que el uso que del término asesinato hace RUSSELL, no obedece al rigor técnico penal para significar el homicidio de una persona mediado por la alevosía, premeditación o precio o recompensa, sino para tratar de excluir el componente lingüístico alusivo al hombre que tiene el término homicidio (hom: hombre).

⁴¹ CAPUTI, Jane y RUSSELL, Diana. *Femicide: Speaking the Unspeakable*. En: Revista Ms. Magazine, (septiembre - octubre, 1990).

⁴² La versión en español del libro titulada “*Femicidio. La política de asesinato de la mujer*”, fue publicada por Universidad Nacional Autónoma de México en 2006. La cita que se viene de hacer se encuentra en dicha versión, en pp. 33 y 41.

⁴³ RUSSELL, Diana. “Defining Femicide and Related Concepts”, en RUSSELL, D., HARMES, R. *Femicide in global perspective*. Nueva York: Athene Series, 2001. p. 14

A partir de las definiciones dadas por DIANA RUSSELL, la categoría de *femicide* se ha erigido en una herramienta analítica relevante que permite destacar el hecho de que muchas de las muertes de mujeres no obedecen a sucesos aislados, sino que son manifestaciones de unas estructuras de discriminación y subordinación, motivadas por sentimientos de odio y desprecio hacia la mujer, así como un sentimiento de posesión sobre ellas. Especialmente, con el desarrollo de esta categoría se persigue una intención política, cual es desvelar el sustrato misógino o sexista que pudieran esconder las palabras neutrales como homicidio, y especialmente “*romper con la tendencia a justificar de forma velada ciertas muertes violentas de mujeres – sobre todo las ocurridas en el ámbito privado – por su vinculación con <<crímenes pasionales>> o con supuestas <<causas de honor>>.*”⁴⁴ Las muertes de mujeres serían el extremo de un *continuun* de violencia, o la culminación de la violencia de género, que se presenta en ámbitos muy variados y que no ha sido debidamente visibilizada.

Sin embargo, la amplitud del concepto de *femicide* es manifiesta, y mucho mayor a lo que penalmente se considera como tal, pues se incluyen allí no solo los homicidios de mujeres perpetrados por sus parejas sentimentales – a los que se acaba de aludir -, sino también todos los homicidios con motivo sexista o discriminatorio, así como las muertes de mujeres a raíz de abortos clandestinos o limitación de sus derechos reproductivos, muertes como producto de mutilación genital e intervenciones quirúrgicas, transmisión de VIH por sus parejas o suicidios en contextos de violencia de género. Una interpretación tan extensa del concepto reclama algunas clasificaciones y distinciones que permitan su aplicación razonable dentro del discurso jurídico-penal. De ese tema nos ocuparemos más adelante.

Del contexto anglosajón en el que surgió, el concepto de *femicide* es trasladado al ámbito latinoamericano, en donde los inicios de su uso pueden rastrearse hasta los años 80. Son varias las razones que permiten explicar esta circunstancia: por ejemplo, los movimientos feministas en la región o el avance en la regulación y protección de los Derechos Humanos.

⁴⁴ LAGARDE. *El feminicidio...*, Op. cit., p. 192

En este último aspecto, interesa destacar la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres (Convención de Belén do Pará)*, adoptada en 1994. Fue precisamente en aplicación de esta convención que la Corte Interamericana de Derechos Humanos profirió la sentencia en el caso *Claudia Ivette González y otras (Campo Algodonero) c. México*, el 16 de noviembre de 2009, siendo éste el primer pronunciamiento destacado en el que se emplea el término feminicidio.

El contexto de la sentencia puede sintetizarse así:

Aproximadamente desde el año 1993, se venían presentando en Ciudad Juárez un aumento de homicidios de mujeres, alcanzando por lo menos las 379 víctimas en el año 2005. No puede perderse de vista que en esta ciudad, limítrofe con Estados Unidos, se ha consolidado una gran concentración urbana debido a corrientes migratorias, lo que incentivó el aumento de la participación de mujeres en la actividad laboral, especialmente en empresas “maquiladoras”.

En algunos de los mencionados crímenes contra mujeres ocurridos en Ciudad Juárez, los cuerpos fueron hallados con signos de violencia sexual, mutilaciones y otra clase de vejámenes adicionales. Dentro de ese contexto, la Corte Interamericana conoció el caso de tres mujeres que fueron asesinadas y mutiladas, y cuyos cuerpos, también con manifestaciones de violencia sexual, fueron arrojados a un campo cercano a una empresa maquiladora. La Corte estimó que tales hechos eran “*homicidios de mujeres por razones de género*”, pues eran manifestación de una cultura de discriminación contra la mujer. Una cultura que había incidido tanto en los motivos como en la modalidad de dichos crímenes.

En palabras de la Corte Interamericana:

En el presente caso, la Corte, a la luz de lo indicado en los párrafos anteriores, utilizará la expresión “homicidio de mujer por razones de género”, también conocido como feminicidio.

Para los efectos de este caso, la Corte considera que, teniendo en cuenta la prueba y argumentación sobre prueba obrante en el expediente, no es necesario ni posible pronunciarse de manera definitiva sobre cuáles homicidios de mujeres en Ciudad Juárez constituyen homicidios de mujeres por razones de género, más allá de los homicidios de las tres víctimas del presente caso. Por esta razón se referirá a los casos de Ciudad Juárez como homicidios de mujeres, aunque entienda que algunos o muchos de estos puedan haber sido cometidos por razones de género y que la mayoría han ocurrido dentro de un contexto de violencia contra la mujer.⁴⁵

Igualmente, la Corte Interamericana señaló algunas características que permitían calificar los asesinatos de las tres jóvenes como “homicidio por razones de género”: (i) el contexto, (ii) el perfil de las víctimas y (iii) la modalidad de los crímenes.

Todo lo expuesto en la sentencia llevó a la Corte a condenar al Estado mexicano por el incumplimiento del *deber de garantía* y el *deber de respeto*, con base en su negligencia para adelantar las investigaciones del caso, la estigmatización de las víctimas por las autoridades estatales, la obstrucción del desarrollo de las demandas de los familiares, entre otros.

Si bien la sentencia del *Campo algodnero* representa un hito en esta materia, pues reconoce por primera vez a nivel jurídico el término feminicidio como el asesinato de mujeres por motivos de género, ya con anterioridad el surgimiento del término en Latinoamérica se le atribuía a varias activistas feministas, principalmente a la catedrática y política mexicana MARCELA LAGARDE. La primera persona en introducir el término feminicidio en el vocabulario latinoamericano fue precisamente LAGARDE desde su rol de diputada en México, trasladándolo así de la esfera sociológica a la política y finalmente la jurídica.

LAGARDE propone la noción de *feminicidio* para significar las formas de violencia extrema que pueden acarrear la muerte de las mujeres, teniendo como elemento característico la tolerancia del Estado y demás instituciones. Y la elección del término feminicidio, y no la traducción literal de femicidio, tiene una carga semántica ostensible, pues según LAGARDE,

⁴⁵ Párrafos 143 y 144 de la sentencia. Para un estudio a profundidad de la sentencia del *Campo algodnero*, y de algunas otros pronunciamientos relevantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en temas similares, véase MARINO, Fernando. *Feminicidio: El fin de la impunidad*. Valencia: Tirant Lo Blanch. 2013.

este último vocablo podría interpretarse como una mera feminización del asesinato, mientras que el feminicidio se trata de “*crímenes misóginos basados en una enorme tolerancia social a la violencia de género y en la que el Estado forma parte activa y contribuye a la impunidad*”.⁴⁶

Sobre la diferenciación entre feminicidio y femicidio también se ha pronunciado la socióloga ANA CARCEDO, autora de importantes contribuciones a la construcción teórica de dichas categorías. En palabras de CARCEDO: “*Cuando hablamos de femicidio y de feminicidio no estamos utilizando dos términos diferentes para hablar de lo mismo. Cuando hablamos de femicidio estamos hablando del concepto más básico, la forma extrema de violencia contra las mujeres. O dicho de otra manera, cuando la violencia contra las mujeres mata. Cuando hablamos de feminicidio [...] se requiere que haya impunidad.*”^{47,48}

En cualquier caso, más allá de los debates sobre el uso de uno u otro término, existe un mínimo consenso en cuanto a considerar que en las muertes de mujeres por el hecho de serlo, “*subyacen las relaciones de desigualdad, exclusión, de poder y sumisión generalizadas, que se manifiestan en un contexto de violencia sexista contra las mujeres. Es un fenómeno histórico y social que abarca todas las esferas de la vida de las mujeres, con el fin de preservar el dominio masculino en las sociedades patriarcales.*”⁴⁹

Así las cosas, es claro que el desarrollo de la categoría del feminicidio ha abogado por una gran amplitud de su significado, así como la inclusión de componentes de misoginia y sexismo sumados a la impunidad y la tolerancia estatal. Sin embargo, su traslado al Derecho Penal ha implicado una patente restricción de su alcance. Probablemente, en salvaguarda de los principios de legalidad y seguridad jurídica, las legislaciones penales que han tipificado el feminicidio lo han contemplado como la forma más extrema de violencia contra las

⁴⁶ LAGARDE, Marcela. Conferencia dictada en la Universidad de Oviedo el 12 de mayo de 2006.

⁴⁷ CARCEDO, Ana. *Conferencia dictada en Taller Regional sobre Femicidio*. En: *Femicidio: Más allá de la violación del derecho a la vida*. Citada por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IDDH). San José, Costa Rica, 2008. p. 19

⁴⁸ . Disponible en: http://lac.unfpa.org/sites/lac.unfpa.org/files/pub-pdf/Femicidio_Juarez.pdf

⁴⁹ FIGAREDO, Sandra. *Creando redes: estrategias de visibilización y prevención del feminicidio/femicidio*. En MARIÑO, Fernando. *Feminicidio: El fin de la impunidad*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013. p. 194.

mujeres, conservando los componentes de misoginia y sexismo – que no de impunidad o tolerancia estatal –. De esta manera, las legislaciones han entendido el feminicidio – o femicidio, en su defecto – como la muerte de mujeres producto de discriminación de género, cuyo origen es “*el afán de control y dominación del cuerpo, voluntad y subjetividad de las mujeres por parte de sus agresores, quienes utilizan la violencia como un mecanismo para anular cualquier intención de autonomía en las víctimas*”.⁵⁰

Desde ya quisiéramos señalar que en el presente trabajo, empleamos el término **feminicidio**, porque es el mismo empleado por el Código Penal Colombiano, y para significar la forma más extrema de violencia hacia las mujeres y con un sustrato de misoginia y sexismo, lo que además es acorde con las investigaciones más recientes desarrolladas en Latinoamérica, que tienden a restringir el feminicidio a las muertes violentas de mujeres.⁵¹

En ese orden de ideas, entendemos también que no toda la muerte de una mujer será un feminicidio; cualquier alusión a la muerte de una mujer como manifestación de una cultura de discriminación, sexismo o misoginia deberá ser tenida como tal siempre que se materialice en los motivos, modalidad de los crímenes o contexto. No bastará el solo hecho de que el sujeto pasivo de la afectación de la vida sea una mujer, como lo desarrollaremos en acápites posteriores.

2. Clasificación general de las variedades de feminicidio

Ante una definición de feminicidio tan amplia trasladada desde las ciencias sociales, es menester plantear algunas clasificaciones que faciliten nuestra aproximación al concepto. Si

⁵⁰ COMITÉ DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LA MUJER – CLADEM. *Pronunciamiento contra el feminicidio*. Lima, 2011. Disponible en: http://www.flora.org.pe/web2/index.php?option=com_content&view=article&id=390:pronunciamiento-contra-elfeminicidio&catid=40:redes&Itemid=100

⁵¹ TOLEDO, Patsilí. *Aproximación a las controversias jurídicas y políticas relativas a la tipificación del feminicidio / femicidio en países latinoamericanos*. Barcelona, 2009, 494 p. Tesis doctoral. Facultad de Derecho. Departamento de Ciencia Política y Derecho. Disponible en: <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/121598/ptv1de1.pdf?sequence=1>

bien los sociólogos que han aportado a la construcción de esta categoría analítica no han establecido un consenso absoluto al respecto, a partir de las categorizaciones hechas por DIANA RUSSELL varios autores coinciden en sostener que el feminicidio pudiera clasificarse a grandes rasgos en (i) íntimo o privado, (ii) feminicidio no íntimo o en el ámbito público y (iii) feminicidio conexo.

El feminicidio íntimo o en el ámbito privado, es aquel que se presenta con mayor regularidad por lo menos en Colombia⁵², y se refiere a aquella muerte de una mujer producida por un hombre con el que sostuvo o sostenía al momento del ataque un vínculo afectivo o relación íntima, familiar o afines a estas. Dentro de esta categoría suelen incluirse también las muertes de mujeres o niñas a manos de otros miembros del grupo familiar. Un ejemplo de lo anterior serían los feminicidios por honor – contra una mujer que deshonra a la familia con conductas “inmorales” – o los feminicidios por dote – cuando el marido mata a la mujer con cuya dote no está satisfecho.⁵³

Por su parte, el feminicidio no íntimo o en el ámbito público se refiere aquellos asesinatos cometidos por hombres con quienes la mujer no tenía relaciones íntimas, familiares o afines. En otras palabras, el autor sería un extraño o conocido que no hacía parte del entorno doméstico de la víctima, como cuando el agresor es un compañero de trabajo o de estudio. Esta clasificación suele abarcar igualmente las muertes violentas perpetradas por asesinos en serie, usualmente vinculadas a agresiones sexuales. También las muertes ocurridas en contextos de guerra, en los que las agresiones a las mujeres se convierten en una estrategia más para minar el ánimo del enemigo.

Los distintos supuestos que se acaban de reseñar dan lugar a subtipos o subclasificaciones del feminicidio público, tales como el feminicidio por ocupaciones estigmatizadas^{54,55} o el

⁵² Con base en los informes del Observatorio de Igualdad de Género y América Latina y el Caribe, algunos autores han sostenido que Colombia ocupa el **primer lugar** en casos de feminicidio en el mundo. Al respecto, véase VERA ROMERO, Rafael. *Feminicidio, un problema global*. En: Revista Jurídicas CUC. Vol. 008. Nro. 001 (septiembre, 2012); p. 44.

⁵³ RUSSEL. *Femicide in global ...*, Op. cit., p. 77 y 81

⁵⁴ Observatorio Ciudadano Nacional del Feminicidio (OCNF). *Una mirada al feminicidio en México 2010 – 2011*. México.

⁵⁵ . Disponible en: http://observatoriofeminicidio.files.wordpress.com/2011/11/informe_feminicidio

feminicidio sexual sistémico. El primero de ellos hace referencia a las mujeres que son asesinadas por la ocupación o trabajo que desempeñan, tales como meseras, bailarinas o trabajadoras sexuales. Se ha entendido que en estos casos, si bien las mujeres son agredidas por el hecho de serlo, su ocupación – considerada desautorizada – las hace aún más vulnerables. De otro lado, el feminicidio sexual sistémico alude a las muertes de mujeres cuya causación involucra secuestro, tortura, o alguna agresión de índole sexual. Este sería el caso de las tres mujeres asesinadas en Ciudad Juárez, y decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Campo algodnero*. Sin embargo, en tanto – se reitera – estos subtipos de feminicidio pueden ser reconducidos o abarcados por la clasificación más general del feminicidio público, será esta la que seguiremos empleando en el presente trabajo.

Por último, la categoría del feminicidio por conexión alude a los casos en los que resulta involucrada una mujer adicional a la víctima del delito; en otras palabras, las muertes de mujeres producidas “en línea de fuego”. Suelen ser hermanas, madres, hijas, amigas o en general cualquier persona que se encuentra presente en el lugar de los hechos.

Algunos autores e incluso ONG han querido vincular a esta categoría de feminicidio conexo, también aquellos supuestos de “*personas con vínculo familiar o afectivo con la mujer, que fueron asesinadas por el femicida con el objeto de castigar y destruir psíquicamente a la mujer a quien consideran de su propiedad. (...) De esta manera, se pueden considerar también como femicidios los casos en que hijas, hijos u otras personas del entorno cercano de una mujer, son asesinados con el objeto de causarle un daño a esta*”.⁵⁶

A partir de la formulación del nuevo supuesto que estaría enmarcado dentro del feminicidio conexo, sostiene TOLEDO que los medios de comunicación españoles han registrado un caso al que pudiera aplicársele: un hombre en Gran Canaria mató a su hijo y luego se suicidó, haciendo chocar el automóvil en que iban ambos contra una rotonda, después de haber

⁵⁶ TOLEDO, Patsilí. *La tipificación del femicidio...* Op. cit., p. 125

llamado a su ex cónyuge – y madre del menor – para que se asomara a ver “lo que se merecía”.

Haciendo a un lado los rendimientos de una categoría como el feminicidio conexo o por conexión dentro del campo de las ciencias sociales, no creemos que debiera trasladarse al Derecho Penal, por cuanto la formulación inicial que de ella se hace,- muertes de otras mujeres presentes en el lugar de los hechos - pareciera aludir más a homicidios encaminados al encubrimiento del feminicidio inicial.

En la segunda hipótesis, cuando se da muerte a allegados de la víctima para afectarla psicológica o emocionalmente, creemos que se está ante delitos de homicidios autónomos que le sirven de instrumento al autor para generar terror en la mujer, pero que se escapan a las motivaciones, modalidad o contexto intrínseco de un feminicidio, por lo menos como ha sido recogido en las legislaciones latinoamericanas. Ello, aunado a que las muertes de los allegados, si bien buscarían generar ese terror o afectación psicológica a la mujer, no son aún ataques directos contra el bien jurídico que creemos busca tutelar el tipo penal de feminicidio. Y en cualquier caso, no es un supuesto que el Código Penal colombiano haya acogido por lo menos en toda su extensión, pues la norma penal exige que el sujeto pasivo del delito sea siempre una mujer, excluyendo de entrada la muerte de un hijo varón, por ejemplo.

En definitiva, si bien las clasificaciones que hemos reseñado no son acogidas todas o en total extensión por las legislaciones penales que han consagrado el delito de feminicidio o femicidio, sí nos permiten esbozar algunas interpretaciones del tipo penal tal y como ha sido establecido en el Código Penal colombiano. De ello nos ocuparemos en el siguiente acápite.

3. Tipificación del delito de feminicidio: Colombia en contraste con Latinoamérica

La tipificación del feminicidio en América Latina ha sido algo dispar, tanto por su contenido como por el momento de su incorporación a las legislaciones penales.

De antemano interesa destacar que los países latinoamericanos que han consagrado el feminicidio, ya sea como agravante o como tipo penal autónomo, ratificaron la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer*, también conocida como “*Convención de Belem do Para*”, suscrita dentro de la Organización de Estados Americanos el 6 de septiembre de 1994. Pero la ratificación de instrumentos internacionales como el mencionado, no ha sido el único detonante de la tipificación del feminicidio en varias legislaciones latinoamericanas. Ello también se debe a ciertos organismos internacionales, como el Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW) y a organizaciones de mujeres, quienes ven en la tipificación del feminicidio una herramienta idónea no solo para visibilizar la violencia a las mujeres sino para controlar rigurosamente la labor de los entes investigadores y órganos que conforman el sistema penal, y de esta manera reducir la descomunal impunidad de los crímenes de esta naturaleza.

Descendiendo a la tipificación del delito cuyo estudio nos convoca, encontramos que si bien en México ya se venía discutiendo una iniciativa legislativa al respecto, promovida por MARCELA LAGARDE, fue Costa Rica el primer país de la zona que, con la promulgación de la “Ley de penalización de la violencia contra las mujeres” en el año 2007, incluyó el delito de femicidio. No mucho después le siguieron países como Guatemala, El Salvador, Chile, Perú, Nicaragua, México, Ecuador, Honduras y Colombia.

Las denominaciones en Latinoamérica han fluctuado entre femicidio y feminicidio. Pero más allá del *nomen iuris*, las legislaciones distan mucho de la uniformidad, pues han querido

visibilizar la violencia de género pero adaptando el concepto de feminicidio a sus realidades particulares.⁵⁷

Ya desde la ubicación sistemática del tipo penal se advierten disparidades: México y Perú lo ubican en los capítulos de “Delitos contra la vida y la integridad corporal” y “Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud”, respectivamente. Por su parte, Nicaragua tiene un apartado especial titulado “Delitos de violencia contra las mujeres”, mientras que Chile, Costa Rica, El Salvador y Guatemala, sitúan el nuevo tipo penal en capítulos generales tales como “Violencia física”, “Delitos y penas” o “Delitos y sanciones”.

Dentro de toda la gama de tipificaciones penales del feminicidio / femicidio, pueden señalarse dos extremos: de un lado, las legislaciones que limitan el contenido del delito al ámbito privado, y en especial a la relación de pareja. Del otro, aquellas que lo extienden al contexto o ámbito público. En el primero de estos extremos, encontramos al Código Penal costarricense, según el cual comete femicidio el hombre que dé muerte a la mujer con la que mantenga una relación de matrimonio o unión de hecho, declarada o no.

La legislación del Perú, si bien restringe el feminicidio al ámbito privado, contemplándolo como una especie de parricidio, hace alusión no solo a las relaciones afectivas o sentimentales vigentes al momento de la muerte – como el Código Penal costarricense – sino que extiende el ámbito del tipo también a las relaciones ya terminadas. Así, señala el código peruano que será feminicida el que dé muerte a quien es o ha sido su cónyuge, conviviente o con quien esté sosteniendo o haya sostenido una relación análoga. Las mismas apreciaciones pueden hacerse respecto a la legislación chilena, donde el sujeto pasivo del femicidio – también como especie del parricidio – será la mujer que es o haya sido cónyuge o conviviente de su agresor.

⁵⁷ Un análisis comparado de las regulaciones del feminicidio en Latinoamérica puede encontrarse en GARITA VÍLCHEZ, Ana Isabel. *Regulación del delito de Femicidio/Feminicidio en América Latina y el Caribe*. Ciudad de Panamá: Secretariado de la Campaña del Secretario General de las Naciones Unidas ÚNETE para poner fin a la violencia contra las mujeres. ISBN: 978-1-936291-74-8. Disponible en: http://www.un.org/es/women/endviolence/pdf/reg_del_femicidio.pdf

Frente a tipificaciones tan restringidas del femicidio / feminicidio, se han dirigido serias críticas. Se les reprocha inicialmente que cercenan excesivamente el concepto del feminicidio construido desde las ciencias sociales al prescindir del ámbito público totalmente, pese a que en dicho espectro también se producen atentados a las mujeres por su condición de tales, aun cuando no sea con la misma frecuencia que el feminicidio íntimo.

También se les reprocha con ahínco el hecho de que el nuevo delito de femicidio / o feminicidio, o la nueva agravante como en el caso de Perú o Chile, no acarree una agravación de penas; de esta manera, se estaría privilegiando el efecto simbólico o comunicativo de la norma penal, pero sin que realmente el mayor desvalor que amerita la conducta se vea reflejado en la sanción a imponer.

Pero algunos reparos elevados desde la dogmática penal pretenden ser más serios. Por ejemplo, autores como el español ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG sostienen que considerar la sola calidad de cónyuge o compañera, presente o pasada, de la víctima respecto a su agresor para afirmar que se ha verificado un feminicidio, implica que el autor de un único hecho cargue con todo el desvalor que representa la violencia reiterada, estructural e histórica hacia la mujer. Algo similar a una “*culpabilidad por especie*” en tanto “*se le imputa al hombre in concreto la maldad del hombre in genere*”⁵⁸.

En el otro extremo en la gama de tipificaciones se encuentran Guatemala, El Salvador, México o Nicaragua; legislaciones que abarcan dentro del tipo de femicidio / feminicidio, supuestos que se circunscriben al ámbito tanto privado como público. Esta forma de tipificar el delito es más cercana a la de Colombia, pero con algunas diferencias notables que hacen más compleja la interpretación del tipo penal colombiano.

⁵⁸ GIMBERNAT, Enrique. *La ley de Violencia de Género ante el Tribunal Constitucional*. En: El Mundo (Lunes 16 de junio de 2008). Citado por: POLAINO-ORTS, Miguel. *Discriminación positiva y violencia contra la mujer. La legitimación de un enemigo de género*. Lima: ARA Editores, 2012. p. 43

En el caso de Guatemala, comete el feminicidio quien “*en el marco de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, diere muerte a una mujer, por su condición de mujer, valiéndose de cualquier de las siguientes circunstancias...*”. A continuación, el tipo penal contempla supuestos tales como (i) haber pretendido infructuosamente establecer o restablecer relaciones de pareja o intimidad con la víctima; (ii) mantener o haber mantenido relaciones de esa índole con la víctima, pero también de amistad o de carácter laboral; (iii) la muerte como resultado de violencia reiterada o (iv) de ritos grupales; (v) en menosprecio del cuerpo de la víctima para satisfacer instintos sexuales o con actos de mutilación, (vi) por misoginia, (vii) cuando el hecho se cometa en presencia de hijos o hijas de la víctima, entre otras.

Esta redacción es sin duda bastante compleja, y suscita problemas interpretativos serios: ¿cómo deberá entenderse el “marco de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres”, y su materialización en el hecho delictivo concreto”? La delimitación de este último elemento normativo del tipo es especialmente relevante, ya que establecer cuándo concurre un ánimo especialmente desvalorado en el autor a raíz de esa condición de mujer, nos permitirá distinguir qué supuestos de muerte de mujeres, donde el agresor mantuvo relación de cualquier índole con la víctima, constituyen realmente feminicidios, y cuáles no. La tipificación del feminicidio teniendo por todo sustento una relación preexistente de cualquier naturaleza entre víctima y agresor además de ser absolutamente simplificador de la violencia de género cuyas características se quieren visibilizar, vulnera también los principios de legalidad y seguridad jurídica.

La legislación de El Salvador también contempla una serie de circunstancias en las cuales se considerará que el autor ha dado muerte a la mujer “*mediando motivos de odio o menosprecio por su condición de mujer*”, pues precisamente la verificación del feminicidio dependerá de ese ánimo o móvil especialmente desvalorado. Algunas de esas circunstancias coinciden con aquellas del tipo penal guatemalteco, tales como (i) la violencia precedente o (ii) la mutilación. Otras circunstancias contempladas son (iii) el aprovechamiento de cualquier condición de riesgo o vulnerabilidad física o psíquica de la mujer, (iv) el aprovechamiento

de la superioridad que le generaban al autor las relaciones desiguales de poder y (v) antecedentes de delitos sexuales contra la mujer víctima.

El código penal federal mexicano, a su vez, señala que existe feminicidio cuando se priva de la vida a una mujer por razones de género y seguidamente enuncia, como sus homólogos guatemalteco y salvadoreño, una serie de circunstancias en las que el legislador entiende o considera que existen razones de género. La (i) violencia precedente y (ii) las mutilaciones son una constante. Pero también se hace alusión a (iii) violencia sexual, (iv) la existencia de una relación sentimental, afectiva o de confianza, (vi) mantener incomunicada a la víctima o (vii) exhibir o exponer su cuerpo en lugar público.

Los tipos penales que se viene de reseñar tienen redacciones muy complejas, lo que por supuesto problematiza la comprobación de los elementos del delito por parte de las autoridades judiciales. En tanto los tipos penales salvadoreño, mexicano y guatemalteco parecieran exigir la presencia de un móvil o un ánimo, pudiera desprenderse que el legislador de estos países, habiendo previsto la dificultad probatoria de esos aspectos internos, decidió consagrar unas circunstancias en las que estima que es evidente el odio al género femenino, tales como la mutilación o la violencia precedente reiterada. Pero – se insiste – preocupa especialmente que la existencia en algún momento de una relación afectiva entre víctima y agresor pueda ser suficiente para considerar que la muerte estuvo motivada por razones de género. Probablemente la redacción del tipo en esos términos buscaba contemplar a cabalidad los feminicidios en el ámbito privado, que son los que se presentan habitualmente, pero no está exenta de los reproches a los que ya aludimos en párrafos anteriores.

4. El delito de feminicidio en la legislación colombiana

4.1. Ley 1258 de 2008.

Como no es extraño que suceda frente a delitos de esta naturaleza, la Ley 1761 de 2015, “*por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo*” estuvo precedida por un

acontecimiento estremecedor a la par que mediático; la muerte de una mujer de forma sórdida y violenta a manos de un hombre que era su compañero de clase. Por ello esta norma jurídica también es conocida como la Ley Rosa Elvira Cely⁵⁹, nombre de la víctima de aquel suceso.

Pero la Ley 1761 no ha sido la primera promulgada en Colombia con el objeto de castigar la violencia contra las mujeres. Su antecedente más cercano es la Ley 1257 de 2008, "*por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres*". Además de señalar una serie de medidas de sensibilización, protección y atención⁶⁰, así como definir varias tipologías de daños que puede sufrir la mujer (psicológico, físico, económico), se hicieron modificaciones al Código Penal colombiano. Entre ellas, al artículo 104, contentivo de las circunstancias de agravación del homicidio, con el objeto de agregar las siguientes:

1. En los cónyuges o compañeros permanentes; en el padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar, en los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos; y en todas las demás personas que de manera permanente se hallare integrada a la unidad doméstica.

(...)

11. Si se cometiere contra una mujer por el hecho de ser mujer. (Se destaca).

Ante una redacción tan escueta, es menester remitirnos a algunas definiciones y criterios interpretativos de la norma.

Según el artículo 1 de la Ley 1257, se entiende por violencia contra la mujer "*cualquier acción u omisión, que le cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico, económico o patrimonial por su condición de mujer, así como las amenazas de tales actos,*

⁵⁹ Los diarios colombianos registraron con suficiente detalle como Rosa Elvira Cely, después de haber sido agredida sexualmente, fue golpeada, apuñalada, asfixiada e incluso empalada, siendo abandonada en un parque público donde al parecer se perpetraron los hechos. Finalmente, falleció producto de los traumas padecidos.

⁶⁰ Sobre la efectividad de las medidas contempladas en esta Ley, puede verse CADAVID, Alfonso y URQUIJO, Luis Mauricio. *Colombia. Ley 1257 de 2008*. En: MARÍN DE ESPINOSA, Elena B. *Régimen Jurídico de la violencia de género en Iberoamérica y España: un estudio de las leyes integrales de segunda generación*. España: Aranzadi, 2015. p. 125.

la coacción o la privación arbitraria de la libertad, bien sea que se presente en el ámbito público o en el privado.”

Adicionalmente, señala la Ley en su artículo 7 sobre los derechos de las mujeres que

Además de otros derechos reconocidos en la ley o en tratados y convenios internacionales debidamente ratificados, las mujeres tienen derecho a una vida digna, a la integridad física, sexual y psicológica, a la intimidad, a no ser sometidas a tortura o a tratos crueles y degradantes, a la igualdad real y efectiva, a no ser sometidas a forma alguna de discriminación, a la libertad y autonomía, al libre desarrollo de la personalidad, a la salud, a la salud sexual y reproductiva y a la seguridad personal.

Y como criterios de interpretación, señala en su artículo 4 la misma Ley

Los principios contenidos en la Constitución Política, y en los Tratados o Convenios Internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, **en especial la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer**, las demás leyes, la jurisprudencia referente a la materia, servirán de guía para su interpretación y aplicación. (Se destaca).

La Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer, también conocida como la *Convención de Belém Do Pará*, define la violencia como “*cualquier acción o conducta basada en su género que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado*”.

Por su parte, la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, aprobada por Asamblea General de Naciones Unidas en 1979, reconoce que

la violencia contra la mujer constituye **una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer, que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra** por parte del hombre e impedido el adelanto pleno de la mujer, y que la violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto del hombre. (Se destaca).

Y define la discriminación, indicando que

discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Si bien las demás disposiciones consagradas en la norma aludían a la no discriminación, a la igualdad real, a la autonomía y libre desarrollo de la personalidad, así como el derecho de la mujer a la salud, especialmente la sexual y reproductiva, en la práctica ofrecieron muy poco al momento de desentrañar qué significaba dar muerte a una mujer por el hecho de serlo. Es evidente como en ciertos casos, desatender de alguna manera el principio de estricta legalidad hace inoperantes las normas más progresistas o incluso mejor intencionadas.

Así pues, desde el 2008 ya existía en el Código Penal colombiano el feminicidio contemplado como una agravante del tipo básico de homicidio. La redacción de la agravante permitió que la doctrina considerara que su fundamento era el especial desvalor que merecía el móvil discriminatorio de la conducta delictiva. Así lo señalan CADAVID y URQUIJO al referirse a esta agravante:

(...) circunstancia que desvalora con mayor severidad los motivos discriminatorios de la conducta delictiva, reforzando la posición de la mujer en circunstancias de inequidad derivadas del género.

Esta última [la agravante] no apela a otras calidades del sujeto pasivo o a su relación de parentesco con el agresor, sino a los motivos jurídicamente desaprobados que revele este último para el ejercicio de la conducta, en relación con la condición de mujer de la víctima.

De este modo, la amenaza punitiva se dirige especialmente hacia la discriminación, que es en donde se origina uno de los principales riesgos de la violencia en contra de la mujer, en consonancia con los motivos que dan origen a esta Ley.⁶¹

Sin embargo, por más disquisiciones que hiciera la doctrina sobre el fundamento de la nueva agravante o sobre qué recaía la amenaza punitiva, la jurisprudencia no se ocupó en profundidad de escudriñar qué pudiera significar o implicar “el hecho de ser mujer” como móvil de una conducta delictiva, o en qué manera se manifestaba en la conducta. Así, el

⁶¹ CADAVID y URQUIJO. *Colombia. Ley 1257...* Op. cit., p. 125

feminicidio se reducía a aquellos eventos muy “obvios” o evidentes de misoginia, como lo sería por ejemplo el caso de las mujeres arrojadas en el *Campo algodónero*, en el que según la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos, ya muchas veces referida, las mujeres tenían signos de violencia sexual, mutilaciones y otros ataques.

Por lo anterior, la jurisprudencia nunca logró decantarse en la aplicación de la agravante. Empero, pocos meses antes de que se promulgara la ley que tipificaba el feminicidio – y que derogó la agravante del homicidio que hemos venido estudiando –, la Corte Suprema de Justicia profirió una sentencia que merece ser destacada.

4.2. La sentencia del 4 de marzo de 2015, de la Corte Suprema de Justicia – Sala Penal.

Con ponencia de la Dra. Patricia Salazar Cuéllar, bajo el radicado 41457, el 4 de marzo de 2015 la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre el recurso de casación interpuesto por la representación de la víctima, contra un fallo del Tribunal Superior de Medellín que excluyó la aplicación de la agravante del artículo 104, núm. 11.

Los hechos materia del proceso pueden sintetizarse como sigue:

En el año 2009, Alexander de Jesús Ortiz Ramírez, propinó nueve puñaladas a Sandra Patricia Correa, por un supuesto ataque de celos. Luego, y a pesar de la resistencia de Sandra Patricia, él se mantuvo viviendo en la casa, ejerciendo un control constante sobre su toma de decisiones y amenazándola con llevarse a la hija en común si era expulsado de la casa. Luego, en septiembre de 2012, arremetió a golpes contra Sandra Patricia por encontrarla chateando cuando regresó del trabajo. Asimismo, la asediaba constantemente, llamándola para cerciorarse de que estuviese sola en todo momento, y advirtiéndole que “por sobre su cadáver” ella conseguiría una pareja diferente. En noviembre de ese mismo año, en un motel de la ciudad, Ortiz Ramírez la apuñaló en el tórax causándole la muerte.

En primera instancia, el Juzgado 4 Penal del Circuito de Medellín condenó a Ortiz Ramírez por el delito de homicidio agravado, imponiéndole la pena de 280 meses de prisión. Desatando el recurso de alzada interpuesto por el defensor del procesado, el Tribunal Superior de Medellín modificó la sentencia de primera instancia, excluyendo la agravante 11 del artículo 104 y, en consecuencia, disminuyendo la pena a imponer a 200 meses de prisión.

Según lo expuesto en la demanda de casación, el Tribunal consideró que la muerte de Sandra Patricia Correa “*se trató simplemente de un crimen pasional originado en los celos y que en ningún momento el procesado le causó la muerte a su pareja por el hecho de ser mujer.*”

En palabras del Tribunal Superior de Medellín, según cita que se hace por la Corte Suprema:

El feminicidio — siguió el ad quem —, neologismo empleado para designar el asesinato evitable de mujeres por razones de género (como así lo definió la Corte Interamericana de DD.HH en una sentencia que condenó al Estado de México por la muerte de varias mujeres en ciudad Juárez en el año 2001), es un delito motivado por la misoginia, que implica el desprecio y odio hacia las mujeres, lo cual ciertamente no aplica en este caso, donde aquello que originó el actuar del procesado fue la celotipia de un compañero sentimental, que lo llevó al absurdo de acabar con la vida de su compañera, contra quien por la misma razón había atentado en ocasión pasada.

La Corte Suprema expuso que si bien su decisión no tendría repercusiones prácticas en el caso, era menester dictar esta Sentencia para desarrollar la jurisprudencia en un tema tan complejo como la definición del feminicidio - que si bien para entonces no estaba tipificado como delito autónomo, ya empezaba a perfilarse como tal -.

Para la corporación, las características que debe revestir una conducta para ser catalogada como un feminicidio son las siguientes:

- i. El acto violento está determinado por una relación de dominación y subordinación
- ii. Prácticas constantes de “cosificación” de la mujer por parte del sujeto activo de la conducta. Negación de su libertad, autonomía y capacidad de decisión.

Así las cosas, estimó la Sala Penal que no es prudente reducir la fórmula contenida en la Sentencia del 16 de Noviembre de 2009 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos – *Campo algodonero* -, a los “eventos obvios” de delitos cometidos por razones de género, es decir, en aquellos eventos en los cuales el delito está motivado indudablemente por la misoginia.

Por ello, apartándose de la interpretación tan restrictiva que hiciera el Tribunal Superior de Medellín de la agravante 11, consideró la Corte que

Matar a una mujer porque quien lo hace siente aversión hacia las mujeres, no se duda, es el evento más obvio de un “homicidio de mujer por razones de género”, que fue la expresión con la cual se refirió al feminicidio la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del 16 de noviembre de 2009, expedida en el caso GONZÁLEZ Y OTRAS (“CAMPO ALGODONERO”) VS. MÉXICO. Pero también ocurre la misma conducta cuando la muerte de la mujer es consecuencia de la violencia en su contra que sucede en un contexto de dominación (público o privado) y donde la causa está asociada a la instrumentalización de que es objeto.

En otros términos, se causa la muerte a una mujer por el hecho de ser mujer, cuando el acto violento que la produce está determinado por la subordinación y discriminación de que es víctima, de lo cual resulta una situación de extrema vulnerabilidad. Este entorno de la violencia feminicida, que es expresión de una larga tradición de predominio del hombre sobre la mujer, es el que básicamente ha servido de apoyo al legislador para considerar más grave ese tipo de violencia que se genera en un contexto de desigualdad y que se busca contrarrestar legítimamente con la medida de carácter penal examinada e igual con las demás de otra naturaleza adoptadas en la Ley 1257 de 2008.

Y agregó la Corte

Particularmente, en contextos de parejas heterosexuales — que conviven o se encuentran separadas —, el maltrato del hombre para mantener bajo su control y “suya” a la mujer, el acoso constante a que la somete para conseguirlo, la intimidación que con ello le produce, el aumento en la intensidad de su asedio y agresividad en cuanto ella más se aproxima a dejar de “pertenerle” y la muerte que al final le causa “para que no sea de nadie más”, claramente es el homicidio de una mujer por el hecho de ser mujer o “por razones de género.

Sin embargo, también fue clara la Corte al afirmar que no por el hecho de que exista una relación de pareja entre víctima y victimario, entonces debe imputarse de forma ineludible la

agravante de que habla el artículo 104-11, ya es necesario que se configure una conducta con las características ya enunciadas.

En palabras de la Sala Penal

Ese elemento adicional que debe concurrir en la conducta para la configuración de la agravante punitiva del feminicidio, es decir, la discriminación y dominación de la mujer implícita en la violencia que provoca su muerte, obviamente debe probarse en el proceso penal para que pueda reprocharse al autor. En consecuencia, en ningún caso cabe deducirla de la simple circunstancia de ser el autor del delito un hombre y la víctima una mujer, sino que ha de fundarse en evidencias demostrativas de la situación de abuso de poder en que se encontraba la última.

Si bien ya hemos traído a colación varios apartes de la sentencia, la Corte esbozó consideraciones adicionales que nos parecen de la mayor relevancia para el objeto del presente trabajo. Por ello, nos permitiremos citarlas *in extenso*:

El procesado ALEXÁNDER DE JESÚS ORTIZ RAMÍREZ, **más allá de los celos, que en casos como el presente son la expresión del macho dominante que no reconoce la libertad de su pareja para dejarlo**, claramente nunca vivió una situación como la descrita en la norma transcrita, que con seguridad obligaría otras consideraciones. Simplemente, “por sospecha de que la persona amada mude su cariño” (que es como el diccionario de la Real Academia Española define “celoso” o “celosa”), resolvió perseguir a Sandra Patricia Correa y acuchillarla nueve veces (...)

Se demostró con la versión anterior, no hay duda, que el procesado, como si se tratara de una cosa, sentía de su propiedad a Sandra Patricia Correa. Era evidente que la negaba como ser digno y con libertad. La discriminaba. La mantenía sometida a través de la violencia constante. Después de apuñalarla tuvo el descaro de instalarse nuevamente en su casa, contra la voluntad de ella, cuando aún se recuperaba de las heridas físicas que le había causado. Nunca dejó de acosarla. Nunca de intimidarla. Ella no dejó de pedirle que se fuera. Y cuando al fin se marchó, luego de una nueva agresión física, la continuó hostigando, le siguió haciendo saber que era él o ninguno y que la mataría.

Todo eso, claramente para la Corte, **no es una historia de amor sino de sometimiento de una mujer por un hombre que la considera subordinada** y se resiste al acto civilizado de entender que la debe dejar en paz porque ella ya no lo quiere, y elige ejecutar el acto más contundente de despotismo que es la eliminación de la víctima de la relación de poder.

Es manifiesto, entonces, que el procesado cometió el homicidio contra Sandra Patricia Correa “por el hecho de ser mujer” y en esa medida se equivocó la segunda instancia al suprimir esa circunstancia del atentado contra la vida, la cual hizo parte del cargo libremente aceptado por ALEXÁNDER DE JESÚS ORTIZ RAMÍREZ. Por ende, se casará parcialmente el fallo impugnado para declarar que en la conducta concurrió la agravante 11 del artículo 104 del Código Penal. (Negrilla por fuera del original).

Estimamos encomiable el esfuerzo que, para desarrollar la jurisprudencia, hizo la Corte a efectos de dilucidar qué significado podría tener la expresión “*por el hecho de ser mujer*” empleada en la agravante 11 del homicidio. Así, la corporación se aparta de una concepción reduccionista que entiende el feminicidio circunscrito a la misoginia sistemática o crímenes en serie que victimizan a determinadas mujeres en el ámbito público, para considerar que la agravante se refiere también a las muertes de mujeres ocurridas en el ámbito privado y que estuvieron atravesadas por la violencia reiterada, la limitación de la autonomía y la capacidad de decidir, la amenaza y, en fin, el rechazo al libre ejercicio de la personalidad y la condición de género. En otras palabras, delitos cometidos por motivos sexistas. De esta manera, se interpretó la agravante de una forma más acorde con los componentes que se le han reconocido al feminicidio desde su desarrollo en las ciencias sociales.

Pero ante la reciente tipificación del feminicidio como un delito autónomo y su pretensión de totalidad, queriendo abarcar todos los posibles supuestos en que pudiera configurarse la conducta típica, se hace más imperiosa la labor de interpretación. En adelante abordaremos esa cuestión.

4.3 La Ley 1761 de 2015 – Ley Rosa Elvira Cely

La Ley Rosa Elvira Cely, promulgada el 6 de julio del 2015, constituye la tipificación más reciente del delito de feminicidio en América Latina.

El articulado de la ley incorpora al Código Penal colombiano los artículos 104A – tipo básico de feminicidio – y 104 B – agravantes específicas -, dentro del Título de “Delitos contra la vida y la integridad personal”. Además, deroga el numeral undécimo del artículo 104 del Código Penal; esto es, la agravante que se viene de estudiar. Salta de bulto que haberla conservado implicaría un concurso aparente de leyes, donde el intérprete habría tenido que decantarse por el tipo de feminicidio, debido a su mayor riqueza descriptiva. De esa manera,

la agravante habría devenido inútil, sin que ningún criterio de interpretación – por ejemplo, aquel de “efecto útil de la norma” – pudiera aplicársele sin vulnerar garantías fundamentales.

Entre los trece artículos de la ley, se encuentran normas que definen su objeto; consagran el tipo penal de feminicidio y sus agravantes; modifican disposiciones sobre preacuerdos y aumentos de pena; consagran principios rectores en materia de investigación y juzgamiento del feminicidio; enuncian las actuaciones jurisdiccionales que deben desarrollarse con diligencia; establecen la obligatoriedad y características de la investigación del feminicidio; y disponen la conformación de estructuras y adopción de medios para la atención, protección y asistencia técnico legal de mujeres víctimas de violencia de género.

Al tenor del artículo 1º, la ley tiene por objeto, entre otros, “*tipificar el feminicidio como un delito autónomo, para garantizar la investigación y sanción de las violencias contra las mujeres por motivos de género y discriminación*”. A continuación, en su artículo 2º, consagra el delito de feminicidio, al siguiente tenor:

Artículo 104A. Feminicidio. Quien causare la **muerte** a una mujer, **por su condición de ser mujer o por motivos de su identidad de género o** en donde **haya concurrido o antecedido cualquiera de las siguientes circunstancias**, incurrirá en prisión de doscientos cincuenta (250) meses a quinientos (500) meses.

- a) Tener o haber tenido una relación familiar, íntima o de convivencia, de amistad, de compañerismo o de trabajo **y** ser perpetrador de un **ciclo de violencia física, sexual, psicológica o patrimonial que antecedió el crimen contra ella**.
- b) Ejercer sobre **el cuerpo y la vida** de la mujer actos **de instrumentalización de género o sexual** o acciones de **opresión y dominio** sobre sus **decisiones vitales y su sexualidad**.
- c) Cometer el delito en **aprovechamiento de las relaciones de poder ejercidas sobre la mujer**, expresado en la jerarquización personal, económica, sexual, militar, política o sociocultural.
- d) Cometer el delito para **generar terror o humillación** a quien se considere enemigo.

- e) Que existan **antecedentes** o **indicios** de cualquier tipo de **violencia o amenaza en el ámbito doméstico**, familiar, laboral o escolar por parte del sujeto activo en contra de la víctima o de **violencia de género** cometida por el autor contra la víctima, independientemente de que el hecho haya sido denunciado o no.
- f) Que la víctima haya sido incomunicada o privada de su libertad de locomoción, cualquier que sea el tiempo previo a la muerte de aquella.

(Negrilla y subrayado por fuera del original)

La confección de la norma es bastante compleja, lo que dificulta su interpretación y eventualmente, su aplicación. Sin embargo, se hará una propuesta al respecto, tratando de salvar algunas de las contradicciones o redundancias en que incurre el tipo, pero no sin antes ocuparnos de una aproximación hacia el bien o bienes jurídicos objeto de tutela.

4.4. Bienes jurídicos tutelados por el tipo de feminicidio: aproximaciones y reflexiones

Además de las dificultades intrínsecas de trasladar un concepto desarrollado en las ciencias sociales, que podría admitir aún cierta depuración, al ámbito del Derecho Penal orientado por principios como la legalidad o lesividad, el feminicidio no ha escapado a las críticas que reprueban su tipificación ante la ausencia de un bien jurídico a tutelar distinto de aquel tutelado por el homicidio⁶².

A la luz de la crítica señalada se ha hablado de una inútil “*sexualización*” del derecho penal, violación de los principios de culpabilidad, mínima intervención y última ratio, pues se trataría de reformas penales que obedecen a momentos meramente conyunturales, e incluso se alega “*que este tipo penal vulneraría el principio de igualdad pues dejaría sin protección no solo al sexo opuesto, sino también a grupos vulnerables como los ancianos, personas con habilidades especiales, niños*”.⁶³

⁶² Una crítica al respecto, desde el funcionalismo y para el caso de Perú, puede encontrarse en UGAZ HEUDEBERT, Juan Diego. *El delito de feminicidio en el Perú: ¿excesiva victimización de la mujer?* En: *Feminicidio y Discriminación Positiva en Derecho Penal*. Lima: ARA Editores, 2012. Pág 148.

⁶³ BRINGAS FLORES, Sandra. *¿Necesidad de sexualizar el derecho penal? A propósito de la Ley No. 29819*. En: *Revista Derecho y Cambio Social*. No. 28. (31 de Marzo de 2012); La Molina, Lima – Perú. Disponible en:

Así como la tipificación de esta conducta de manera más o menos dispersa a nivel latinoamericano impide un estudio sistemático y de derecho comparado que sea exhaustivo, igualmente es un escollo para trasladar los variados reproches que emergen desde la doctrina de cada país. Empero, aquel referido a la ausencia de bien jurídico tutelado adicional a la vida, es una constante.

Frente a la discusión del bien jurídico, se ha optado por tres alternativas: i) eludirla; ii) sostener que el feminicidio es un delito pluriofensivo y iii) proponer un bien jurídico adicionalmente protegido.

Antes de abordar estas respuestas, es pertinente reiterar que la noción de bien jurídico nos parece un elemento irrenunciable del injusto, y por ello hemos dedicado un acápite a su exploración en el primer capítulo de este trabajo. El bien jurídico debe mantenerse como un verdadero límite al ejercicio del *ius puniendi* estatal; es así como en la medida en que se verifique una ausencia de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, esa conducta se encontrará por fuera de los alcances del derecho penal. En este orden de ideas, si bien las distintas críticas que se mencionaron en párrafos precedentes pudieran ser salvables de alguna manera, a partir de entender el feminicidio como una acción afirmativa que pretende la igualdad material y sustancial entre hombres y mujeres; o bien considerando que existen manifestaciones de violencia dirigidas específicamente a las mujeres que revisten características especiales que deben ser visibilizadas; o sosteniendo que mediante la tipificación del feminicidio no se vulnera el principio de culpabilidad pues no se sanciona al hombre por ser hombre, sino que se sancionan las conductas que se adecúan a la norma con independencia del sujeto activo⁶⁴, los interrogantes frente al bien jurídico – insistimos – envuelven la mayor importancia.

<http://www.derechocambiosocial.com/revista028/Feminicidio.pdf>

⁶⁴ TOLEDO, *Aproximación a las controversias...*, Op. cit., p. 71 y ss.

Ahora bien, entre las distintas alternativas que señalamos pueden ser acogidas para atender la discusión sobre el bien jurídico, podría sostenerse que por la primera de ellas han optado algunas legislaciones que, como la sueca, contemplan idéntica sanción tanto para el homicidio como para el feminicidio. De esta manera, se han privilegiado los efectos comunicativos de la norma con el propósito de visibilizar una violencia que reviste características particulares, pero que realmente no merece una mayor sanción en tanto no lesiona un bien jurídico distinto de la vida.

La segunda postura señala que el delito como feminicidio ofende además de “*la vida, la salud, la integridad física, o psíquica*” derechos fundamentales como la dignidad de la persona. Y frente a la objeción de que una conducta pluriofensiva de ese talante puede ser reconducida a un concurso de delitos contra la vida, libertad de locomoción y libertad sexual, se ha aducido que existe un “*elemento adicional que se encuentra dado precisamente por la discriminación y subordinación implícita en la violencia que de ellas [las mujeres] son víctimas*”⁶⁵. Pero pareciera que en el fondo esta postura encuentra su fundamento, no en la pluriofensividad del feminicidio, sino en un plus de antijuridicidad, sustentado en el reconocimiento de una situación de discriminación en contra de la mujer.

Una variante de esta postura es aquella que señala que además de los ya mencionados bienes jurídicos, el feminicidio atenta también “*contra la prohibición de conductas discriminatorias violentas en un ámbito concreto*”.⁶⁶ Pero esta alternativa nos merece un enérgico rechazo, pues considerar que el bien jurídico tutelado pueda ser la mera vigencia de una norma socava la fuerza limitadora de dicha institución al prescindir de toda dañosidad social. Con claridad lo explica el profesor ALFONSO CADAVID:

(...) al bien jurídico ha querido desde siempre conferírsele un valor crítico, de superlativa importancia, que permita poner freno a la desmesura del legislador (...) puesto que solo habría de adquirir la entidad de bien jurídico alguna realidad con trascendencia social constatable, que reconocida por la norma, diera lugar a la tipificación de la conducta atentatoria de la misma; y su potencialidad limitadora del legislador se haría inocua si el mismo determinara con el proferimiento de la norma correspondiente, aquello que hubiera

⁶⁵ TOLEDO. *Aproximación a las controversias* ..., Op. cit., p. 71

⁶⁶ TOLEDO. *Aproximación a las controversias* ..., Op. cit., p. 72

de constituir objeto de protección; si el criterio controlador fuera creado por la realidad sujeta a control.⁶⁷

La tercera respuesta que se ha dado a la pregunta del bien jurídico tutelado por el feminicidio, tiene dos variantes reconocidas: la primera, señalar que el feminicidio protege el derecho humano de las mujeres a vivir una vida libre de violencia, consagrado en diversos tratados internacionales⁶⁸, como por ejemplo la *Convención de Belén Do Pará*. Una vida libre de violencia incluye, entre otros, el derecho a no sufrir vejaciones a raíz del género o discriminación con fundamento en patrones y estereotipos culturales y de género⁶⁹.

La segunda variante es la propuesta por MIGUEL ONTIVEROS ALONSO específicamente para la legislación mexicana: entender que además de la vida, el feminicidio tiene como objeto de protección el bien jurídico de la *condición de género*⁷⁰. Sobre esta propuesta quisiéramos ocuparnos con algún detalle.

Para ONTIVEROS ALONSO, aunque la consagración de un tipo penal como el que estudiamos sea el cumplimiento por parte de los Estados del derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia, dicho compromiso no sería propiamente el objeto de tutela. Puede entreverse que la propuesta del autor gira en torno a dos pilares: la comprensión del bien jurídico como “*interés social, indispensable para la vida en comunidad y digno de protección por el Derecho Penal*” y la premisa de que la comisión del feminicidio se traduce, primero, en la privación de la vida de la mujer, pero sobre todo, que esa muerte sea motivada por la condición de género de la víctima; de este elemento subjetivo del injusto se deriva la legitimidad de un tipo penal separado del homicidio.

⁶⁷ CADAVID QUINTERO, Alfonso. *Introducción a la teoría del delito*. Medellín: Editorial Diké, 1998. p. 171.

⁶⁸ Los tratados internacionales sobre la erradicación de la violencia y discriminación contra la mujer pueden encontrarse en el siguiente link <http://www.un.org/es/events/women/iwd/2007/resources.shtml>

⁶⁹ GONZÁLEZ VELÁZQUEZ, Rocío. *Cuando el derecho penal no basta. Reflexiones en torno a la tipificación del feminicidio en México*. En: Revista Jurídica de la Universidad Autónoma Metropolitana. No. 87 (mayo-agosto, 2014); p. 288. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33515.pdf>

⁷⁰ ONTIVEROS ALONSO, Miguel. *¿Tipificación del feminicidio? Apuntes para el debate*. En: *Libro homenaje a Ricardo Franco Guzmán*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2008.. ⁷⁰Ibid., pp. 541 y 548.

Entonces, concluye que el feminicidio protege conjuntamente a la vida y a la condición de género de la mujer, lo que explica brevemente así:

[Se afectan] la vida, a través de su privación, y la condición de género, mediante el elemento subjetivo del injusto que impulsa al autor a desplegar su conducta feminicida sobre la mujer (...)

Así, el delito de homicidio que actualmente protege la vida de todo ser humano no requiere para su integración más que la puesta en peligro o lesión del bien jurídico denominado vida. Esto, con independencia de que exista cualquier motivación secundaria en el sujeto activo.⁷⁰

Hemos señalado ya como las tipificaciones del feminicidio a nivel latinoamericano no son uniformes, lo que impide trasladar algunos reproches y consideraciones generales de unas legislaciones a otras. Con todo, creemos que el planteamiento del profesor MIGUEL ONTIVEROS pudiera ser acogido para la legislación colombiana, con ciertos matices y elaboraciones.

4.5. La condición de género como bien jurídico tutelado

De antemano, debemos establecer ciertos criterios que serán el punto de partida para desarrollar brevemente nuestra postura. El primero de ellos ha de ser la fuente del bien jurídico. Una caracterización generalísima de las posibilidades de origen del bien jurídico permite señalar tres corrientes: i) las teorías constitucionales – amplias y estrictas- y ii) las teorías sociológicas. Las divergencias se estructuran a partir de determinar si los bienes jurídicos debieran ser extraídos del catálogo de bienes consagrados en la Constitución, o de las estructuras sociales.⁷¹

No cabe duda de que el catálogo de derechos de nuestra Constitución debe ser un criterio valorativo que oriente la tarea del legislador, pero compartimos el criterio que ya expresaba FRANZ VON LISZT, en el sentido de que el bien jurídico surge de la vida social, o de las

⁷¹ Una explicación más detallada puede encontrarse en la obra de CADAVID QUINTERO: *Introducción a la teoría del delito*. pp. 110 y ss

relaciones sociales que entretengan los individuos⁷². Dichas relaciones, aunque valoradas positivamente por el legislador, pudieran no tener fomento de rango constitucional, sin que ello *per se* sea óbice para su tutela penal.

Ahora, sobre el contenido del bien jurídico, ya señalamos que lo estimamos como las condiciones que propician la normal participación de un individuo en sociedad. BUSTOS RAMÍREZ propone que el ordenamiento lo que hace es “*fijar o seleccionar ciertas relaciones dentro de lo cual la norma prohibitiva o de mandato, a su vez selecciona un determinado ámbito de ella*”. Matizando ese planteamiento a partir de las consideraciones expresadas por CADAVID QUINTERO⁷³, sostenemos que ese ámbito de la relación social o de la posición que el individuo ocupa dentro de ella, seleccionado por la norma, es el que constituye las condiciones promotoras de la participación del individuo en condiciones pacíficas y libres.

Afirmando entonces como bien jurídico esas condiciones que permiten la participación en sociedad, y siendo a la par evidente que las sociedades se van transformando, es dado concluir que será el desarrollo social el que vaya determinando los bienes jurídicos a tutelar. Lo anterior es ejemplificado por BUSTOS RAMÍREZ de una manera que, por su claridad y pertinencia para este trabajo, nos permitiremos transcribir *in extenso*:

En el último tiempo, sobre todo después del Congreso de La Haya de derecho penal Internacional, hay un cierto consenso en que se debe introducir reformas en materia de los delitos contra las buenas costumbres y la familia o, según los casos, contra la honestidad. Es así como, dentro de estos delitos, **se considera que debe suprimirse el delito de adulterio. Y ello en razón de que el desarrollo histórico social actual ha transformado el contenido de la relación social y con ello la posición que ocupan marido y mujer dentro de ella. La desigualdad fundada en el sexo ha desaparecido**, el sistema fundado en la autoridad absoluta del pater familias, ha sido superado. La mujer y el hombre se han incorporado con igual de derechos en toda la actividad social, y el hecho del matrimonio no impone una dependencia sino una interdependencia social particular e íntima. **De ahí que, frente a este desarrollo actual, resulta totalmente trasnochada la disposición que exige de responsabilidad criminal al marido que mata a su mujer sorprendida in fraganti delito de adulterio, (...) Pero no solamente tal disposición resulta obsoleta, sino también la que castiga el delito de adulterio de la mujer, ya que las relaciones matrimoniales surgen dentro de un libre e igualitario marco de intimidad social, que, por ello mismo, no puede dar origen a una sanción penal si es que no se quiere justamente destruir esa fina relación social que no admite o no puede**

⁷² BUSTOS RAMÍREZ. *El Injusto...* Op. cit., p. 19

⁷³ CADAVID QUINTERO. *Introducción...* Op. cit., p. 134

tolerar la brutalidad de la coerción penal. Las decisiones dentro del matrimonio deben quedar necesariamente dentro del acuerdo interpersonal o del logro de una determinada moral social, y la transgresión de la confianza existente entre marido y mujer sólo puede dar origen a sanciones de carácter privado, esto es, causal de divorcio, elemento de juicio para determinar a quién pertenece la custodia de los hijos, etc.⁷⁴ (Negrilla por fuera del original).

Aterrizando las consideraciones precedentes al delito de feminicidio en Colombia, estimamos que el tipo penal busca tutelar la vida conjuntamente con la condición de género de la mujer, pues constituye – valga la redundancia – las condiciones que permiten a la mujer su realización vital.

Producto del devenir histórico y la transformación social a los que hemos venido aludiendo como parámetros de delimitación del contenido del bien jurídico, es que el legislador ha querido recoger la condición de género femenino como un objeto de tutela penal. Aunque la concreción del significado de condición de género ha sido obviamente una construcción de campos diferentes al Derecho, existe un consenso aproximado al respecto.

De manera sucinta, interesa indicar que el sexo es algo diferente del género. El sexo es un distingo hecho entre hembras y machos a partir de las correspondencias entre tres componentes: el sexo cromosómico o genético, el sexo hormonal y el sexo anatómico.

A partir de dichos criterios biológicos se adjudica un género conformado por todas las expectativas, parámetros, prácticas, expresiones y restricciones sistemáticas para los machos, bajo el género masculino, pero especialmente para las hembras, bajo el género femenino. El género es, en otras palabras, el determinado discurso que recae sobre los seres humanos a partir de su sexo biológico, o como lo expresan algunos autores, el género es “*el cuerpo informado lingüísticamente*”.⁷⁵ Y es dentro de este discurso que atraviesa los cuerpos sexuados, que a la mujer se le ha conferido una naturaleza frágil, dependiente, débil,

⁷⁴ BUSTOS RAMÍREZ. *El Injusto...* Op. cit., p. 19

⁷⁵ GARCÍA SUÁREZ, Carlos Iván. *Diversidad sexual en la escuela*. Bogotá: Colombia Diversa, 2007. p. 18.

subsumida en las labores domésticas y de crianza de los hijos y subordinada a la potestad del *pater familias* y luego a la potestad marital⁷⁶.

Estas expectativas y normas de actuación son determinadas y construidas socialmente; surgen de la interacción de los individuos y se van perpetuando históricamente. Este proceso en el que se aprenden y transmiten las características culturalmente específicas que identifican el comportamiento social de mujeres y hombres y la relación entre ellos, se ha denominado socialización de género. Ello significa entonces que más que diferencias biológicas o naturales, las diferencias entre géneros se erigen a partir de estereotipos de género, la división sexual del trabajo y modelos de feminidad y masculinidad.

A la luz de lo expuesto, cuando el feminicidio se verifica en los supuestos de hecho contemplados por la norma, así como con las exigencias en lo que al ánimo discriminatorio concierne, se atenta – es evidente – contra la vida de la mujer, pero también contra su condición (o decisión) de género. Ese ánimo discriminatorio surge porque la mujer ha pretendido expresar su género de una manera que contraviene la construcción que de su rol ha hecho el devenir histórico y social, lo que hace surgir en el autor ese afán por negar el ejercicio de su condición de género que hace la mujer de manera autónoma. En otras palabras, el autor desea neutralizar las exteriorizaciones que la mujer hace de su condición y que subvierten la jerarquía de géneros, empleando la violencia como mecanismo para conservar la subordinación femenina ante el ejercicio del poder.

Y la subversión de la condición de género impuesta socialmente al sexo femenino no se configura tan solo cuando la mujer, en un sentido biológico, desea comportarse de manera

⁷⁶ En Colombia, por ejemplo, solo hasta 1932 se le confirió capacidad civil a la mujer casada. Anteriormente, la mujer estaba supeditada a la potestad marital, lo cual algunos tratadistas atribuían a su “*destino especial*”. Entre ellos, el notable jurista y tratadista Fernando Vélez, quien al ocuparse del estudio de las obligaciones de cada cónyuge, sostenía que estas habían sido fijadas por la ley teniendo en cuenta “*la condición y destino especial de cada sexo*” Así, la mujer debe obediencia al marido, mientras que el marido le debe protección, ya que es él quien “*representa la fuerza y la aptitud para los negocios*”. En el caso de la obediencia, esta se exige de la mujer porque el matrimonio requiere unidad, para lo cual debe tener uno de los cónyuges la dirección de la familia, la cual pertenece al hombre debido a que “*su modo de ser, o sus condiciones personales, indican que es el más propio para jefe de aquella*”. Al respecto, véase VÉLEZ URIBE, Fernando. *Estudio sobre el derecho civil colombiano*. Tomo I. Medellín: Imprenta del Departamento, 1898. p. 161.

autónoma desde esferas como la patrimonial o la sexual, sino también cuando seres cuyo sexo asignado al nacer no fue el de hembra se reconocen como mujeres; es decir, cuando varones, desde un punto de vista estrictamente biológico, construyen su identidad de género como una femenina. Ello corresponde al transgénero de machos que optan por una condición de género femenina, construyendo así su identidad de género a partir de la percepción psicológica de sí mismos y la apariencia y formas comunicativas mediante las que expresan dicha percepción. Estos últimos supuestos, que configuran una condición de género adoptada en ejercicio del desarrollo de la personalidad, y no el replanteamiento o resignificación de una ya asignada al nacer, parecieran también estar contemplados por el tipo penal de feminicidio, cuando se refiere a los motivos de identidad de género que mediaron la muerte de una mujer. Sobre la interpretación de la norma en ese sentido nos ocuparemos más adelante.

Entonces, aunque un homicidio cualquiera de una mujer y un feminicidio recaen ambos sobre un mismo objeto material o sensorialmente perceptible, como es el cuerpo de la mujer, ello no es óbice para entender que en el feminicidio pudieran afectarse dos bienes jurídicos, pues la condición de género no tiene por qué coincidir con algún objeto sensorialmente perceptible.

En este hilo de argumentación, si la muerte de una mujer se produce por su condición de mujer o su identidad de género o en las determinadas circunstancias contempladas en el tipo penal, el desvalor de resultado consistiría en la perturbación de la relación social entre la mujer y su condición de género, requisito indispensable para su realización vital, y no en la vulneración de un objeto sensible o palpable. Y preferimos esta postura frente a otras que sostienen la tipificación del feminicidio como una simple *discriminación positiva*, no solo por la connotación negativa que pueden tener esos términos⁷⁷, sino porque estructurar una

⁷⁷ En palabras de María Macías, “Esta expresión [discriminación positiva] ha sido calificada de tendenciosa dada la contradicción existente entre los vocablos que lo componen, ya que resulta, cuanto menos, complejo comprender como es posible que una diferencia de trata basada en razones como el sexo pueda invertirse de manera que la discriminación deje de serlo y no resulta, entonces, contraria al ordenamiento jurídico (...)” En: MACÍAS JARA, María. *Algunas precisiones en torno a la noción de acción positiva*. En: GARCÍA INDA, Andrés y LOMBARDO, Emanuela (Coords.). *Género y Derechos Humanos*. Zaragoza: MIRA Editores, 2002. pp. 165 - 182

fundamentación del tipo penal a partir de un bien jurídico permite ofrecer un referente de dañosidad social absolutamente imprescindible en el ejercicio del *ius puniendi*, y orienta la aplicación del tipo a partir de la función interpretativa del bien jurídico.

Pero también es importante precisar que la decisión político criminal de proteger el ejercicio y construcción autónomo y libre que de la condición de género hace la mujer, no se fundamenta en establecer olímpicamente una jerarquía de agresiones, o de subestimar la vida del género masculino frente al femenino. MIR PUIG sostiene que para que un bien jurídico adquiera la categoría de bien jurídico penal, deben satisfacerse dos requisitos: importancia social y necesidad de protección por el derecho penal⁷⁸. Este aserto se trae a colación para significar que proteger la condición de género de la mujer no significa ir en desmedro de la condición de género masculino, o una afirmación de su carencia de importancia. Las condiciones de género de todos los seres humanos, en tanto permiten su participación en el sistema social de manera libre y autónoma, merecen la tutela del Estado. Es solo que razones de política criminal y especialmente fines preventivos, llevan al legislador a seleccionar ciertos ámbitos de algunas relaciones sociales para dispensarles la tutela propia de la *ultima ratio*: el Derecho Penal. Pero parece justificado sostener que ese carácter fragmentario tiene por lo menos dos implicaciones: la intervención del Derecho Penal solo ante las ofensas más intolerables a bienes jurídicos y cuando ya han fallado todos los mecanismos de intervención; pero también la comprensión de que al Derecho Penal le preceden entonces toda una serie de medios de protección que el ordenamiento dispensa a los bienes jurídicos – no penales. Son esos otros medios precedentes los que amparan la condición de género tanto femenina como masculina.

Para concluir, si bien acogemos la tutela de la condición de género femenino por el Derecho Penal ante la ofensa más intolerable de todas, entendemos que la muerte de la mujer se produce las más de las veces como extremo a un *continuum* de violencia. En ese orden de ideas, las medidas administrativas como las contempladas en la Ley 1257 de 2008 habrán de ser fortalecidas para que su intervención, por supuesto precedente a la del Derecho Penal, sea

⁷⁸ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal, parte general*. 9ª ed. Barcelona: IB de F, 2011. p. 161.

suficientemente efectiva en la salvaguarda de la mujer y no se espere al arribo de las instancias más extremas para dispensar la protección que prevé el ordenamiento jurídico.

4.6 Contenido del tipo penal básico: algunas cuestiones problemáticas de su interpretación

En primer lugar, consideramos que el tipo penal consagra tres supuestos diferentes en los que se da muerte a una mujer: (i) por su condición de ser mujer; (ii) por motivos de su identidad de género y (iii) un último supuesto que pudiera considerarse cualificado, y es aquel en el que concurren algunas de las circunstancias que seguidamente enuncia la norma.

Estimamos que, de conformidad con lo que ha sido el desarrollo del concepto de feminicidio desde la sociología y la antropología, así como la jurisprudencia internacional y la – escasa – nacional, el tipo penal requiere de un elemento subjetivo especial: la motivación discriminatoria. Y no nos parece descabellado sostenerlo así, si se tiene en cuenta que el artículo 7 de la misma ley, al enunciar las actuaciones judiciales en las que las autoridades deben obrar con especial diligencia, señala entre ellas *“la determinación de los elementos subjetivos del tipo penal relacionado con las razones de género que motivaron la comisión del delito de feminicidio.”*

La exigencia de unos motivos determinados para la configuración del feminicidio ya se planteaba desde la misma estructuración del concepto en las ciencias sociales. En palabras de DIANA RUSSELL:

Aunque a veces puede ser difícil, o hasta imposible, inferir los motivos que un agresor tiene para quitar la vida a una mujer, todos los crímenes de odio requieren la valoración de los motivos de los criminales. Así, por ejemplo, **cuando el sexo femenino de una víctima es irrelevante para su perpetrador, estamos tratando con un asesinato no feminicida.** Por ejemplo, un varón armado que dispara y mata a los propietarios,

hombre y mujer, de un supermercado en el trascurso de su crimen, no ha cometido feminicidio.⁷⁹ (Negrilla por fuera del original).

Incluso, RUSSELL se ocupó de diseñar una codificación de casos y circunstancias que permitían inferir que el agresor albergaba los motivos discriminatorios característicos del feminicidio, especialmente en el feminicidio íntimo, tales como las amenazas repetitivas, control constante, agresiones físicas y sexuales, entre otras; elementos todos que debían establecerse analizando la relación de pareja desde afuera, y los antecedentes del agresor.⁸⁰ Con todo, si bien estimamos que la norma exige la verificación de una motivación discriminatoria, ello solo es necesario para los dos primeros supuestos que hemos delimitado: muerte de una mujer (i) por su condición de mujer o (ii) por motivos de su identidad de género. En este punto es fundamental hacer una precisión:

Como vimos en precedencia al examinar los tipos penales de feminicidio en los Códigos Penales de Guatemala, El Salvador y México, todos ellos introducen una serie de circunstancias que en algunos casos son similares a las del tipo penal colombiano. Sin embargo, emplean distintas fórmulas para ello, tales como “*Se considera que existe odio o menosprecio a la condición de mujer cuando ocurra cualquiera de las siguientes circunstancias...*” (El Salvador), o “*Se considera que existen razones de género cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias...*” (México) o “*Comete el delito de feminicidio quien, (...) diere muerte a una mujer, por su condición de mujer, valiéndose de las siguientes circunstancias...*” (Guatemala).

Así, mientras los Códigos salvadoreño y mexicano parecieran consagrar especies de presunciones, según lo cual al constatarse una determinada circunstancia objetiva, se presumirá que ha concurrido la “*razón de género*” o el “*odio o menosprecio*” o, en fin, el ánimo especial exigido por el tipo, la redacción del Código guatemalteco pareciera señalar, como el colombiano, que la mera verificación de las circunstancias enlistadas sería suficiente

⁷⁹ RUSSEL. *Femicide in a global...* Op. cit., p. 79

⁸⁰ Al respecto, véase PRIETO, Jhoanna y GONZÁLEZ, Yaneth. *Feminicidio y derecho penal: herramientas para su mejor aplicación*. En: Revista Logos Ciencia & Tecnología. Vol 3, No. 2 (enero – junio, 2012); pp. 97-111. Disponible en: <http://revistalogos.policia.edu.co/index.php/rlct/article/download/162/173>

para tipificar la conducta como feminicidio, con prescindencia de cualquier motivo discriminatorio.

Bajo esta argumentación, para el tercer supuesto, que abarca toda una serie de circunstancias lesivas de la víctima en distintas medidas, el legislador penal habría entendido, o bien que el aspecto objetivo de la conducta permite inferir a las claras la presencia del móvil atentatorio contra la condición de género de la mujer; es decir, habría pretendido “traducir”⁸¹ las conductas cuya modalidad las hace demostrativas en sí mismas de su motivación asociada al género; o bien, que ante la verificación de las circunstancias inventariadas en la norma, se estará siempre ante un feminicidio con absoluta indiferencia de la presencia o no de un ánimo especial adicional al dolo.

Dentro de la primera interpretación de la lista de supuestos que venimos tratando, las circunstancias contenidas en aquellos literales habrían de dirigirse entonces a los feminicidios íntimos, pero también a aquellos del ámbito público que hayan sido cometidos por un agresor que sostenía una relación – no íntima – con la víctima, por ejemplo de índole escolar o laboral, previendo la dificultad de la constatación de ese ánimo especial en el autor, y de contera la tipificación de conductas feminicidas. Precisamente, como lo indicaba la sentencia de la Corte Suprema de Justicia ya reseñada en este capítulo, los operadores judiciales han entendido que el feminicidio comprende solo los casos más obvios de misoginia sistemática, asesinos seriales de mujeres u homicidios caracterizados por sórdidos vejámenes a los cuerpos de las víctimas.

Si bien pudiera considerarse que a efectos de conjurar la impunidad que podrían revestir conductas como el feminicidio, es razonable que en los supuestos consagrados en el tipo penal no interesa la existencia de un ánimo discriminatorio, no compartimos esa

⁸¹ Isabel Agatón Santander fue, según lo afirma, una de las promotoras de la ley que tipificó el feminicidio en Colombia. Además, es directora del Centro de Investigación en Justicia y Estudios Críticos del Derecho – CIJUSTICIA. En entrevista que le hicieran el 15 de enero de 2016, la jurista señaló que en la Ley 1761 “*traduce los hechos en los que se evidencia que estamos ante un feminicidio*”. Véase la entrevista en GODOY, Susana. *La impunidad transmite el mensaje de que se puede matar a las mujeres*. Entrevista para el sitio web *feminicidio.net*. Disponible en: <http://www.feminicidio.net/articulo/laimpunidad-transmite-mensaje-se-puede-matar-las-mujeres>.

interpretación. Ya reseñamos cómo, al entender que el tipo busca tutelar tanto la vida como la condición de género, este último bien jurídico se ve afectado cuando origina la discriminación hacia la mujer que a su vez alimenta la resolución criminal. Desechar por completo cualquier aspecto subjetivo distinto del dolo al momento de dar muerte a la mujer, solo porque se han presentado unas circunstancias previas determinadas, sería castigar al autor, no por el hecho singular de dar muerte a una mujer bajo unos motivos que merecen especial reproche, sino por todo su historial comportamental en relación con esa víctima.

Consideramos que la mejor – aunque debatible – forma de conciliar la literalidad de la norma penal, con las consideraciones sobre los bienes jurídicos tutelados, las garantías procesales y el fundamento de la consagración de una conducta como el feminicidio, es interpretar que en los literales del artículo 104A se invierte la carga de la prueba, por lo cual una vez el ente acusador acredite más allá de toda duda razonable que la muerte de la mujer es atribuible al actuar doloso del procesado, y que además se presentaron las circunstancias concurrentes o antecedentes al hecho, corresponderá al procesado desvirtuar el hecho de que su conducta haya estado orientada por sexismo, misoginia o por motivos de identidad de género de la víctima. No es que en los supuestos de muertes de mujeres donde concurren las circunstancias consagradas en los literales del artículo 104A no se requiera la existencia del móvil discriminatorio; se trataría, por el contrario, de una presunción legal de la existencia de tal ánimo subjetivo especial, sin que ello obste para que se admita prueba en contrario, tal como lo enseña el profesor HERNANDO DEVIS ECHANDÍA.⁸² Y un hecho presumido que admite prueba en contrario significa sencillamente una inversión de la carga de la prueba, pues para el caso que nos ocupa, habrá de incumbirle al acusado desvirtuar la existencia del ánimo especial que la ley le atribuye.

Piénsese en el caso que plantea el autor ENRIQUE GIMBERNAT al hacer una crítica a la Ley de Violencia de Género Española:

⁸² DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*: Tomo I. 1 ed. Bogotá: TEMIS, 1974. pp. 194 y 365

Si un marido, después de veinte años de pacífico y feliz matrimonio, da un tirón de orejas a su mujer o un empujón o le propina una colleja, [...] al llegar a su conocimiento que durante los últimos años la esposa ha estado abusando sexualmente del hijo común, naturalmente que debe responder por una falta de lesiones (...) pero mantener que tal conducta debe ser agravada porque la agresión obedece siempre tal como mantienen la LVG [Ley de Violencia de Género] a una <<manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres>> es querer hacernos comulgar con ruedas de molino⁸³

Y variemos un poco el ejemplo: supóngase que ha sido un matrimonio plagado de ataques y manifestaciones violentas del marido hacia la mujer. Sin embargo, un día el hombre llega a su casa y por cualquier circunstancia se entera de que su esposa ha estado abusando sexualmente del hijo común. Esa victimización sexual de su hijo lo motiva a dar muerte a la mujer. De acuerdo al tipo penal colombiano, se ha dado muerte a una mujer y ha concurrido la circunstancia del literal a), lo que pareciera ser suficiente para tipificar el feminicidio. Empero, en nuestro ejemplo hipotético el autor no albergaba las motivaciones misóginas, sexistas o de identidad de género a las que tanto hemos aludido. Aunque quizás pudiese configurarse una atenuante que redujera la pena a imponer, cuantitativamente no es lo mismo atenuar un feminicidio que un homicidio.

Por lo expuesto, consideramos entonces que si bien escudriñar en el fuero interno del autor para desentrañar un ánimo especial de carácter discriminatorio, solo vendría siendo necesario de manera residual para los casos en que no pudieran verificarse alguna de las circunstancias de los literales a) a f) del artículo 104^a, en cualquier caso el procesado debiera poder desvirtuar que en aquellos supuestos ha actuado bajo un ánimo atentatorio contra la condición de género femenino. Y ya para los supuestos no contemplados en dichos literales, deberá el juez acudir al (i) contexto, (ii) al perfil de las víctimas y a la (iii) modalidad de los crímenes para establecer que se tratan de muertes por razones de género, como lo indicaba – creemos que acertadamente – la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del *Campo algodónero*.

⁸³ GIMBERNAT, Enrique. *La ley de Violencia ...* Op. cit., p. 45

Ahora bien, descendiendo a las circunstancias cuya concurrencia determinan la existencia de un feminicidio y enunciadas en el tipo penal, quisiéramos plantear algunas cuestiones.

El literal a), referido a una relación entre agresor y víctima, pasada o presente al momento de los hechos y acompañada de un ciclo de violencia de distintas índoles, enmarcaría supuestos como el caso de Alexander de Jesús Ortiz, estudiado en la sentencia del 4 de marzo de 2015 por la Corte Suprema de Justicia, y contempla tanto supuestos de feminicidio íntimo (relación familiar, íntima o de convivencia) y feminicidio público (amistad, compañerismo o relación de trabajo).

Esta disposición no es muy clara en señalar si la violencia está asociada a la producción de daños o también se extendería a las amenazas dispensadas dentro de ese ciclo de violencia. Sin embargo, de cualquier manera el tipo integral de feminicidio sí tendría en cuenta también las amenazas y no solo lesiones efectivas de bienes jurídicos, pues el literal e) sí alude a la existencia de “*antecedentes o indicios de cualquier tipo de violencia o amenaza en el ámbito doméstico, familiar, laboral o escolar*”.

Pareciera una obviedad, pero creemos que las amenazas a las que se alude en el literal e) debieran concordarse o referirse a los daños relacionados en el literal a), como mínimo para salvaguardar el principio de estricta tipicidad. De otra manera, hablar de cualquier tipo de violencia o de amenaza, según el literal e), distinta de la violencia física, sexual, psicológica o patrimonial enunciadas en el literal a), sería una indeterminación excesiva del tipo penal.

Los literales b) y c), al leerlos de manera concordada, ofrecen también algunas dificultades a partir de su tenor literal:

- b) Ejercer sobre **el cuerpo y la vida** de la mujer actos **de instrumentalización de género o sexual** o acciones de **opresión y dominio** sobre sus **decisiones vitales y su sexualidad**.

- c) Cometer el delito en **aprovechamiento de las relaciones de poder ejercidas sobre la mujer**, expresado en la jerarquización personal, económica, sexual, militar, política o sociocultural.

A primera vista, es difícil proponer supuestos que pudiesen enmarcarse dentro del literal c), que no estuviesen ya contenidos por del literal b). En otras palabras, a primera vista no se comprende qué resultado pudiera tener el aprovecharse de las relaciones de poder ejercidas sobre la mujer, distinto de su instrumentalización, opresión o dominio.

Sin extrapolarnos del objeto del presente trabajo, quisiéramos traer a colación la definición que de *poder* dio el sociólogo MAX WEBER. En sus palabras, poder era “*la probabilidad de imponer la propia voluntad, dentro de una relación social, aun contra toda resistencia y cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad*”.⁸⁴

La definición de *poder* de WEBER se acompañaba de la caracterización correlativa del fenómeno de la dominación, entendida como “*la probabilidad de encontrar obediencia a un mandato de determinado contenido entre personas dadas*”. Se trata entonces de un ejercicio efectivo de poder y el acatamiento de órdenes de manera reiterada, casi institucionalizada.

Lo anterior nos permite reiterar nuestra idea de que el poder lleva como su correlativo la dominación, que entendida como la obediencia probable, puede abarcar perfectamente la instrumentalización y la opresión. Creemos entonces que cualquier aprovechamiento de relaciones de poder como contexto del feminicidio quedaba cabalmente comprendido en el literal b), por lo que el literal c), además de indeterminado, es sobrante.

Ahora, si quisiera sostenerse que el literal b) implica una afectación más ostensible de la autonomía de la mujer frente a su cuerpo, su vida o su sexualidad, por su alusión directa a la opresión, dominación e instrumentalización, no puede perderse de vista que en cualquier caso la circunstancia del literal c) debe ser acompañante de la muerte de la víctima: difícilmente puede concebirse una lesión más ostensible a la autonomía de la mujer que acabar con su

⁸⁴ WEBER, Max: *Economía y Sociedad*. V. 1. México: Fondo de Cultura Económica, 1977, p. 43.

vida para aniquilar la construcción o ejercicio que ha hecho de su género y con los que subvierte la jerarquía de géneros.

El literal d) señala que estaremos frente a un feminicidio cuando se dé muerte a una mujer para generar terror o humillación a quien se considere enemigo. Inicialmente, deben excluirse del objeto de esta disposición los casos en que se da muerte a mujeres en el contexto del conflicto armado con el objeto de aterrorizar o humillar al adversario en la guerra, pues el Código Penal colombiano en sus artículos 135 y ss., dentro del Título II de “Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario”, ha regulado las vulneraciones de bienes jurídicos que revistan tales características.

Hecha esta aclaración, y destacando que este literal adolece de falta de precisión, consideramos que debería interpretarse como referido a las hipótesis en que la mujer es una representación del enemigo al que se quiere aterrorizar o humillar, o comparte sus características. En otras palabras, si entendemos que los bienes jurídicos tutelados por el feminicidio son la vida y la condición de género, el terror o humillación del enemigo tendría que tener relación con esa condición de género.

Y es que no siempre que se da muerte a una mujer para humillar o aterrorizar al enemigo se está configurando el feminicidio. Piénsese, dentro del contexto del narcotráfico, en un individuo que tiene un gran sector del mercado de estupefacientes y que además es padre de una única hija. Para tratar de doblegar su voluntad y propiciar su retirada del negocio, se da muerte a su única pariente. Es un hecho execrable, sin lugar a dudas, pero es difícil sostener que la motivación de sus perpetradores haya sido un ánimo discriminatorio o atentatorio de la condición de género.

Pero nos parece que la anterior hipótesis difiere de aquella en la que se ha dado muerte a una mujer, y su cuerpo ha sido arrojado afuera de las instalaciones donde funciona la sede principal de una organización defensora de los derechos de las mujeres. En este caso, el

enemigo comparte una característica cuya aversión nos motiva a tomar a un individuo que también la encarna y causar su muerte como un medio para infundir el terror.

Si, como venimos sosteniendo, las circunstancias contenidas en los literales de la norma se caracterizan por contener modalidades o contextos delictuales que hacen protuberante la existencia del ánimo discriminatorio o atentatorio contra la condición de género que motivó el delito, el literal f) se aparta de ese criterio, pues en absoluto permite inferir *per se* que se esté ante un feminicidio.

Nuevamente, conviene traer a colación un caso, propuesto por la misma DIANA RUSSELL, en el que en el contexto de un asalto a mano armada, el delincuente da muerte a los propietarios del inmueble que ha penetrado. En esta hipótesis, RUSSELL considera que no se está ante un feminicidio. Ahora imaginemos que uno o varios hombres han ingresado a una vivienda en horas de la madrugada con pretensión de hurtarla. En ella encuentran a una pareja – hombre y mujer – cuya resistencia deben doblegar mientras registran toda la casa en búsqueda de objetos de valor. Así, deciden atar y amordazar a la pareja; después de varias horas, se presenta un forcejeo entre delincuentes y propietarios del inmueble, cuyo resultado es la muerte de la mujer. Pareciera ser una verdad de Perogrullo que ello no es un feminicidio; sin embargo, una interpretación literalista de la disposición llevaría a esos absurdos. En este punto es fundamental no perder de vista la función interpretativa que ha de cumplir el bien jurídico cuya tutela se persigue, pues es claro que bajo esta hipótesis la privación de libertad no es demostrativa *per se* de un ánimo discriminatorio, ni la muerte causada en esas circunstancias es atentatoria de la condición de género de la mujer.

Habiendo agotado la cuestión de los literales que comprenden el tercer gran supuesto dentro del tipo básico de homicidio, solo restan algunas menciones tangenciales respecto de sus agravantes.

El feminicidio tiene algunos agravantes erigidos a partir de las calidades de los sujetos: tanto si el sujeto activo es servidor público como si el pasivo es algún sujeto de especial protección

constitucional. También sanciona con mayor severidad el feminicidio cometido con el concurso de varias personas o bajo las agravantes 1, 3, 5, 6,7 y 8 del tipo penal de homicidio. Por ser agravantes que también ostentan muchos otros tipos penales, de su fundamentación y posibles críticas ya se han ocupado varios autores, y a ello nos remitimos. Sin embargo, no quisiéramos pasar por alto la agravante de la sevicia, correspondiente al numeral 6 del artículo 104, en consonancia con la agravante del literal f) del nuevo artículo 104B del Código Penal:

Artículo 104B. Circunstancias de agravación punitiva del feminicidio.

(...)

f) Cuando se cometa el delito con posterioridad a una agresión sexual, a la realización de rituales, actos de mutilación genital o cualquier otro tipo de agresión o sufrimiento físico o psicológico.

La circunstancia de mutilación genital, que en otros tipos penales latinoamericanos hacía parte del tipo básico de feminicidio, en Colombia se ha contemplado como una agravante. Una recta interpretación de la prohibición *non bis in ídem* impediría agravar la conducta tanto por la agravante del literal f), como por la sevicia. Es que la redacción de la circunstancia del artículo 104 B es tan amplia, referida a cualquier tipo de agresión o sufrimiento tanto físico como psicológico, que pareciera absorber la de la sevicia.

Si bien el grueso de nuestro análisis se ha circunscrito a todas las circunstancias concomitantes propuestas por el tipo penal, no podemos culminar este acápite sin una alusión a los motivos de identidad de género que configuran otro de los supuestos de feminicidio.

El estudio elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “CIDH” en cumplimiento de la resolución AG/RES. 2653 (XLI-O/11), denominado Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género⁸⁵, contempla una serie de definiciones importantísimas en aquel campo y que ya han sido empleadas por la jurisprudencia, como lo

⁸⁵ El estudio es del 23 de abril de 2012 y se encuentra disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/CP-CAJP-INF_16612_esp.pdf

fue el caso de la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia T 804 de 2014⁸⁶. Según dicho estudio, la identidad de género es

la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

Ahora bien, aunque de manera tradicional se venía entendiendo que la *expresión de género* se encontraba abarcada por la identidad de género, recientemente se ha consolidado su diferenciación. Así, la expresión de género sería

la manifestación externa de los rasgos culturales que permiten identificar a una persona como masculina o femenina conforme a los patrones considerados propios de cada género por una determinada sociedad en un momento histórico determinado⁸⁷

En este orden de ideas, si bien la identidad de género se trata de una vivencia interna de la condición de género, la expresión de género se refiere ya a su exteriorización o manifestación externa de la construcción que se ha hecho del género, como la postura, la forma de vestir, el lenguaje, el comportamiento, entre otros.

Comprendiendo estas dos nociones de manera concatenada, creemos entonces que cuando el tipo penal se refiere a los motivos de identidad de género, debiera entenderse que los motivos se originan a partir de una identidad de género femenina que precisamente se expresa como tal, y que no se limita al aspecto interno de la víctima. Solo de esa manera podría verificarse razonablemente la existencia de un motivo discriminatorio, pero además se configuraría de manera más clara el referente de dañosidad social de la conducta, pues la muerte estaría anulando un ejercicio efectivo de una condición de género por la cual ha optado el sujeto pasivo de la conducta.

⁸⁶ Este pronunciamiento aborda los planteamientos de categorías que se consideran como sospechosas de discriminación, y entre ellas se encuentra la identidad de género. También se ocupa de la inversión de la carga probatoria frente a conductas discriminatorias por razones de género y de sexo, y a dilucidar y diferenciar varias definiciones relevantes.

⁸⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-804 de 2014. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio. p. 9.

Concluido este desarrollo teórico, es claro cuáles son los fundamentos que a nuestro criterio legitiman la inclusión del feminicidio. Sin duda es un tema álgido, ya que han sido varias las críticas que se han elevado en contra de la tipificación de esa conducta.

Probablemente hemos pasado por alto muchas otras cuestiones álgidas dentro de la interpretación de la conducta de feminicidio y que escapan al objeto de este trabajo. Sin embargo, sí hemos sido suficientemente enfáticos en manifestar nuestra curiosidad por todos los desafíos que ofrece la aplicación del tipo penal, y creemos que la discusión no debiera quedarse en los espacios académicos. Somos conscientes de que es un tema polémico, pero precisamente por esa razón es imperiosa la necesidad de estudiarlo –desde adentro- y no tan solo de criticarlo. Sin duda esa es la salida más fácil. Negar sin más la necesidad de estudiar nuevos tipos penales como el feminicidio, tildando su consagración de ser el mero producto de una cultura punitivista, implicaría darle la espalda a la racionalización del *ius puniendi*.

CAPÍTULO III

EL ESTADO DE IRA O INTENSO DOLOR: UNA PROPUESTA DE FUNDAMENTACIÓN

La culpabilidad siempre es un asunto complejo. No se trata solo de establecer un juicio de reproche frente al autor. Eso suena muy simple. En realidad implica analizar cuál es la relación que existe entre el autor y el hecho, desentrañar las circunstancias, los motivos que impulsaron al individuo a cometer el delito. De esa forma reúne todo un conjunto de juicios apreciativos, diagnósticos, referentes al individuo que se está enjuiciando y que pretenden establecer hasta qué punto se hallaba implicada la voluntad del autor en la comisión del delito. Al respecto es importante citar a MICHEL FOUCAULT, quien con una tremenda agudeza afirma:

Bajo el nombre de crímenes y delitos se siguen juzgando efectivamente objetos jurídicos definidos en el Código, pero se juzgan a la vez pasiones, instintos, anomalías, achaques, inadaptaciones (...) Son juzgadas por el rodeo de las “circunstancias atenuantes” que hacen entrar en el veredicto no precisamente elementos “circunstanciales” del acto, sino otra cosa completamente distinta, que no es jurídicamente calificable: el conocimiento del delincuente.⁸⁸

Ese conocimiento sobre el autor que logra ser estructurado a partir del análisis de culpabilidad tiene consecuencias punitivas respaldadas en disposiciones de la ley penal. El estado de ira e intenso dolor es un claro ejemplo. Ahora bien, ¿cómo ha sido regulado por el ordenamiento jurídico colombiano? ¿En qué consiste? ¿Qué consecuencias punitivas trae aparejadas y cómo se fundamentan esas consecuencias? En adelante nos ocuparemos de responder cada

⁸⁸ FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar*. Trad: Aurelio Garzón del Camino. Madrid: Siglo XXI editores, 2010. p.27

una de estas cuatro preguntas, con el propósito de enlazar las respuestas obtenidas en la solución del problema central de este trabajo.

1. Contenido del estado de ira e intenso dolor

Podríamos decir, en términos escuetos, que el estado de ira e intenso de dolor se compone de tres elementos: i) conducta ajena, grave e injusta por parte de un tercero, ii) alteración considerable del estado emocional del sujeto activo (estado anímico de ira e intenso dolor) y iii) relación causal entre ambas. Sin embargo, eso sería simplificar demasiado el problema. El asunto clave es auscultar cuáles son los componente de la ira y en este acápite nos ocuparemos de esa cuestión.

El ser humano es indescifrable, profundo; camina por una delgada franja de luz y en cualquier momento puede ser devorado por la irracionalidad de sus impulsos. Somos sujetos divididos entre dos fuerzas tremendas: pulsión y barrera, instinto y cultura, hombre racional y ser impulsivo. Sin duda, la literatura contiene mil historias que evidencian esta fragilidad. Desde el *Edipo* de Sófocles, pasando por *Raskolnikov*, hasta llegar a la escena donde *José Arcadio Buendía* mata a *Prudencio Aguilar* en *Cien años de soledad*, los escritores han dado cuenta de esa frontera lábil. Son ellos quienes mayor conocimiento tienen del alma humana. Pero, ¿por qué es importante citar a García Márquez en un trabajo de Derecho Penal? Sencillo: en ese episodio de *Cien años de Soledad* es encuentran resumidos, con el magistral talento del nobel colombiano, los elementos que estructuran el estado de ira e intenso dolor.

La literatura no es la única disciplina que se ha encargado del tema de la ira. También la psicología y el Derecho han entret Tejido discursos que lo abordan. Este consagrando normas que le otorgan consecuencias a esos estados emocionales, y aquella construyendo teorías para explicar cuáles son los mecanismos de la ira. Por ejemplo, el psicoanálisis entiende que la ira es una pulsión tánica (de destrucción) inmersa en las profundidades de nuestra humanidad y

que se manifiesta en determinadas frustraciones relacionadas con un objeto de deseo⁸⁹. En una línea similar, EMILIO MIRA Y LÓPEZ, expone que la ira es uno de los cuatro gigantes que soportan el edificio de la humanidad. Si bien coincide con la teoría psicoanalítica respecto al componente tánico de la ira, este autor da un paso más allá explicando cómo ese sentimiento se genera a partir de la confluencia de dos factores: el miedo y la ambición.

Porque el hombre ambiciona, propende y aspira a tener tanto –es decir, a valer tanto- es víctima de mayores temores y miedos que los demás animales (...) Pues bien: esa ansia de dominio, de afirmación y de expiación del ser, constituye el otro fundamental ingrediente de la ira. ¿Qué falta para que nazca y se ponga a vomitar llamas por la Tierra? El sople vivificante de su antecesor: el miedo.⁹⁰

Armonizando ambas posturas, podemos decir que la ira aparece (y se gradúa) en la medida que un objeto de deseo⁹¹ frustre la satisfacción del “yo”. A su vez, esa frustración esconde un miedo por no cumplir con las ambiciones que impulsan a todos los seres humanos; esconde ese miedo inherente del “yo” ante la posibilidad de no poder conservarse ni afirmarse. Desde ese ángulo, la ira se nos presenta como un intento de defensa ante un miedo latente. Y cuando el choque de la frustración retumba en los cimientos del “yo” aparece la conducta agresiva para destruir el objeto que lo está atacando. A grandes rasgos esos son los componentes psicológicos de la ira.

¿Cómo se armonizan esos hallazgos de la psicología con el atenuante consagrado en el artículo 57 de nuestro Código Penal? El Derecho es un discurso que ha bebido de las construcciones de la psicología. Por ende, el ordenamiento jurídico colombiano – y la mayoría de legislaciones - atenúan la culpabilidad de un sujeto en los eventos donde además del estado emocional de ira, concurren una agresión grave e injusta y un nexo causal entre ambos. Es decir, que la conciencia sobre las perturbaciones conductuales que la ira trae para

⁸⁹ Este no es el espacio para profundizar en teoría psicoanalítica. Sin embargo, hay una conferencia que Freud dictó en el año de 1933 llamada *La descomposición de la personalidad psíquica*. Allí armoniza el tema del odio y la ira con el discurso del psicoanálisis.

⁹⁰ MIRA Y LOPEZ, Emilio. *Cuatro gigantes del alma*. Bogotá: Editorial El Ateneo, 1984, pp. 84 y 85.

⁹¹ Es importante anotar que el término objeto de deseo se emplea aquí con una connotación psicoanalítica. Por tanto, la palabra objeto incluye también personas, y la palabra deseo se refiere al vínculo afectivo (de cualquier tipo) que se establezca con el objeto.

el ser humano, ha llevado a que se reconozca la necesidad de tenerlas en cuenta al momento de juzgar un delito cometido bajo ese torrente emocional; aunque, claro está, la clave no se encuentra solo en la emoción sino que además deben presentarse otros elementos. Sobre este tema particular vale citar la claridad de CANCINO MORENO:

(...) el estado de ira o intenso dolor pueden nacer en el individuo por una causa natural, como un terremoto en que el sujeto pierda alguno de sus familiares, y puede nacer por obra de un animal que hiere o mata a un ser querido. Pero a pesar de esta posibilidad fáctica, el legislador quiere que la circunstancia de atenuación solamente tenga eficacia cuando es producida por un comportamiento humano.”⁹²

En consecuencia, si bien el Derecho no se fundamenta ni en las mismas bases epistemológicas ni metodológicas que la psicología, es innegable que entre ambas disciplinas existen vasos comunicantes, puntos de encuentro, que sirven, en este caso, para “humanizar” el discurso jurídico-penal.

2. Antecedentes y regulación del estado de ira e intenso dolor.

Rastreando la regulación del estado de ira e intenso dolor en el ordenamiento jurídico colombiano, encontramos que su inclusión se remonta al Código Penal de 1837. En esa codificación, la circunstancia de ira estaba consagrada en normas de la parte general y también en la parte especial del código. Por ejemplo, el numeral segundo del artículo 120 hace alusión a ciertas circunstancias que “disminuyen la malicia o culpa”, y específicamente menciona “la provocación o exaltación del momento, el acometimiento pronto impensado de una pasión, que haya influido en el delito”.

Dentro de las normas de la parte especial que introducen fórmulas propias del delito emocional, encontramos el artículo 606, 607, 623, 624 y 625. Mientras los dos primeros artículos regulaban aspectos referentes al homicidio premeditado, los tres últimos hacían

⁹² CANCINO MORENO, Antonio José. *El Delito Emocional*. Bogotá: TEMIS, 1982. p. 55.

referencia a elementos propios del delito de uxoricidio⁹³. En el año 1858, época del federalismo, el Código Penal del Estado de Cundinamarca reiteró en gran medida la normatividad del estatuto anterior, aunque a diferencia del código de 1837, dejó impune los delitos de uxoricidio y de infanticidio “honoris causa”.

Durante los años siguientes no hubo grandes cambios en materia legislativa. Solo hacia 1923 se modificó el artículo 48 del Código de 1890. En esa oportunidad se introdujo por primera vez el término “estado de ímpetu de ira o intenso dolor” para referirse a la circunstancia atenuante que se configura en situaciones de gran afluente emocional y que debe estar mediada por una provocación grave. Al respecto inferimos que se trata de una clara influencia de la psicología, cuyo año de nacimiento como ciencia fue 1879, en el país de Alemania. De ese modo, y teniendo en cuenta la dificultad que se presentaba en la época para difundir la información, podemos concluir que solo hasta la segunda década del Siglo XX esa nueva disciplina pudo instalarse en la sociedad colombiana, y esa fue la razón de la tardanza para introducir el concepto de “estado de ira”.

Frente al Código Penal de 1936 encontramos que, en general, todos los otros elementos del delito emocional se plasmaron en la parte general; la única excepción fue “el homicidio en legítima venganza del honor conyugal”, consagrado en el artículo 328, y cuya inclusión dentro del estatuto fue motivo de muchas críticas, ya que se trataba de una figura delictual en donde podía concederse desde la reducción de pena hasta la exención de responsabilidad a quien lo hubiese perpetrado. Para un mejor entendimiento de la polémica que causó este delito, consideramos que es pertinente transcribirlo:

<Artículo 328> Cuando el homicidio o las lesiones se cometan por cónyuge, padre o madre, hermano o hermana contra el cónyuge, la hija, o la hermana, de vida honesta, a quienes sorprenda en ilegítimo acceso carnal, o contra el copartícipe de tal acto, se impondrán las respectivas sanciones de que tratan los dos capítulos anteriores, disminuidas de la mitad a las tres cuartas partes.

⁹³ El uxoricidio es el homicidio que sufre la mujer cónyuge por parte de su marido. En Colombia, esa figura trajo múltiples problemas, ya que hubo legislaciones que promovieron la impunidad de estos eventos, alegando que se trataba de delitos cometidos para defender el “honor conyugal”

Lo dispuesto en el inciso anterior se aplicará al que en estado de ira o de intenso dolor, determinados por tal ofensa, cometa el homicidio o cause las lesiones en las personas mencionadas, aun cuando no sea en el momento de sorprenderlas en acto carnal.

Cuando las circunstancias especiales del hecho demuestren una menor peligrosidad en el responsable, podrá otorgársele a este el perdón judicial y aun eximírsele de responsabilidad.⁹⁴

Aunque en papel se trataba de una norma que incluía como sujetos activos del delito tanto a hombres como a mujeres, en la práctica se volvió un espaldarazo jurídico para que los esposos pudieran disponer de la vida las mujeres más allegadas a su círculo social, y específicamente de la vida de sus esposas.

El rechazo de un gran sector de la doctrina y la jurisprudencia fue incisivo. No se entendía cómo era posible que esa figura legal hubiera llegado a ocupar un lugar dentro del ordenamiento jurídico, máxime cuando no podía encontrarse ningún delito análogo en ningún otro ordenamiento. Así, en el año de 1956, el Tribunal Superior de Cali afirmaba que Colombia podía darse el dudoso orgullo de haber consagrado una causa de exención que no aparece en ninguna otra ley penal del mundo⁹⁵. Pero también hubo grandes juristas que se fueron lanza en ristre contra la norma. Entre ellos, hay que resaltar la contundencia de BERNAL PINZÓN, quien haciendo gala de una gran capacidad argumentativa sostiene que:

El código de 1936 lo único que hizo fue (...) consagrar la más chocante, aberrante e inmoral irresponsabilidad de los maridos que pueden disponer libremente de la vida de sus esposas con el pleno y absoluto convencimiento de que la justicia administrada por el pueblo les dará el visto bueno para semejante actitud, con los fáciles argumentos de los oradores forenses expertos en acrobacias seudojurídicas. No tenemos conocimiento de que durante los años de vigencia del Código Penal, se haya logrado un veredicto condenatorio, para quien en legítima venganza dio muerte a su esposa. Para nosotros, no queda la menor duda de que esta inusitada, absurda e injurídica disposición constituye el más formidable estímulo para los uxoricidas (...) que en la justicia administrada por el pueblo, ven el más ancho camino para conseguir su impunidad, como por desgracia sucede casi a diario.⁹⁶ (Subrayas fuera del texto)

⁹⁴ Artículo 328 del Código Penal de 1936. Citado por BERNAL PINZÓN, Jesús. *El Homicidio*. Bogotá: TEMIS, 1971. p.310

⁹⁵ Tribunal Superior de Cali. Citado por BERNAL PINZÓN, Jesús. *El Homicidio*. Bogotá: TEMIS, 1971. p.311 ⁹⁶ BERNAL PINZÓN. *El homicidio...* Op. cit., p.312

Posteriormente en el Código Penal de 1980 termina de afianzarse la tendencia que desde varios años atrás se estaba fraguando: la regulación del delito emocional se incorpora definitivamente a la parte general, específicamente en los artículos 60 y 64 del estatuto; y por otra parte, el uxoricidio por adulterio (conocido también como homicidio en defensa del honor conyugal) otrora consagrado en la parte especial, quedó excluido del código después de haber sido atacado de manera frontal por un sector importante de la doctrina especializada⁹⁶.

Luego de todo ese trasegar histórico, el actual Código Penal consagra en su artículo 57 el estado de ira e intenso dolor. Es una fórmula muy similar a la del Código de 1980, aunque con ciertos matices en cuanto al tratamiento punitivo de los delitos cometidos bajo ese influjo emocional. En concreto, el texto es el siguiente:

Artículo 57. <Estado de ira e intenso dolor> “El que realice la conducta punible en estado de ira o intenso dolor, causados por comportamiento grave e injustificado, incurrirá en pena no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la señalada en la respectiva disposición.

Concluido este recorrido por los antecedentes y la regulación actual del estado de ira e intenso dolor, aparecen dos conclusiones claras: i) Se trata de un atenuante que disminuye la culpabilidad del sujeto y ii) Cuando esté probado, el juez deberá imponer una sanción que oscile entre la sexta parte de la pena mínima y la mitad de la pena máxima para el delito en cuestión.

No obstante, aún hay que responder una pregunta esencial para el propósito de este trabajo: ¿Cuál es el fundamento del estado de ira e intenso dolor? En adelante nos ocuparemos de resolverla.

⁹⁶ No solo fue la voz de Bernal Pinzón: también Carlos Lozano y Nelson Hungría destacan en la crítica acérrima que se elevó contra esa norma.

3. Fundamentación dogmática del estado de ira e intenso dolor.

En primer lugar hay que apuntar que el estado de ira e intenso dolor constituye una circunstancia contingente del delito. No es necesaria para la existencia de un hecho punible, pero en todo caso, ha sido tenido en cuenta por legislador ya que le brinda un carácter especial. En ese sentido, es razonable afirmar que, aunque el estado de ira e intenso dolor no constituye una condición necesaria para que una conducta pueda ser catalogada como delito, sí se trata de un elemento accidental que modifica su gravedad. Se trata de una circunstancia genérica de atenuación, como quiera que no está circunscrita a un delito determinado, sino que, en principio, puede rodear la comisión de cualquier conducta punible del Código. No obstante, la realidad ha demostrado que el gran influjo emocional que requiere para su configuración se presenta más que todo en supuestos de homicidio.⁹⁷ Teniendo claro ese punto de partida, debemos indagar ahora por cuál es la ubicación dogmática de esa circunstancia atenuante, ya que la decisión de ese aspecto jugará un rol esencial en la solución del problema que nos convocó a realizar este trabajo.

3.1 Estado de ira e intenso dolor como un problema de imputabilidad

Luego de analizar sectores de la doctrina nacional y extranjera, podemos ver que la ubicación del estado de ira e intenso dolor normalmente se ha abordado desde el terreno de la imputabilidad. En esa visión - eminentemente psicológica - lo importante es determinar cuál es el grado de afectación emocional del sujeto a la hora de la comisión de delito, auscultar hasta qué punto la persona se volvió instrumento de sus impulsos. Quienes defienden esta postura afirman que en esos eventos el autor tiene una capacidad de comprensión y autodeterminación disminuidas, y por ende su voluntad se encuentra menos inmersa en la realización del hecho punible. Lo importante entonces para reconocer la circunstancia atenuante es verificar si, a partir de la provocación grave e injusta, se desencadenó una perturbación emocional de tal magnitud que impulsó al sujeto a cometer el delito. En ese

⁹⁷ Hilando delgado, podemos afirmar que la inclusión de esta circunstancia (o de cualquier otra que tenga asidero en cuestiones personales del individuo enjuiciado) ha sido una consecuencia del desarrollo del principio de culpabilidad: solo en la medida en que la ciencia jurídico-penal empieza a preguntarse qué tanto pertenece el hecho al individuo, puede entonces introducir criterios – como el estado de ira e intenso dolor - que sirvan para analizar mejor esa cuestión.

sentido podemos concluir que es una construcción del fundamento de la ira e intenso dolor en clave del individuo.

Por ejemplo, en la doctrina extranjera, encontramos que desde el pensamiento de CARRARA se empieza a desarrollar esa fundamentación dogmática. La exposición del jurista italiano es tan clara que amerita ser citada.

(...) cuando queréis degradar la pena para el menor, para el ebrio, para el débil mental, para el que actúa bajo vehemente perturbación de ánimo, no podéis dar de la degradación de la pena más que razones empíricas, a menos que no hagáis remontar la degradante a la imputación. Las fuerzas objetivas del delito en esas condiciones, siguen siendo las mismas: hay un homicidio, tanto si el hombre fue eliminado por mano de un adulto que actuaba con plena reflexión, como a mano de un menor, o de un agente que se encontraba en la más grande perturbación de ánimo por grave indignación o dolor. Las fuerzas de la pena, en lo tocante al culpable, siguen siendo las mismas (...) ¿Por qué, pues degradáis la pena? La razón de esto no me la podéis dar sino respondiendo: disminuimos con justicia la pena porque se debe disminuir la imputación (...)⁹⁸

En España, aunque no existe la atenuante de ira e intenso dolor de manera específica, es razonable inferir que los casos que pueden catalogarse como tales, deben ser redirigidos a la causal de atenuación del artículo 8 de esa ley penal, llamada arrebató u obcecación. Y sobre el fundamento de esa circunstancia atenuante que consagra el Código Español, hay una posición dominante que entiende que se trata de un problema de imputabilidad disminuida del sujeto enjuiciado. En palabras de EMILIO CORTÉS BECHIARELLI:

Los estados afectivos que toman carta de naturaleza en nuestro Derecho Penal a través de las circunstancias atenuantes de arrebató y obcecación, o analógica, y de la eximente de trastorno mental transitorio, suponen una disminución, o en su caso, ausencia de imputabilidad.⁹⁹

Para este autor, la imputabilidad es una categoría en donde se entrelazan, de una manera muy estrecha, las disciplinas del Derecho y la Psicología. Por consiguiente, sostiene que para analizar las atenuantes emocionales es imprescindible tomar insumos psicológicos, que

⁹⁸ CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Crimina*. Bogotá: TEMIS, 1983, pp. 151-152.

⁹⁹ CORTÉS BECHIARELLI, Emilio. *Arrebató u obcecación*. Madrid: Editorial Marcial Pons, 1997. p. 205.

permitan vislumbrar hasta qué punto se produjo una alteración psíquica capaz de fisurar la imputabilidad del sujeto¹⁰⁰. Al respecto, arguye que si la imputabilidad es un criterio atravesado por aspectos psicológicos, entonces la capacidad en que consiste también ha de desentrañarse desde un punto de vista psicológico. Siendo así, para saber cuándo estamos en presencia de un estado de arrebato u obcecación, hay que analizar si se generó una alteración psíquica que mine la capacidad de autodeterminación, y por derecha que disminuya la imputabilidad del sujeto.

Lo interesante de la obra de CORTÉS BACHIARELLI es su posición respecto a que las circunstancias atenuantes de arrebato u obcecación solo pueden aplicarse a personas que sean consideradas mentalmente sanas. Es decir que para el autor, estas atenuantes solo están reservadas para las personas que durante la comisión del delito, a pesar de la perturbación emocional, se mantienen dentro de una dimensión de normalidad. *Contrario sensu*, los eventos en donde la intensidad de la emoción sea tan fuerte que introduzcan al sujeto en un estado de anormalidad mental no deben ser objeto de las atenuantes mencionadas y habrá que redirigirlas a los terrenos del trastorno mental transitorio, para de ese modo excluir la culpabilidad.

Así, la diferencia entre ambos conceptos (atenuante y trastorno mental transitorio) radica en el grado de intensidad de la emoción: mientras en el caso del trastorno mental transitorio el influjo emocional logra excluir la imputabilidad, en las atenuantes tan solo alcanza a disminuirla. Además, también es importante anotar que desde esta concepción, la provocación solo es la causa de la alteración afectiva que fundamenta la aplicación de la circunstancia atenuante. Por tanto, más que analizar la entidad de la provocación desde una postura objetiva, lo importante es determinar qué tan poderosa fue la perturbación psíquica que produjo.

ZAFFARONI también ubica esta circunstancia atenuante en el campo de la imputabilidad. Para el autor argentino, los delitos cometidos bajo un influjo emocional provocado por conducta

¹⁰⁰ Ibid., p. 210.

grave e injusta, obnubilan la capacidad de entender y querer del sujeto, y por consiguiente es necesario disminuir su culpabilidad¹⁰¹.

En la doctrina nacional, encontramos que esa misma línea argumentativa ha sido asumida por varios doctrinantes. Por ejemplo AUGUSTO JOSÉ IBÁÑEZ y JORGE AUGUSTO LOZANO DELGADO defienden la idea de que el estado de ira e intenso dolor – que es análogo al concepto de arrebató u obcecación del Código Español - se fundamenta en una menor imputabilidad del sujeto que comete el delito, e incluso afirman que ese estado emocional es un terreno fértil para que se configure un supuesto de inimputabilidad¹⁰². Por tanto, reeditan el argumento “psicológico”, según el cual, el estado de ira e intenso dolor y el concepto de imputabilidad comparten una relación estrecha. Otros autores del prestigio de NODIER

AGUDELO¹⁰³ o ALFONSO REYES ECHANDÍA¹⁰⁴ también han defendido esta posición académica.

3.2 Estado de ira como un problema de exigibilidad

Puede sonar paradójico, pero el entendimiento del estado de ira e intenso dolor como un problema de exigibilidad – o por lo menos no de imputabilidad - es una propuesta que ha encontrado su mayor desarrollo en la escuela positivista italiana¹⁰⁵, específicamente en el pensamiento de autores como SILVIO RANIERI o VICENZO MANZINI. Según esa concepción del estado de ira e intenso dolor, es falso que durante un estado emocional de tal magnitud se excluya o aminore la capacidad de autodeterminación, y en ese sentido, no se trata de una circunstancia que tenga que ver con la imputabilidad del sujeto, sino que se fundamenta en un menor grado de responsabilidad. Al respecto, MANZINI afirma que:

Puesto que la emoción en sí misma, aun cuando vehementemente, no solo no excluye sino que incluso la fortifica mediante el fenómeno (consecuencial) del monoideísmo o

¹⁰¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Teoría del delito*. Buenos Aires: Editorial Ediar, 1974. p. 599

¹⁰² IBÁÑEZ GUZMÁN, Augusto José y LOZANO DELGADO, Jorge Augusto. *De la ira y el intenso dolor, degradantes de la culpabilidad*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. p. 58.

¹⁰³ Al respecto ver la obra del autor *Inimputabilidad y Responsabilidad Penal*, pp. 73 y ss.

¹⁰⁴ Al respecto ver la obra del autor *Inimputabilidad y Delito*, pp. 387 y ss.

¹⁰⁵ Es paradójico porque siendo la escuela positivista tan adepta a criterios empíricos y “neutrales”, es extraño que hayan desarrollado el problema del estado de ira e intenso dolor a partir de un concepto como la exigibilidad que tiene un marcado matiz normativo.

del oligodeísmo (...) y **puesto que por otra parte, la libertad de determinarse entre el motivo impelente y los motivos éticos y penales de inhibición no puede considerarse ni eliminada ni reducida a una potencia apreciablemente inferior o aquella que basta para fundar la imputabilidad** (...) la excusa de provocación, dejando inalterada la imputabilidad, disminuye solamente la responsabilidad, esto es, las consecuencias de la imputabilidad: la pena.¹⁰⁶¹⁰⁷ (Negrilla por fuera del original).

Esa postura no ha tenido gran acogida en la doctrina colombiana. Solo en la obra de JESÚS ORLANDO GÓMEZ LÓPEZ, encontramos unos tímidos acercamientos. Este autor desarrolla una teoría muy depurada sobre el concepto de delito emocional y entiende que esas conductas se explican en virtud de una serie de criterios psicológicos que atraviesan al sujeto durante la comisión del delito. Sin embargo, no fundamenta la circunstancia de ira e intenso dolor desde la óptica del individuo. Para él, si bien es cierto que el estado de ira e intenso dolor produce un caudal emocional que disminuye la capacidad de entender y el dominio sobre la propia voluntad, ello no obsta para ubicar la razón de la atenuante, en el acto de grave e injusto y no en la psiquis del sujeto infractor. En otras palabras, para GÓMEZ LÓPEZ, no es tanto el estado emocional sino la provocación lo que fundamenta el atenuante:

No es tanto el estado de ira el que atenúa, sino el “acto injusto y grave” que la produce. No es tanto el estado psíquico –ira, dolor, temor, celos- el que da fundamento a la atenuante, sino la falta de razón de quien provoca el estado.¹⁰⁸

Con todo, este autor no está de acuerdo con ubicar la circunstancia atenuante en el terreno de la imputabilidad, pero tampoco concluye que se trate de un problema de exigibilidad. Tan solo afirma que en estos casos estamos ante eventos de una menor responsabilidad del sujeto. Esta falta de decisión podemos atribuirla al gran componente psicológico que atraviesa su obra, y que de cierta manera lo amarra al momento de trasladar una circunstancia que contiene semejante caudal emocional a una categoría como la exigibilidad, donde el psiquismo del sujeto pasa a un segundo plano.

¹⁰⁶ MANZINI, Vincenzo. Citado por GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando. *El Delito Emocional*. Bogotá: Editorial Doctrina y Ley, 2007. p. 64

¹⁰⁸ GÓMEZ LÓPEZ. *El Delito...* Op. cit., p. 64

En la actualidad, encontramos que si bien no hay doctrina que se decante expresamente por el entendimiento de la ira e intenso dolor como un problema de exigibilidad, ya hay posturas que empiezan a virar en este sentido. Por ejemplo, en un artículo publicado en la revista

Opinión Jurídica, las autoras DIANA MOLINA, ÁNGELA MARTÍNEZ y ANA GUANCHA sostienen que:

Para abordar la responsabilidad de un agresor por ser objeto y no víctima de emociones inapropiadas es necesario evidenciar que a) los hombres tienen cierto grado de control sobre sus emociones, y b) las emociones pueden ser objeto de afectaciones y reglamentaciones culturales e históricas, de acuerdo con las creencias que las desencadenan.¹⁰⁹

3.3 Toma de posición

En nuestro criterio, y a diferencia de lo que un gran sector de la doctrina en Colombia ha sostenido, la circunstancia atenuante de ira e intenso dolor no debe ubicarse en la categoría de la imputabilidad, sino que se trata de un concepto que debe analizarse desde el campo de la exigibilidad. Decidir sobre este asunto no se trata solo de simples disquisiciones dogmáticas, ya que dependiendo de la ubicación que dentro de la teoría del delito se le otorgue a esta atenuante, pueden producirse consecuencias prácticas importantísimas.

El primer argumento para rechazar la inclusión de la ira e intenso dolor como un evento de imputabilidad disminuida es de carácter legal: el Código es muy claro al establecer que en Colombia solo es posible que existan sujetos imputable o inimputable. Por tanto, si el Código no establece un régimen de imputabilidad disminuida (o semi-imputabilidad) como sí sucede en otros países – por ejemplo España -, mal podríamos entender, *contra legem*, que el estado de ira e intenso dolor debe trabajarse desde esa perspectiva dogmática. Si a esa razón le sumamos el hecho de que el legislador introdujo el estado de ira e intenso dolor únicamente como atenuante, pero no como un motivo que excluya la culpabilidad, entonces es evidente

¹⁰⁹ MOLINA, Diana; MARTÍNEZ, Ángela y GUANCHA, Ana. *El control de la conducta emocional: una visión de la responsabilidad penal en contra de la violencia de género*. En: Revista Opinión Jurídica – Universidad de Medellín. Vol. 12, No. 23 (enero – junio de 2013); p. 71.

que el camino para justificar el porqué de la atenuación punitiva no se encuentra en la imputabilidad.

Por otro lado, si fuera cierto que el estado de ira e intenso dolor se fundamenta en la imputabilidad disminuida, no tendría ningún sentido que se ponderara qué tan grave fue el acto de provocación, ya que lo determinante sería analizar cuál es el grado de perturbación emocional del sujeto y no los motivos que lo produjeron. En otras palabras, si la razón de ser de la circunstancia atenuante es la (supuesta) capacidad de autodeterminación disminuida, no tiene sentido que tengamos en cuenta la entidad de la provocación para reconocer el atenuante. Bastaría entonces con demostrar el estado emotivo, la provocación –que no la gravedad– y el nexo causal entre ambas. Sin embargo, ese argumento es insostenible, ya que como lo afirma FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *“La capacidad o incapacidad del autor para motivarse y autodeterminarse por la norma en la situación concreta se infiere del contexto histórico-biográfico del acto, no de las puras reconditeces subjetivas de la mente del autor.”*

¹¹⁰ (Subrayas fuera del texto).

Finalmente, el argumento más contundente para negar que el estado de ira e intenso dolor sea un problema de imputabilidad disminuida es el hecho de constatar que incluso a los inimputables se les puede reconocer esta circunstancia atenuante. Es simple: si a los inimputables se les fija un ámbito de responsabilidad – o mejor, de exigibilidad – determinado, eso quiere decir también que habrá de aplicárseles el conjunto de circunstancias que puedan disminuirla, como por ejemplo la atenuante del artículo 57. Siendo así, sería ilógico pretender encontrar el fundamento de esa atenuante en el terreno de la imputabilidad, como quiera que ese punto de partida nos llevaría a concluir que un sujeto inimputable que actúa bajo el influjo emocional de la ira e intenso dolor, lo hace a su vez en un estado de imputabilidad disminuida¹¹¹. Ese razonamiento rompe con los principios lógico de no contradicción y de tercero excluido.

¹¹⁰ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho Penal. Parte General*. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2012. p. 645

¹¹¹ No obstante la fuerza de este argumento, hemos visto que autores como CORTÉS BECHIARELLI sostienen que la atenuante de ira e intenso dolor – en España, arrebato u obcecación – está reservada para los eventos donde no haya una anormalidad mental, y si eso es cierto entonces no hay posibilidad de que se apliquen a sujetos inimputables. Pues bien, esa posición está

Insistir en que el estado de ira e intenso dolor es un problema de imputabilidad disminuida, implicaría negar que a los inimputables también se les debe reconocer esa causal de atenuación. De ese modo se estaría vulnerando un principio tan caro para nuestro ordenamiento jurídico como lo es el principio de igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política en razón de que se estaría desconociendo la posibilidad de atenuar la pena de los inimputables a través de la circunstancia de ira e intenso dolor. Sin duda, eso supone el quebrantamiento de unas garantías penales que deben regir para todas las personas, independientemente de su raza, sexo, o en este caso, condición mental.

Así las cosas, el único camino – razonable – que nos queda para explicar por qué atenuamos la medida de seguridad del inimputable que comete el hecho punible en esa circunstancia, lo encontramos en la menor exigibilidad de otra conducta. Aunque no de manera expresa, en la obra de SOTOMAYOR ACOSTA identificamos razones para defender esta postura:

La imputabilidad es entonces el primer elemento a considerar en el juicio de responsabilidad; de ahí que la inimputabilidad excluya la pena criminal mas no necesariamente la responsabilidad penal, pues de todas maneras el inimputable puede verse sometido a otra clase de sanciones (...)

Para proceder a la imposición de una sanción, tanto en el ámbito de la imputabilidad (penas) como de la inimputabilidad (medidas), es necesario llevar a cabo una segunda valoración, con el fin de determinar, desde el punto de vista del ámbito de responsabilidad a que haya sido asignado el sujeto (...) **este segundo nivel se trata de un juicio concreto sobre el sujeto concreto, con miras a establecer si como imputable o como inimputable, según el caso, le era exigible la respuesta esperada de él. (...)**

Lo anterior significa que las llamadas “causales de inculpabilidad”, o mejor, de “inexigibilidad”, rigen tanto para imputable como para inimputables, porque son consecuencia de un juicio eminentemente normativo y por lo tanto ajeno en lo esencial a los problemas psicológicos o subjetivos (...)¹¹² (Negrilla fuera del original).

equivocada por cuanto desconoce que no otorgar esa atenuante a los inimputables supone una grave vulneración del principio de igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución. Y es que si en principio, el atenuante de ira e intenso dolor está previsto de manera general para todas las personas, no hay razón para excluir de su campo de acción a determinados sujetos, solo por el hecho de ser inimputables. No solo parece un problema de igualdad, sino que también tiene matices de responsabilidad objetiva.

¹¹² SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. *Inimputabilidad y Sistema Penal*. Bogotá: TEMIS, 1996. p.264

De esa manera, si concluimos que a los inimputables se les debe aplicar la circunstancia atenuante de ira e intenso dolor, y que su aplicación corresponde a una menor exigibilidad de la conducta esperada por el sistema, debemos concluir, *mutatis mutandis*, que cuando analizamos la situación de sujetos imputables la justificación es la misma: no disminuimos la pena porque se encuentren en un (supuesto) estado de imputabilidad disminuida; disminuimos la pena porque en una situación de ira e intenso dolor le era menos exigible al individuo actuar de acuerdo con el ordenamiento jurídico. Esa fundamentación desde la exigibilidad, nos lleva a tomar en cuenta, no solo la intensidad de la emoción, sino también – y especialmente – su contenido y la entidad de la conducta que provocó ese estado emocional.

Es así que, luego de la explicación de por qué debe fundamentarse el estado de ira e intenso dolor desde el terreno de la exigibilidad, es necesario ahora profundizar sobre ese último concepto: ¿En qué consiste? ¿Cuál es su contenido? ¿Qué importancia tiene para el Derecho Penal?

3.4 Exigibilidad como categoría de la culpabilidad

Los primeros desarrollos del concepto de exigibilidad se remontan a las décadas iniciales del Siglo XX. Por esa razón, es necesario hacer una breve reseña histórica por las diferentes posturas que sobre ese concepto se han esbozado en la ciencia jurídico-penal.

Al respecto cabe afirmar que durante el imperio del concepto psicológico de culpabilidad, no hubo posibilidad de introducir la categoría de exigibilidad. Esto es así porque la exigibilidad es un concepto que entraña indudables aspectos valorativos, y en ese sentido, va en contra de la “asepsia empírica” que pretendió lograr el concepto psicológico de culpabilidad. Por ende, solo con la superación de la concepción psicológica y el desarrollo de una teoría normativa, se empezó a introducir el concepto de exigibilidad. En ese sentido, podríamos afirmar que, en principio, la exigibilidad se encuentra vinculada de una manera íntima con la concepción normativa de culpabilidad. No obstante, debemos matizar un poco la anterior afirmación, ya

que no hay que olvidar que algunas posturas anteriores al concepto normativo de culpabilidad – por ejemplo autores de la escuela positivista italiana – habían utilizado el término de exigibilidad, aunque no con el alcance ni el contenido valorativo que le imprimieron aquellas.

Bien sabido es que la teoría normativa de la culpabilidad incluía dentro de su estructura las categorías de dolo e imprudencia. De ahí que en esa época, la concreción del principio de exigibilidad pasara directamente por la discusión de si era posible reconocer la fórmula de la inexigibilidad, tanto en los delitos imprudentes como en los dolosos. Sobre las conductas imprudentes no había una gran controversia: la exigibilidad se entendía mayoritariamente como un elemento positivo del concepto de imprudencia, que servía para fundamentar la vulneración del deber del autor¹¹³. En consecuencia, para esa posición solo es posible imputar imprudencia a un individuo, que ha realizado sin conocimiento el tipo penal, cuando le era exigible actuar de otro modo.

Sin embargo en el campo de los delitos dolosos, la cuestión no fue tan pacífica. Se suscitaron dos puntos de partida desde donde se intentó justificar la inclusión del criterio de la exigibilidad en esos eventos. Algunos autores, como M.E. MAYER¹¹⁴, partían de un descontento en relación con las pocas posibilidades de exención de responsabilidad que permitía el estado de necesidad, toda vez que solo regulaba situaciones de conflicto entre bienes jurídicos, no obstante existir un sinnúmero de posibilidades donde, a pesar de no presentarse un conflicto entre bienes jurídicos, hay elementos fácticos que impiden una motivación del sujeto.

Otra versión para criticar la regulación del estado de necesidad, empezó a plantearse la pregunta de si habría que reconocer una causal “supralegal” que se derivara directamente del principio de culpabilidad, y en específico, de la idea de “exigibilidad”. Sin embargo, al igual que lo sucedido con las doctrinas que pretendían introducir causales “supralegales” de

¹¹³ HENKEL, Heinrich. *Exigibilidad e Inexigibilidad como principio jurídico regulativo*. Montevideo: Editorial B de f, 2005, p. 47.

¹¹⁴ MAYER, Max Ernst. *Derecho penal: Parte general*. Montevideo: B de F, 2007, p. 367.

justificación, esta posición no tuvo una gran acogida, ya que con la misma lógica se podría llegar a plantear una causal “supralegal” de culpabilidad.

Posteriormente, hubo quien postuló la idea de exigibilidad, no como una categoría circunscrita al ámbito de la culpabilidad, sino como un principio regulativo que atravesaba todo el ordenamiento jurídico. En el siguiente acápite, donde se profundizará sobre cuál es el contenido que se le ha dado a la idea de exigibilidad, hablaremos un poco de esa posición.

3.4.1 Versiones individualizadoras de la exigibilidad.

Fue FRANK, en un trabajo titulado, “Sobre la estructura del concepto de culpabilidad”, quien en los inicios del Siglo XX (1907), expuso que el juicio de culpabilidad pierde solidez cuando se presenta una situación fáctica anormal. En principio puede que ese aporte parezca insignificante, pero como bien lo apunta HENKEL:

(...) trajo como resultado, en un intenso debate, que el concepto psicológico de la culpabilidad, hasta ese momento dominante, fuese superado por la teoría normativa de ésta, un resultado que cabe ofrecer en la siguiente fórmula: la culpabilidad jurídico-penal no consiste o, en cualquier caso, no se agota en una relación psicológica del autor respecto de su hecho, sino que, en su esencia, representa un fenómeno normativo (...)¹¹⁵.

De ese modo, para FRANK el concepto de culpabilidad se traducía en un juicio de reproche que se elevaba en contra del individuo enjuiciado, y que dependía en todo caso, de un análisis “subjetivizado” de las circunstancias concomitantes que rodearon la comisión del delito; circunstancias que ayudan a determinar si le era exigible al sujeto concreto actuar conforme al ordenamiento jurídico. Precisamente ese entendimiento de las circunstancias a través del lente interno-subjetivo de la persona enjuiciada fue el punto débil de la posición de esa teoría.

¹¹⁵ Ibid., p. 45

En todo caso, las ideas de FRANK marcaron una época y fueron el caldo de cultivo para el desarrollo del principio de no exigibilidad. Desarrollo que vino de la mano de dos autores:

FREUDENTHAL y GOLDSCHIMDT. De forma casi simultánea, aunque independiente, estos autores, llegaron a la conclusión de que el juicio de exigibilidad debía estar sumamente individualizado. FREUDENTHAL afirmaba que el análisis de exigibilidad era imprescindible para poder cerrar el abismo que separaba el “fallo del jurista” del “fallo del pueblo”. Se trataba de una tesis novedosa, aunque sin los cimientos dogmáticos necesarios para mantenerse firme.

Por su parte GOLDSCHIMDT, elaboró un discurso con mejores insumos dogmáticos, introduciendo las nociones de norma jurídica (*Rechtsnorm*) y norma de deber (*Pflichtsnorm*). Mientras las primeras se configuran con carácter general y exigen que la conducta externa se corresponda con el ordenamiento jurídico, las segundas son de carácter individual y sirven para determinar si a una persona en concreto – en una situación determinada - se le podía exigir que acomodara su conducta a los preceptos del ordenamiento. Además, ambos autores coincidieron en una individualización extrema del juicio de exigibilidad¹¹⁶. Aunque esta concepción de la exigibilidad se le puede hacer la misma crítica que la vertida en contra de la idea de FRANK, su gran aporte consiste en haber definido la reprochabilidad como la negativa del sujeto a dejarse motivar por la representación de la norma de deber-individual (*Pflichtsnorm*), a pesar de que le era exigible.

3.4.2 Críticas a la versión individualizadora.

¹¹⁶ AGUADO CORREA, Teresa. *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal*. Granada: Editorial Comares, 2004. p. 12.

La primera crítica que se vierte en contra de las versiones individualizadoras de la exigibilidad radica en que es imposible, como pretenden sus defensores, lograr aprehender todas las circunstancias que rodearon la comisión de un delito. Además de eso, sería contraproducente, como quiera que no habría posibilidades de establecer parámetros para

delimitar en qué medida deben tenerse en cuenta cada una de las circunstancias, con miras a establecer la exigibilidad o inexigibilidad de otra conducta¹¹⁶.

Por otra parte, con una excesiva individualización se renuncia a la posibilidad de generalizar y predecir las decisiones jurídicas, lo que en últimas es la base para conseguir un fin tanpreciado en el Estado de Derecho, como es el de la seguridad jurídica. A su vez, esa imposibilidad de afianzar el principio de seguridad jurídica se relaciona con otro problema: la vulneración del principio de igualdad en el tratamiento ante la ley: si no se garantiza la seguridad jurídica, los jueces pueden empezar a ejercer de forma arbitraria sus potestades de juzgamiento, dando como resultado que dos casos con circunstancias muy parecidas terminen siendo decididos de manera dispar.

También es cuestionable que a partir de la extrema subjetivización del juicio de exigibilidad, se termine por incurrir en una intolerable relativización del principio de culpabilidad. Con esto no queremos decir que el juicio de culpabilidad no deba tener en cuenta las circunstancias del individuo concreto, sino que el punto está en reconocer que es inviable fundamentar el juicio de culpabilidad exclusivamente en las concepciones (en el sistema de valores) del individuo enjuiciado. Una cosa es aceptar que el juicio de culpabilidad deba partir desde las circunstancias del individuo y otra muy distinta es afirmar que esas circunstancias son el único insumo que debe tenerse en cuenta para realizar ese juicio. Esto último sería desconocer que el Derecho es una herramienta social para salvaguardar determinados intereses que no dependen de la visión del mundo que pueda tener un individuo.

Al respecto es pertinente citar a MEZGER:

El ajuste individual de la valoración que tiene que ser asegurado a la no exigibilidad en la causa de exclusión de la culpabilidad, no está definido para alterar valoraciones que se desprenden de la ley positiva, sino solamente para cumplirlas (...)¹¹⁷

¹¹⁶ Ibid., p.29

¹¹⁷ MEZGER, Edmund. Citado por: HENKEL, Heinrich. *Exigibilidad e Inexigibilidad como principio jurídico regulativo*. Montevideo: Editorial B de f, 2005, p. 55. Un esbozo de esta idea se encuentra ya directamente en MEZGER, Edmund. *Derecho Penal. Libro de Estudio. Parte General*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958, p. 273

Finalmente, y en esa misma línea, ceñir el concepto de exigibilidad a criterios internosubjetivos equivale a afirmar que el reproche de culpabilidad es igual al sentimiento moral de culpabilidad que el sujeto enjuiciado pueda llegar a tener¹¹⁸.

3.4.3 Versiones generalizadoras de la exigibilidad

Después de las teorías individualizadoras vino un nuevo impulso para las teorías normativas de la mano de EBERHARD SCHMIDT, cuando en su obra, “*Manual de Derecho Penal Alemán*”, dispuso que el concepto de exigibilidad es el elemento central de la culpabilidad. Al respecto, afirma que para estructurar el juicio de reproche, lo importante no es diferenciar los tipos de deberes que contienen las normas jurídicas, sino que la clave está en analizar la exigibilidad de motivarse conforme al ordenamiento jurídico. Según este autor, para saber cuándo era exigible motivarse por la norma, es necesario valorar si el resultado típico y la dañosidad social constituyen razones (contramotivos) suficientes para que el autor se motive a emitir una conducta que se adecúe al ordenamiento. A diferencia de sus antecesores, SCHMIDT plantea que el juicio de exigibilidad debe basarse en criterios generales –principalmente-. La novedad de esta postura es que, aunque de manera poco depurada, introduce el concepto de “ciudadano medio”. Además, este autor afirma que la exigibilidad debe reconocerse como una causal “supralegal” de exculpación.

También hubo otros autores que, no obstante partir de una teoría de la culpabilidad diferente a la normativa, incluyeron el concepto de exigibilidad a la hora de elaborar su concepción de aquella categoría. Así, KOLHRAUSCH llegó a identificar la culpabilidad con la exigibilidad, entendida como la “previsibilidad de un comportamiento conforme a la motivación de un hombre medio”¹¹⁹.

¹¹⁸ AGUADO CORREA. *Inexigibilidad...* Op. cit., p. 64

¹¹⁹ AGUADO CORREA. *Inexigibilidad...*, Op. cit., p. 16 ¹²¹
HENKEL. *Exigibilidad...*, Op. cit., p.57

Finalmente, algunos autores desarrollaron un concepto de exigibilidad basados en criterios generales, que servían de soporte para la expansión punitiva propia de los regímenes autoritarios de Europa. Entre ellos, destacan las figura LIEPMANN y SCHAFFSETIN, cuyos planteamientos se reducen a la utilización del criterio de exigibilidad para lograr una protección absoluta –y sin importar el costo- de los bienes jurídicos¹²¹.

3.4.4 Críticas al concepto generalizador

Principalmente al concepto generalizador de la exigibilidad se le critica la posibilidad de que una fórmula tan vaga como “el hombre medio” pueda ser llenada de un contenido autoritario, que no tenga en cuenta algunos elementos individuales fundamentales al momento de enjuiciar a un sujeto. En ese sentido, se afirma que precisamente en una situación apremiante, no es válido aplicar el concepto insípido de hombre medio, cuando precisamente las condiciones en que se desarrollan las conductas no son las normales.

Por otro lado, también se critica que algunas versiones del concepto generalizador afirman que la exigibilidad pueda erigirse en una causal supralegal de exclusión de la culpabilidad, ya que esto podría traer consecuencias político-criminales indeseables. En resumen el argumento es el siguiente: Es innegable que la ley no puede desarrollar su fuerza motivadora en todos los supuestos; no obstante, si la ley dispuso una serie de causales de exculpación, mal podría el intérprete pretender ampliarla, ya que esas causales constituyen el límite último entre la ley y el hombre; con lo cual incluir una causal supralegal implicaría quebrar esa barrera, permitiendo que en esos eventos el hombre tome el lugar de la Ley¹²⁰.

3.4.5 Versión de la exigibilidad como principio regulativo.

En 1954 la discusión sobre el concepto de exigibilidad tomó un nuevo giro. De la mano de HEINRICH HENKEL, la idea de exigibilidad empezó a trasladarse desde la culpabilidad hacia todo el ordenamiento jurídico. En otras palabras, la exigibilidad dejó de ser un concepto

¹²⁰ AGUADO CORREA. *Inexigibilidad...* Op. cit., p. 21

exclusivo de la culpabilidad, para pasar a encontrar un lugar en cada una de las tres categorías del delito, e incluso a ser un principio regulativo de todo el Derecho.

En su trabajo *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo*, este autor realiza una exposición que aclara cómo, en su sentir, la idea de exigibilidad se encuentra en áreas del Derecho tales como el Derecho Privado, el Derecho Internacional o el Derecho Administrativo¹²¹. Luego de concluir con ese punto, se dispone a aclarar cuáles son los contornos del principio de exigibilidad en el área jurídico-penal. Al respecto afirma que la exigibilidad es un concepto que está vinculado de forma ineludible con el concepto de deber: en los supuestos de hecho donde el legislador no pudo concretar cuál es el alcance de los deberes jurídicos, es tarea del juez lograr esa delimitación, tomando en consideración las circunstancias de cada caso. Siendo así, en la tipicidad y la antijuridicidad –es decir en el área del injusto–, los criterios para determinar cuáles son los deberes, se rigen por parámetros objetivos, mientras que cuando se esté analizando la culpabilidad, los deberes que determinan lo exigible serán pautados por las cualidades y capacidades del sujeto enjuiciado; es decir, a través de criterios subjetivos.

Vale aclarar que esta teoría ha tenido su mayor auge en el ámbito de los delitos de omisión. Y es algo entendible, si tenemos en cuenta que en esas situaciones, es muy posible que la ley no brinde claridad sobre los deberes específicos que debe cumplir el sujeto que está inmerso, bien sea en una omisión pura o en un delito de comisión por omisión.

3.4.6 Críticas a la exigibilidad como principio regulativo

La noción de principio regulativo es neutra. Carece de cualquier contenido valorativo, y por tanto no ofrece ninguna pauta que permita anticipar – o mejor, racionalizar – la decisión judicial. Por tanto, se trata de un camino expedito para que prospere la arbitrariedad judicial. Acudir a un criterio vacío, es lo mismo que permitir una valoración intuitiva por parte del

¹²¹ HENKEL. *Exigibilidad...* Op. cit., pp. 63-70

Juez, y en últimas, eso equivale a romper con tres pilares fundamentales de un Estado de Derecho: i) postulado de la capacidad de generalización de las decisiones jurídicas, ii) postulado de la capacidad de ser fundamentadas, iii) postulado de la predicibilidad de las decisiones jurídicas¹²². Sobre este tema también es adecuado remitirse a las críticas esbozadas contra la versión individualizadora del concepto de exigibilidad.

3.4.7. El concepto de deber como criterio para determinar el ámbito de lo exigible.

Si bien el tema de los deberes se ha vinculado normalmente con el terreno de los delitos imprudentes o de omisión, como quiera que se trata de figuras delictuales donde el problema del deber aparece con mayor protagonismo, también es posible redirigirlo al campo de los delitos comisivos dolosos, ya que también en estos tipos penales existe un mandato de abstenerse de la acción típica referida. Al respecto, HENKEL, afirma que *“en la base de la sanción penal de los delitos de comisión yace, pues, un deber general de omisión, un deber de evitar (...) Los límites de este deber de omitir y evitar son circunscritos por el tipo como tipificación del injusto y ganan concreción, en el caso dado, merced al empleo de los conceptos descriptivos y valorativos del tipo legal.”*¹²³

El punto clave de este planteamiento radica en entender que bajo todos los tipos penales subyace un deber general de omisión. De ese modo, la tarea dogmática consiste en desentrañar cuáles son los contornos que ese deber adquiere en cada uno de los delitos. Así, en los tipos comisivos dolosos, está implícito un deber de no lesionar intencionalmente un determinado bien jurídico. Haciendo uso de una analogía bastante conocida, podemos decir que la infracción del deber de omisión constituye la otra cara de la moneda de los delitos comisivos.

Tener presente ese planteamiento es vital, ya que los deberes de comportamiento que están inmersos en el tipo delictivo y la cuestión de la culpabilidad son asuntos tan vinculados, que

¹²² AGUADO CORREA. *Inexigibilidad...* Op. cit., p. 29

¹²³ HENKEL. *Exigibilidad...* Op. cit., p. 75

solo es posible concretar la exigibilidad de otra conducta si al mismo tiempo se identifican cuáles son los deberes que entraña el tipo y que han sido infringidos con la acción. Por consiguiente, el criterio para determinar qué es lo exigible ha de buscarse en el contexto normativo donde se encuadre la conducta, es decir, en los preceptos de la Parte Especial¹²⁴.

Por ejemplo, en el delito de favorecimiento hay implícito un deber de omitir el encubrimiento de un tercero. Ese es su campo de acción, o para utilizar palabras de HENKEL, ese es el “*ámbito típico*” de la norma. En muchos casos, el favorecimiento no presenta mayores problemas. Pero cuando favorecer a otro entraña a su vez un autoencubrimiento, entonces es evidente que no le era exigible al sujeto actuar de otro modo, ya que si bien existía un deber de no encubrir a un tercero, también estaba de por medio un interés jurídicamente relevante de no autoincriminarse. En consecuencia, el favorecimiento cometido en esas circunstancias debe exculparse porque a pesar de la infracción del deber implícito en el tipo, había un interés jurídicamente relevante que se encontraba por fuera del ámbito de prohibición y que supuso un motivo inexpugnable para que el sujeto actuara de ese modo.

Sobre la relación entre la categoría del interés jurídicamente relevante y la menor exigibilidad nos ocuparemos en el siguiente acápite.

3.4.8. La menor exigibilidad entendida como la preferencia legítima por los propios intereses

Si bien el estudio pormenorizado de la menor exigibilidad supera por mucho el propósito de este trabajo, en adelante nos ocuparemos de exponer parámetros útiles para explicar i) cuál es el contenido del principio de exigibilidad y ii) cómo, a partir de ese contenido, se fundamenta la inexigibilidad o la menor exigibilidad de otra conducta.

¹²⁴ FRELLESEN, Peter. Citado por: AGUADO CORREA, Teresa. *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal*. Granada: Editorial Comares, 2004, p. 35.

Proponiendo cuestionamientos a HENKEL, DANIEL VARONA GÓMEZ, arguye que la exigibilidad es ante todo un principio jurídico, y como tal, tiene un componente valorativo que no se debe pasar por alto; en este caso, ese componente residiría en la idea de que las normas legales no pueden imponer exigencias ilimitadas, y *contrario sensu*, una vez definidos los límites, debe exigirse el cumplimiento de la norma.

A partir de esta crítica, VARONA GÓMEZ se ocupa de desarrollar toda una teoría para explicar cómo, ante ciertos eventos en que el sujeto ve amenazados intereses que le son propios o que pertenecen a personas con las que está estrechamente vinculado - y los cuales han sido promovidos activamente por el ordenamiento jurídico -, entonces las conductas antijurídicas en que incurra como reacción ante esas amenazas deben ser objeto de un menor reproche, o incluso pueden llegar a ser exculpadas.

Analizando particularmente la eximente de miedo insuperable, VARONA GÓMEZ propone materializar esos contornos de la inexigibilidad en la necesidad de evaluar ciertas situaciones desde la visión parcializada del autor: es decir, desde la perspectiva del implicado frente a los intereses propios que está viendo amenazados y cuya protección se encuentra por encima de los intereses de un extraño. Siendo así, la razón para fundamentar la inexigibilidad en esa preferencia subjetiva del autor se encuentra en que hay ciertos intereses propios del autor o que pertenecen a personas íntimamente vinculadas con él promovidos activamente por el ordenamiento jurídico y que atañen directamente al respeto de la individualidad como uno de los pilares del Estado de Derecho.

Por consiguiente cuando un sujeto vea amenazado alguno de esos intereses y en consecuencia cometa una conducta antijurídica para defenderlos, es necesario que el ordenamiento reconozca que ese individuo se encontraba en una situación de menor exigibilidad, o incluso, en un evento de inexigibilidad de otra conducta, pues la preferencia por sus propios intereses es legítima en tanto se corresponde con unos valores que, por ser inherentes a la autonomía de la persona, son dignos de protección:

El principio de inexigibilidad aporta la base material de tal preferencia subjetiva, al estar basado, precisamente en la idea de parcialidad, esto es, en la consideración de que el conflicto ha de decidirse trasladándonos a la perspectiva del concreto individuo afectado por la situación de necesidad (...) Las relaciones íntimas están definidas, en último término, por una intensa parcialidad, y no podemos al mismo tiempo afirmar la validez de tales relaciones y condenar a alguien por acciones que revelan que valora su bienestar y el de su familia más que el de los extraños.¹²⁵

Para VARONA, los intereses personales del autor permiten estructurar dos niveles distintos de valoración: en la antijuridicidad se impone una perspectiva impersonal como nivel básico de la justificación, en cambio, en la culpabilidad, se recoge la perspectiva personal del conflicto: *“el autor da mayor peso a unos determinados intereses porque éstos le pertenecen a él mismo o a personas por las que siente una especial vinculación.”*¹²⁸ En todo caso estos intereses son razones suficientes para eximir de pena, pero no tan fuertes como para resolver el conflicto justificando la conducta de manera imparcial y general.

Por ejemplo, si el Estado ha promovido constantemente la importancia de la familia como uno de los intereses más preciados para el ciudadano, entonces cuando una persona vea amenazado seriamente ese interés, optando por incurrir en una conducta antijurídica para protegerlo, el Estado debe reconocer la eximente de miedo insuperable, toda vez que el sujeto se encontraba en una flagrante situación de inexigibilidad de otra conducta.¹²⁶

VARONA GÓMEZ continúa su razonamiento distinguiendo entre otras circunstancias similares al miedo insuperable que también constituyen facultades de auto protección concedidas a las personas por el ordenamiento jurídico, como el estado de necesidad. Para él, la eximente de miedo insuperable debería destinarse solo para los casos de conflicto entre bienes en que no sea dado justificar la conducta, porque se estaría ante un supuesto de causación de un daño mayor, pero aun así sea posible exculpar al autor en atención a la legítima preferencia por los propios intereses.

¹²⁵ VARONA GÓMEZ, Daniel. *“El miedo insuperable y la ética del hormiguero: reflexiones sobre el papel de las eximentes fundadas en la inexigibilidad de otra conducta”*. En *Revista de Estudios de Justicia*, No. 12. Santiago de Chile: Universidad de Chile, 2010, p. 76 y 79. ¹²⁸ *Ibid.*, p. 85

¹²⁶ En el cuento *“El etíope”* de FERDINAND VON SCHIRACH se narra un caso de este tipo. El cuento hace parte del libro *“Crímenes”*. Barcelona: Ediciones Salamandra, 2011.

A partir de esta distinción, VARONA estructura lo que serían los límites a esa preferencia legítima por los propios intereses, agrupándolos en dos grandes categorías: (i) el mal amenazante y (ii) la acción defensiva. Dentro del primer límite, se enmarcan varias exigencias, tales como que aunque el mal no sea de producción inmediata, si sea necesario actuar de manera inminente para una defensa eficaz; también que la creencia subjetiva en la seriedad y realidad del mal amenazante sea razonable y que éste no haya sido provocado por la persona que actúa para evitarlo. Pero la exigencia que más se destaca es la “*presencia de una cierta proporcionalidad entre los bienes jurídicos en juego.*”

De la concepción de este autor que viene de reseñarse, se extraen dos elementos basilares no solo para ese propio planteamiento, sino para el análisis que nos convoca en este trabajo: (i) el interés jurídicamente relevante y (ii) la proporcionalidad entre los bienes jurídicos en juego. Aunque todos los planteamientos del autor en cuanto a los límites del miedo insuperable sean muy destacables, los criterios extraídos son los idóneos para abordar la problemática del estado de ira e intenso dolor, pues es evidente que las diferencias entre esta figura y el miedo insuperable impiden acoger la postura de VARONA GÓMEZ en su integridad.

Precisamente, en la circunstancia del miedo insuperable se está ante un mal venidero de una entidad considerable que reclama una acción defensiva de unos intereses jurídicos en peligro y que implica sacrificar bienes jurídicos que pueden ser – en abstracto – incluso de igual o mayor valor que los intereses que se pretende salvaguardar. Como ya se señalaba, se trata de una facultad de auto-protección que otorga el ordenamiento jurídico. En cambio, en el estado de ira e intenso dolor nos encontramos ante una agresión grave e injusta que ya ha sido consumada y una acción cuyo fin no es el de impedir esa lesión. Por esa razón, el Estado no puede exigir al sujeto que reaccione de la misma manera que un “ciudadano medio”. Pero tampoco puede llegar a exculpar al individuo, ya que su reacción no intenta impedir la lesión de esos intereses, y en ese sentido se encuentra por fuera de los márgenes que sirven de criterio para contemplar la inexigibilidad de otra conducta por un miedo insuperable. Y se insiste, mucho menos pueden justificarse ese tipo de reacciones, como quiera que no se está

ante las facultades de auto-protección que el ordenamiento jurídico concede a los ciudadanos, tal como sucede en los eventos de legítima defensa.

Empero, aunque el miedo insuperable y el estado de ira sean disímiles en tanto solo el primero de ellos - al igual que la legítima defensa - constituye una facultad de auto-protección, tienen la eximente y la atenuante un aspecto absolutamente relevante en común: son ambas, como se ha venido sosteniendo, una cuestión de exigibilidad. Pero ese principio de exigibilidad, o mejor, de inexigibilidad de la actuación conforme a la ley, que ha encontrado una sólida postulación en HENKEL, amerita una mayor concreción, la que pudiera ser ofrecida por una idea como la preferencia legítima por los propios intereses, tal cual lo sostiene VARONA.

A partir de la existencia de un doble nivel de valoración de los conflictos de intereses, desde una perspectiva imparcial en un primer nivel, y desde una perspectiva parcial o personalísima de individuo en el segundo, se estructura esa idea del interés jurídicamente relevante para el autor y que es preferido por él en determinadas situaciones. Entonces, tal idea es el “núcleo normativo”¹²⁷ del principio de inexigibilidad, lo que explica la posibilidad de trasladarla al ámbito del estado de ira e intenso dolor y también al de otras figuras jurídico-penales que puedan ser reconducidas a la exigibilidad, sin que ello implique ignorar en todo caso los diferentes matices que distinguen al miedo insuperable del estado de ira e intenso dolor.

Hechas las aclaraciones precedentes, es menester profundizar en los dos criterios rescatados de esta postura.

VARONA GÓMEZ estima que en el caso del miedo insuperable, como una situación de inexigibilidad de otra conducta, la preferencia del sujeto por sus propios intereses no debe arrojar un *saldo positivo* o constituirse en el menor de dos males – pues en esos casos podría justificarse ya el comportamiento de manera imparcial – ni tampoco se trata de hacer una tasación *a priori*. Sin embargo, ello no significa que no se requiera cierta *ponderación entre*

¹²⁷ VARONA, *El miedo insuperable y la ética del hormiguero...*, Op. cit., p. 91.

los bienes jurídicos enfrentados, que siendo diferente a aquella exigida para justificar una conducta, es también necesaria en la eximente de miedo insuperable, “porque esta plantea en definitiva una cuestión sobre la relevancia de los motivos para la actuación, lo cual no puede dejar de tomar también como referente el valor de los bienes jurídicos enfrentados”¹²⁸.

Esos bienes jurídicos enfrentados deberán ser objeto de una ponderación en cada caso concreto, debido a la naturaleza del principio de inexigibilidad. Así, VARONA propone dos principios que pudieran orientar esa labor de ponderación: (i) el principio de recuperabilidad y (ii) el principio de adecuación. De acuerdo al primero de ellos, para una persona son más graves las lesiones que recaen sobre bienes jurídicos cuya recuperación es imposible o bastante difícil, por encima de las amenazas a bienes fácilmente recuperables. En este orden de ideas, cuando la amenaza se dirija a un bien jurídico de fácil recuperación, dicha lesión debería ser, en principio, tolerada. En cambio, cuanto más irrecuperable se muestre el bien jurídico amenazado, más limitada se ve la libertad de elección del individuo, y con ello su imparcialidad. La consideración de irrecuperabilidad del bien jurídico dependerá de cada caso concreto, por lo que no se excluyen automáticamente las lesiones a bienes jurídicos como el honor, el trabajo o incluso la propiedad, como motivadoras de un miedo insuperable.

Por su parte, el principio de adecuación se refiere a que si bien el miedo insuperable permite la causación de un mal mayor que el que amenaza, la lesión causada no puede estar fuera de toda proporción, pues ello significaría que la persona estaría valorando sus bienes jurídicos muy por encima de lo que es tolerable para el ordenamiento jurídico, incluso para exculpar una conducta. En consecuencia, si bien se reconocen las valoraciones parciales que de los bienes jurídicos enfrentados hace el autor, decidiéndose por salvaguardar el bien con el que se encuentra más estrechamente vinculado, aunque sea de menor valor desde un punto de vista objetivo, esa valoración parcial no puede ser ilimitada.

¹²⁸ VARONA GÓMEZ, Daniel. El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia. Granada: Editorial Comares, 2000. p.244.

Un último aspecto abordado por VARONA GÓMEZ y que es de importancia indiscutible, es la concurrencia de móviles en la actuación de la persona. Es decir, hechos donde el autor ha actuado no solo motivado por el miedo sino por fines diversos, como podrían serlo la venganza, el odio, el ánimo de lucro, etc.

Frente a estos casos, VARONA GÓMEZ entiende que el miedo no debe ser el único móvil que oriente la actuación del individuo, pero sí el preponderante. Sin embargo, considera que cuanto más poderoso y más alejado del fundamento que justifica la exención de miedo insuperable sea el móvil concurrente, "*más se diluirá el efecto del miedo sobre la conducta y mayor relevancia adquirirá, por el contrario, el otro móvil*".¹²⁹

3.5 Toma de posición

La exigibilidad representa serios desafíos conceptuales, pues a diferencia de otros conceptos como la tipicidad o la antijuridicidad, esta idea por sí misma no ofrece ningún criterio que dé luces sobre cuál es el contenido que debe otorgársele. Sin embargo, es necesario intentar alguna concreción de esa categoría.

En nuestro sentir, materializar el contenido que debe encerrar el concepto de inexigibilidad es el resultado de un análisis compuesto por dos aspectos diferentes pero íntimamente relacionados: i) delimitar los deberes que encuadran la exigibilidad y ii) determinar el grado de exigibilidad del sujeto en un caso concreto. Se trata de dos análisis sucesivos.

En el primer análisis deben identificarse los deberes que están implícitos en el tipo penal. De esa manera, puede establecerse qué era lo que, en principio, se le exigía al sujeto. Aterrizando este planteamiento al tema puntual del feminicidio, podemos decir que en la medida en que aclaremos cuáles son los deberes que encierra el tipo penal, lograremos darle un contenido concreto a lo que es “exigible” en esos eventos.

¹²⁹ Íbid., p. 177.

Una vez delimitados los deberes, es momento de pasar a la determinación del grado de exigibilidad. Para ello es importante recurrir al criterio del hombre medio ubicado en el mismo ámbito de responsabilidad – imputabilidad o inimputabilidad – y en la misma situación del autor.

No obstante, hay que aclarar el significado que este criterio tiene tanto en el injusto como en la culpabilidad. Así, mientras en el injusto se trata de un criterio de inexigibilidad general, porque regula ciertos casos en los que el ordenamiento no puede o no estima conveniente exigir a nadie que se abstenga de cometer un hecho determinado, en la culpabilidad el criterio del hombre medio sirve para preguntarnos si a un individuo concreto la era exigible que se comportara conforme a ese canon. Esto significa que el ordenamiento jurídico no ha renunciado a exigir la realización de conductas acordes al Derecho, pero por las circunstancias particulares del caso y del sujeto, podría considerar inexigible para esa persona que se comporte como lo hubiese hecho un hombre medio en su lugar. En otras palabras, en terreno del injusto analizamos si es posible introducir el criterio del hombre medio para resolver el conflicto; en cambio, en la culpabilidad analizamos si es justo que a un individuo se le exija acoplarse a ese criterio.

Por otra parte, esa matización del significado que el criterio del hombre medio tiene en el injusto y en la culpabilidad, implica que se deben tener en cuenta conocimientos distintos para materializar el juicio de exigibilidad. Cuando se trate de un análisis en el nivel del injusto, deben tenerse en cuenta aquellos conocimientos del autor que de algún modo son objetivables; cuando el juicio de exigibilidad se desarrolla en la culpabilidad, se parte desde la perspectiva del autor pero deben tenerse en cuenta además otros que no están relacionados directamente con la conducta pero que pueden ser relevantes para estructurar el juicio de culpabilidad.

Para lograr evaluar de una forma adecuada si a un individuo le era exigible actuar conforme a los deberes del tipo penal, es imprescindible tener en cuenta los principios de recuperabilidad y adecuación al momento de hacer el análisis.

En el evento de la ira e intenso dolor, estos criterios son esenciales, ya que reconocer esta circunstancia dependerá de lo irrecuperable que sea el interés jurídicamente relevante del autor, y de la proporción existente entre el daño causado y la entidad de la agresión injusta.

De esa manera, no solo se toman en consideración las valoraciones del sujeto implicado en el conflicto, sino que estas se analizan a través de esos dos criterios que sirven de baremo para evaluar hasta qué punto era razonable exigir una conducta conforme a derecho, o por el contrario, hasta qué punto es razonable reconocer alguna circunstancia atenuante, o incluso, una eximente de responsabilidad.

Afirmar lo contrario, es decir, que la exigibilidad es un concepto que debe construirse solo en clave de aspectos individuales del autor, sería lo mismo que decir que es el individuo quien indica el alcance de la ley, y no la ley la que establece los límites para el individuo. Sobre el particular, FERNÁNDEZ CARRASQUILLA afirma:

Ni la responsabilidad personal o su exclusión, ni lo que la doctrina internacional dominante llama culpabilidad o inculpabilidad, son una reducción del examen a la extrema subjetividad o individualización, pues sin baremos de una objetividad que corresponda a la “media estadística” – al hombre medio en la misma situación - el solo pretexto sería insuficiente. La capacidad o incapacidad del autor para motivarse y autodeterminarse por la norma en la situación concreta se infiere del contexto histórico-biográfico del acto, no de las puras reconditeces subjetivas de la mente del autor¹³⁰. (Subrayas fuera del texto).

¹³⁰ CARRASQUILLA, Fernando. *Derecho Penal: Parte General. Vol. I* Bogotá: Ed. Jurídica IBAÑEZ, 2012. p.645

CAPÍTULO IV.

INJUSTO DE FEMINICIDIO Y ATENUANTE DE ESTADO DE IRA E INTENSO DOLOR: APROXIMACIÓN A SU COMPATIBILIDAD

En primer lugar, hay que anotar que el interrogante de la compatibilidad entre algún elemento particular del injusto y el estado de ira e intenso dolor ya ha merecido alguna atención de la doctrina y la jurisprudencia nacional; aunque no en lo referente al delito de feminicidio, sino en el homicidio agravado por la alevosía y también en el campo del homicidio agravado por la sevicia. Sobre estos temas se han pronunciado varios autores de la doctrina nacional, entre quienes destacan GÓMEZ LÓPEZ¹³¹, MOLINA ARRUBLA¹³², MESA VELÁSQUEZ¹³³, PACHECO OSORIO¹³⁴ y RENDÓN GAVIRIA¹³⁵.

Si bien el tema de la compatibilidad entre la alevosía y el estado de ira no ha traído mayores discordias dogmáticas, la compatibilidad entre sevicia y estado de ira sí ha suscitado grandes polémicas dentro de la doctrina.

Por ejemplo, GÓMEZ LÓPEZ afirma que no son compatibles. Este autor sostiene que el estado de ira e intenso dolor se refiere a una situación emocional del sujeto, cuya intensidad es tan grande que elimina la forma normal de “autoconducirse”, y la sevicia es un agravante mixto, en donde debe concurrir un elemento objetivo – determinado por el tipo de vejámenes a los que fue sometido la víctima – y un elemento subjetivo – referente al ánimo y voluntad de

¹³¹ GÓMEZ LÓPEZ, Orlando. *El Homicidio*. Bogotá: TEMIS, 2 ed., 1997, pp. 518-519.

¹³² MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. *Delitos contra la vida y la integridad personal*. Medellín: Biblioteca Jurídica DIKE, 1 ed., 1995, p. 158.

¹³³ MESA VELÁSQUEZ, Luis Eduardo. *Delitos contra la vida y la integridad personal; delitos contra el patrimonio*. Bogotá: TEMIS, 2 ed., 1972, p. 35.

¹³⁴ PACHECO OSORIO, Pedro. *Derecho Penal Especial. Tomo III*. Bogotá: TEMIS, 1 ed., 1972, p. 309.

¹³⁵ RENDÓN GAVIRIA, Gustavo. *Derecho Penal Colombiano: Parte Especial*. Bogotá: TEMIS, 1 ed., 1974, p. 39.

imprimir sufrimientos que debe existir en el autor. En ese orden de ideas, si un individuo comete un homicidio bajo el influjo de ira e intenso dolor, mal podría predicarse el agravante de la sevicia, ya que sin negar que “objetivamente” puede haber matado con sevicia, siempre le hará falta el componente subjetivo de “querer hacer sufrir”, toda vez que en el momento del delito, su voluntad estaba cercenada por el estado de la ira¹³⁶.

Ese razonamiento, aunque bien construido, tiene cuando menos un vicio de forma: el autor al enlazar su argumento, invierte el orden que debe seguirse en los análisis dogmáticos si entendemos la teoría del delito como una estratificada. Según él, un sujeto que actúe con ira nunca podrá actuar con el ánimo que se requiere para cometer un homicidio agravado por la sevicia. Es decir, para él, un elemento de la culpabilidad es el que impide que se configure determinado injusto, cuando siendo rigurosos el análisis del injusto antecede al de culpabilidad. Además, es evidente que para este autor el problema de compatibilidad entre ambas categorías debe analizarse en clave de la psicología del sujeto.

En nuestro criterio, ese abordaje “psicológico” ha impedido clarificar que, siendo el problema del estado de ira e intenso dolor uno de menor exigibilidad, no hay por qué negar *a priori* que en un mismo caso puedan concurrir la sevicia y el estado de ira e intenso dolor. Se trata de auscultar las circunstancias de cada caso.

Pero ahora el interrogante que nos ocupa, si bien es semejante a los cuestionamientos ya abordados por la doctrina, es de un tenor diferente: ¿son compatibles el injusto de feminicidio y el estado de ira e intenso dolor consagrado en el artículo 57 del Código Penal? Es un tema complejo, porque si tenemos claro que el injusto de feminicidio requiere la existencia de ciertos motivos discriminatorios para su configuración, entonces sonaría paradójico que, cuando bajo el estado de ira e intenso dolor subyazcan esos mismos motivos, el Juez atenúe la responsabilidad del sujeto.

¹³⁶ GÓMEZ LÓPEZ, *El homicidio...* Op. Cit., p.520

Para abordar esta cuestión, es importante volver a mencionar cuáles han sido las posturas que se han sostenido durante el desarrollo de esta tesis:

- i. El injusto se compone de una conducta que lesiona (o pone en peligro) un bien jurídico, cuyo contenido sostenemos que son las condiciones que permiten y aseguran a los ciudadanos su participación en el sistema social. En el caso del feminicidio, los bienes jurídicos lesionados son la vida y la condición de género de la mujer, entendida esta última como la posibilidad que el ordenamiento jurídico reconoce a las mujeres de decidir (resignificar) cuál va a ser el rol que ocuparan dentro de la sociedad.

- ii. A partir del libre albedrío, la culpabilidad se entiende como una capacidad de respuesta a la norma, que le permite al hombre en la mayoría de situaciones de decisión, motivarse conforme al Derecho. Lo anterior implica que en los supuestos donde se atenúa la culpabilidad, ello es así atendiendo a consideraciones políticocriminales y de justicia, pues no es que se excluya totalmente la posibilidad de actuar de otro modo, sino que las circunstancias del hecho representan una "*presión motivatoria*" que impide exigirle plenamente al sujeto la observancia de la norma.

- iii. El estado de ira e intenso dolor consagrado en el artículo 57 del Código Penal, supone una circunstancia de menor exigibilidad de otra conducta. Por ende, si bien es necesario que haya una alteración emocional, el fundamento de esta atenuante no estriba en la intensidad de la emoción (ira e intenso dolor) que experimenta el sujeto, sino que también es determinante analizar su contenido y la entidad de la agresión que la provocó. En ese sentido, lo determinante es evaluar cuál fue el interés del autor que se vio agredido y también la adecuación entre la reacción del autor y la agresión.

- iv. La exigibilidad en un caso concreto se materializa a través de dos análisis principales: el primero sobre los deberes que subyacen en el tipo (y que fueron infringidos por el autor); el segundo tendiente a evaluar hasta qué punto le era exigible al autor el cumplimiento de esos deberes; para este análisis, el concepto de interés jurídicamente relevante es imprescindible.

Luego de tener clara la base desde donde vamos a partir, es importante recordar que el delito de feminicidio contiene varios supuestos de hecho que dificultan su interpretación a la luz de la dogmática penal. Sin embargo, en términos generales, podemos dividir los eventos de feminicidio en dos grandes grupos: públicos y privados.

Mientras los feminicidios públicos se refieren a aquellos delitos que son perpetrados en contra de una mujer que no tenía un vínculo de intimidad con el agresor, los feminicidios privados se caracterizan porque entre el agresor y la víctima existía una relación de intimidad, es decir, existía una relación de pareja o de alguna estrechez.

No obstante esta diferencia, en ambos casos la configuración del injusto de feminicidio requiere la lesión de dos bienes jurídicos: i) la vida y ii) la condición de género. De ahí se sigue que en la conducta enjuiciada, además de la muerte de la víctima, deben aparecer diáfanos los elementos subjetivos discriminatorios que requiere el tipo.

Es importante hacer énfasis en los motivos discriminatorios. Son una condición sin la cual es imposible imputar un feminicidio. Por ende, si no hay claridad sobre su existencia, ya sea porque el hecho no se encuentre enmarcado dentro de las circunstancias enunciadas en los literales del art. 104A – con los comentarios que ya se hicieron – o el acervo probatorio no lo acredite para los demás supuestos, habrá que imputar el delito de homicidio, haciendo gala del principio *in dubio pro reo*.

Asimismo, debemos anotar que sería inaceptable que los supuestos de hecho enunciados en dichos literales, y que sin duda hacen referencia a comportamientos previos del autor o

concomitantes al feminicidio, se conviertan en una presunción *iuris et de iure* de la existencia de una motivación discriminatoria al momento de causar la muerte de la mujer. No estamos hablando de un delito cuya configuración pueda satisfacerse sin más a partir del análisis de vida del sujeto; estamos hablando de un delito que, conforme a los criterios de Derecho Penal de acto, debe deducirse de la valoración de la conducta particularmente enjuiciada.

Es importante hacer esa precisión porque somos conscientes de que el delito de feminicidio, aunque sea un mecanismo importante para lograr la reivindicación del género femenino, camina en una delgada frontera y puede resbalar fácilmente hacia un derecho penal de autor que desconozca garantías irrenunciables.

Siendo claros en esos puntos, pasemos ahora a analizar la compatibilidad entre el feminicidio y el estado de ira e intenso dolor.

Tal como hemos expuesto a lo largo de este trabajo, bajo cualquier delito reposa un deber general de omisión; la diferencia radica en que dependiendo de cuál sea la conducta tipificada, ese deber adquiere unos contornos especiales. Siendo así, en el delito de feminicidio – y en la mayoría de delitos comisivos – la evaluación de cuáles son esos deberes mantiene un vínculo estrecho con la determinación de los bienes jurídicos en cuya lesión se fundamenta la criminalización primaria.

Con esto no queremos decir que en los delitos de omisión (propia o impropia) no sea importante el concepto de bien jurídico, pero sí es indudable que en esos delitos el análisis sobre los deberes que recaían en cabeza del autor pasa también por otra serie de criterios, como por ejemplo la posición de garante.

Volviendo al tema del feminicidio, en ese delito específico encontramos que hay dos deberes de omisión nítidos. El primero se refiere a no lesionar la vida y el segundo a no lesionar la condición (decisión) de género.

Armonizando esa idea con el concepto de exigibilidad que en este trabajo se ha venido sosteniendo, cualquier posible evento de menor exigibilidad debe ser evaluado a la luz de esos dos deberes.

Dicho de otra manera, los deberes que están implícitos en el delito de feminicidio dibujan lo que podemos llamar "el marco de exigibilidad", su límite máximo. Por otro lado, determinar hasta qué punto es posible exigirle al sujeto, depende de un análisis pormenorizado de la situación en que este se encontraba al momento de realizar la conducta. Esto implica evaluar si existían intereses jurídicamente relevantes del autor que pudieran chocar contra el deber – en el caso del feminicidio los deberes – que en principio estaba llamado a cumplir.

En caso de que se presente esa tensión entre un interés jurídicamente relevante del autor y los deberes implícitos en un tipo penal, podemos decir, inicialmente, que el sujeto se encontraba en una situación de menor exigibilidad. Decimos inicialmente, porque en todo caso, debe hacerse una valoración con base en los principios de recuperabilidad y adecuación propuestos por VARONA GÓMEZ.

Hilando el anterior razonamiento con el tema puntual del feminicidio, podemos afirmar que si un sujeto comete ese injusto impulsado por la lesión que la víctima produjo a uno de sus intereses jurídicamente relevantes – es decir, relevantes para el ordenamiento jurídico pero especialmente para el autor – y que desencadenó en él tal estado emocional de ira, estaremos en el terreno de la circunstancia atenuante consagrada en el artículo 57 del Código Penal.

Pero, ¿cuándo se presenta una situación de este cariz?

Al respecto creemos que si bien en la generalidad de casos de feminicidio no es posible excluir *a priori* la compatibilidad entre ese injusto y el estado de ira e intenso dolor, en el campo de los feminicidios cometidos en un contexto de relación de pareja, en donde la supuesta provocación del estado de ira es la infidelidad de la mujer, la compatibilidad entre ambas categorías (feminicidio y estado de ira) debe excluirse de plano.

La idea es simple: si bien en los demás supuestos de feminicidio es posible que el interés lesionado, a partir del cual se estructura el estado de ira e intenso dolor, concorra con el ánimo discriminatorio que requiere el tipo, en el feminicidio privado "provocado" por la infidelidad de la mujer, ese interés del autor que se vio lesionado y que sería la fidelidad conyugal, no fue el que originó el estado de ira que desembocó en el hecho punible, pues el autor de manera personal no lo estima relevante. Por el contrario, el detonante habría sido el mismo ánimo discriminatorio prohibido por el tipo.

De cierta manera, se trata de un análisis lógico muy básico: en estos feminicidios, puede que "objetivamente" existan dos intereses del autor lesionados: la fidelidad y el ánimo de dominación sobre la mujer. De estos dos intereses, solo el primero es jurídicamente relevante y por tanto podría fundamentar la atenuante de ira e intenso dolor. Sin embargo, la ira del autor no se desencadenó por la lesión de ese interés con relevancia jurídica, sino que se produjo por la lesión a ese otro interés que para él puede ser válido pero que en ningún caso debiera ser tenido en cuenta por el ordenamiento jurídico para atenuar su culpabilidad.

Con esto no queremos decir que la fidelidad no sea un interés jurídicamente relevante, ni mucho menos que su lesión no pueda ser causal de un estado de ira e intenso dolor. Lo que aquí se plantea es que en los eventos de feminicidios "provocados" por la infidelidad, y se reitera que si hablamos de feminicidio es porque se ha establecido la existencia de esa motivación discriminatoria, lo que realmente impulsó la comisión del delito es precisamente ese ánimo especial que subyace en la conducta y no el hecho de que la mujer haya sido infiel. En otras palabras, para el autor el interés que ha visto lesionado no es la fidelidad conyugal, sino el deseo de dominación sobre la mujer. Y de ninguna manera puede sostenerse que ese sea un interés jurídicamente relevante.

Piénsese, por ejemplo, en los casos del ciclo de violencia continuada en contra de una mujer que presumen la existencia de la motivación discriminatoria. Precisamente, esas circunstancias de violencia permiten inferir que el autor desconocía la autonomía y la

capacidad de decisión de ella. Por tanto, en ese contexto, la infidelidad de la mujer desencadena (provoca) el estado de ira, no por el hecho de que la fidelidad sea un interés importante para el autor, sino porque se trata de un acto que "desafía" esa supuesta posesión o dominio que el autor cree detentar sobre ella. Sobre este punto cabe citar al autor brasileiro NELSON HUNGRÍA, quien ya en el año 1955 apuntaba a esta idea:

Los especuladores del adulterio, los detractores de la honra, que matan en nombre de ella para purificar una mancha con lo que conculcan, son los contrabandistas de la moralidad y de la pasión, con las cuales trampean en el juego de la justicia administrada por los jueces de hecho. El mejor medio de identificar estos estafadores del brío y del amor es investigándolos en la intimidad de su vida conyugal. Son, por regla general, maridos groseros, egoístas, tiránicos. La mujer ha de ser siempre para ellos la esclava sumisa, donde vaciar, pasivamente, la taza de todas las amarguras y vilipendios. (...) Acostumbrados a ver en la cónyuge apenas un objeto de su posesión arbitraria, tales individuos no advierten que hay en ella un alma que siente y se rebela (..) ¹³⁷

Precisamente, y remitiéndonos a la claridad conceptual de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia 41457 del 4 de Marzo de 2015, negar la libertad, autonomía y capacidad de decisión de una mujer, también es una de las formas de discriminación que prohíbe el delito de feminicidio, y en ese orden de ideas sería absurdo afirmar que la atenuante de ira e intenso dolor puede fundamentarse en su existencia. En especial si tenemos en cuenta que esa circunstancia atenuante es una causa de menor exigibilidad – no de imputabilidad disminuida – y como tal, su aplicación requiere la valoración jurídica de cuáles fueron los intereses lesionados del autor que motivaron la ira.

Afirmar lo contrario, es decir, que en los eventos de feminicidio de pareja, la circunstancia atenuante de ira e intenso dolor puede fundamentarse en la infidelidad de la mujer – o mejor, en el ánimo discriminatorio que proscribe el tipo –, es como decir que al sujeto le era menos exigible cumplir el deber de no lesionar la condición de género simplemente porque ya lo había incumplido. Razonamiento circular que en ningún caso puede aceptarse.

¹³⁷ HUNGRÍA, Nelson, citado por BERNAL PINZÓN, Jesús. *El Homicidio*. Bogotá: Temis, 1971, p. 334.

Un ejemplo diametralmente opuesto sería el de un hombre que ha tenido durante toda la relación un trato amable y respetuoso con su esposa; que ha demostrado cuán relevante es para él la fidelidad y el reconocimiento de la autonomía y la dignidad del otro. Sin embargo, un día descubre que su esposa le está siendo infiel, así que, al ver lesionado ese interés que para él constituía uno de los pilares del vínculo que mantenía con ella, entra en un estado de ira e intenso dolor que lo impulsa a matarla.

Sin negar que la conducta de ese sujeto sea penalmente reprochable, en este caso sí es posible alegar la circunstancia atenuante del artículo 57, y las razones para ello son las siguientes: i) Conforme a los lineamientos del artículo 104A no parece que esa conducta entrañe los elementos subjetivos – discriminatorios – que requiere el delito de feminicidio; ii) la fidelidad es un interés jurídicamente relevante; iii) el estado de ira e intenso dolor se desarrolló en razón de la lesión de *ese* interés, no se trata solo de una fachada persiguiendo la atenuación punitiva.

En conclusión, a este sujeto habrá de imputársele el delito de homicidio, atenuado por la circunstancia de ira e intenso dolor en la que se vio inmerso a partir de la agresión – a un interés jurídicamente relevante – que sufrió de parte de la víctima.

De ahí se desprende que, solo cuando el estado de ira e intenso dolor se haya visto impulsado por la agresión injusta de parte de la víctima a un **interés jurídicamente relevante para el autor**, podrá reconocerse la concurrencia del feminicidio y del estado de ira e intenso dolor.

Así por ejemplo, si un reconocido misógino ve que una mujer atropella a su hermano, y por esa razón va a hasta su casa para matarla y además decide tirar su cadáver al frente de una asociación feminista, entonces a pesar de que sin duda se presenta un feminicidio – contemplado en literal d) del artículo 104A –, habrá que reconocer la circunstancia atenuante de ira e intenso dolor, ya que la vida de su hermano era un interés importante para él, y en especial, era un interés con una relevancia jurídica innegable.

Ahora bien, ¿qué pasa en esos casos donde a pesar de que el autor ha mantenido un ciclo de violencia en contra de la mujer, el impulso para matarla proviene de otros motivos?

Para tales efectos modifiquemos un poco el ejemplo de GIMBERNART ORDEIG que fue mencionado en el segundo capítulo de este trabajo: un esposo, que ha maltratado durante varios años de relación a su pareja, llega a la casa y ve que su esposa está abusando del hijo común de ambos. A raíz de esa situación, él entra en un estado de ira e intenso dolor que lo motiva a matarla.

Por más reprochable que haya sido el trato que durante los años anteriores pudo haber tenido el autor con la víctima, si vamos a tomarnos en serio el discurso penal de acto, tendremos que concluir que en este caso, el ánimo discriminatorio que requiere el tipo no aparece de manera clara en la conducta.

Sí, puede ser cierto que durante la relación él maltrató (agredió, violentó) a la mujer; pero de ahí a sostener que en *la conducta enjuiciada* subyacen los elementos subjetivos que requiere el feminicidio hay un salto lógico inaceptable. Eso sin mencionar que razonar de ese modo implica recurrir al cuestionado criterio de culpabilidad por conducción de vida.

Para terminar, es clave dejar claro que ese interés de "sentirse" dueño de la mujer nunca puede ser una causa para "responsabilizar más" al sujeto: eso sería desconocer que es inaudito establecer agravantes que se basen en una mayor culpabilidad, además de constituirse en una afrenta contra el mandato de neutralidad moral que debe regir al Derecho.

De lo que se trata es de negarle a ese interés una relevancia jurídica, en virtud de la cual se pueda atenuar la responsabilidad de alguien, ya que precisamente esa posición discriminante es la que se está intentando erradicar de la sociedad.

Tan solo se trata de simple coherencia.

CONCLUSIONES

1. El Femicidio es un delito que, además del resultado muerte, requiere la presencia de un ánimo discriminatorio en la conducta enjuiciada; solo en la medida en que este ánimo esté presente podremos imputar el delito de femicidio. Por tanto, podemos afirmar que mientras la muerte es un elemento “acompañante” del delito, el ánimo discriminatorio es su característica principal.
2. El ánimo discriminatorio que prohíbe el tipo no se reduce a los casos obvios en donde saltan a la vista las razones de género que motivaron el delito, como por ejemplo el caso resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos mediante Sentencia del 16 de noviembre de 2009. También hay situaciones –especialmente en el ámbito privado- en las que el sujeto puede matar a una mujer, imprimiéndole a su acción los elementos discriminatorios que requiere el tipo; la sentencia 41457 del 4 de Marzo de 2015 emitida por la Corte Suprema de Justicia expone un excelente ejemplo.
3. En el tipo penal de femicidio, contenido en el artículo 104A del Código Penal, se consagran tres grandes supuestos, estando el último de ellos integrado por una serie de circunstancias enunciadas por la norma y que permiten inferir la existencia de la motivación discriminatoria hacia la mujer que es característica de este delito. Sin embargo, la presunción que dichas circunstancias hacen de la presencia de ese ánimo especial, debieran admitir prueba en contrario. En los otros dos supuestos en los que se da muerte a una mujer (i) por el hecho de serlo o (ii) por motivos de identidad de género, la existencia del móvil discriminatorio deberá ser acreditada por cualquier medio probatorio válido.
4. La circunstancia atenuante de ira e intenso dolor supone una situación de menor exigibilidad; por ende, lo fundamental no es la intensidad de la emoción que puede haber

atravesado al sujeto, sino que el análisis pasa por cuál es el interés jurídicamente relevante cuya lesión produjo en el autor ese influjo emocional, así como la proporcionalidad entre este y la conducta típica con la que el autor reacciona a dicha lesión. De no encontrarse ese interés jurídicamente relevante o no ser proporcionada la reacción del autor, sencillamente no se puede reconocer el atenuante.

5. En principio, no es posible negar la compatibilidad del feminicidio y el estado de ira e intenso dolor, ya que hay casos en donde la concurrencia del injusto de feminicidio y esa circunstancia atenuante es completamente viable; en todo caso, es importante analizar la conducta cometida bajo ese influjo emocional a la luz de tres principios: i) relevancia jurídica del interés lesionado, ii) recuperabilidad y iii) adecuación. Sin embargo, en el ámbito de los feminicidios cometidos en un contexto de pareja, donde la supuesta provocación del estado de ira es la infidelidad, esa compatibilidad debe excluirse de plano, ya que en esos casos el verdadero detonante de la ira es el mismo ánimo discriminatorio que prohíbe el tipo.

BIBLIOGRAFÍA

AGUADO CORREA, Teresa. *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal*. Granada: Editorial Comares, 2004.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?* Barcelona: Atelier, 2003.

BERNAL PINZÓN, Jesús en *El Homicidio*. Bogotá: Editorial Temis, 1971.

BRINGAS FLORES, Sandra. *¿Necesidad de sexualizar el derecho penal? A propósito de la Ley No. 29819*. En: *Revista Derecho y Cambio Social*. NÚMERO 28 - AÑO IX – 2012. La Molina, Lima - Perú.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *El injusto penal*. En: *Revista Facetas Penales*. No. 79 (Abril, 2009); ISSN 17949823.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal. Volumen II*. Madrid: Editorial Trolta, 1999.

CADAVID QUINTERO, Alfonso. *Introducción a la teoría del delito*. Medellín: Editorial DIKÉ, 1998.

CADAVID, Alfonso y URQUIJO, Luis Mauricio. *Colombia. Ley 1257 de 2008*. En: MARÍN DE ESPINOSA, Elena B. (Dir.) *Régimen Jurídico de la violencia de género en Iberoamérica y España: un estudio de las leyes integrales de segunda generación*. España: Aranzadi, 2015.

CANCINO MORENO, Antonio José. *El Delito Emocional*. Bogotá: Editorial Temis, 1982.

CAPUTI, Jane y RUSSELL, Diana. *Femicide: Speaking the Unspeakable*. En: Revista Ms. Magazine, (septiembre – octubre, 1990).

CARCEDO, Ana. *Conferencia dictada en Taller Regional sobre Femicidio*. Guatemala, 2 de agosto de 2008. Citada por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IDDH) en *Femicidio: Más allá de la violación del derecho a la vida*. San José, Costa Rica, 2008. Disponible en: http://lac.unfpa.org/sites/lac.unfpa.org/files/pub-pdf/Femicidio_Juarez.pdf

CARRARA, FRANCESCO, *Programa de Derecho criminal, T. I.*, Bogotá: Temis, 1978.

CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Crimina*. Bogotá: Editorial Temis, 1983.

COMITÉ DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LA MUJER – CLADEM. *Pronunciamiento contra el femicidio*. Lima, 2011. Disponible en:

http://www.flora.org.pe/web2/index.php?option=com_content&view=article&id=390:pronunciamientocontra-el-femicidio&catid=40:redes&Itemid=100

CONSEJO PERMANENTE DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. *Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes*. 23 de abril de 2012. Disponible en:

http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/CP-CAJP-INF_166-12_esp.pdf

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T 804 de 2014. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia de Casación Penal 24292 del 23 de marzo de 2006. Magistrado Ponente: Sigifredo Espinosa.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia de Casación Penal 41457 del 4 de Marzo de 2015. Magistrada Ponente: Patricia Salazar Cuéllar.

CORTÉS BECHIARELLI, Emilio. *Arrebato u obcecación*. Madrid: Editorial Marcial Pons, 1997.

COUSO SALAS, Jaime. *Fundamentos del Derecho Penal de Culpabilidad: Historia, Teoría y Metodología*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial: Tomo I*. Bogotá: TEMIS, 6 ed.,

Disponible en: <http://www.derechoycambiosocial.com/revista028/Feminicidio.pdf>

EL CLARÍN. “*Por qué Zaffaroni cree que no existe el feminicidio en Argentina*”. En: El Clarín, Buenos Aires: (3 de junio de 2015). Disponible en:

http://www.clarin.com/sociedad/Zaffaroni-cree-existe-femicidio-Argentina_0_1369063374.html

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho Penal*. Bogotá: TEMIS, 2011.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho Penal. Parte General*, Bogotá: Editorial Ibáñez, 2012.

FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Bien Jurídico y Sistema del delito*. Buenos Aires: B de F, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 2009.

FIGAREDO, Sandra. *Creando redes: estrategias de visibilización y prevención del feminicidio/femicidio*. En MARIÑO, Fernando (Dir.). *Feminicidio: El fin de la impunidad*.

Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013.

FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar*. Trad: Aurelio Garzón del Camino. Madrid: Siglo XXI editores, 2010.

GARCÍA SUÁREZ, Carlos Iván. *Diversidad sexual en la escuela*. Bogotá: Colombia Diversa, 2007.

GARITA VÍLCHEZ, Ana Isabel. *Regulación del delito de Femicidio/Feminicidio en América Latina y el Caribe*. Ciudad de Panamá: Secretariado de la Campaña del Secretario

General de las Naciones Unidas ÚNETE para poner fin a la violencia contra las mujeres.

ISBN: 978-1-936291-74-8. Disponible en:

http://www.un.org/es/women/endviolence/pdf/reg_del_femicidio.pdf

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Estudios de Derecho penal*. Madrid: Editorial Tecnos, 1990.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *La ley de Violencia de Género ante el Tribunal Constitucional*. En: El Mundo, Madrid, lunes 16 de junio de 2008.

GODOY, Susana. *La impunidad transmite el mensaje de que se puede matar a las mujeres*.

Entrevista para el sitio web *feminicidio.net*. Bogotá, 15 de enero de 2016. Disponible en:

<http://www.feminicidio.net/articulo/la-impunidad-transmite-mensaje-se-puede-matar-las-mujeres>

GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando. *El Delito Emocional*, Bogotá: Editorial Doctrina y Ley, 1995.

GÓMEZ LÓPEZ, Orlando. *El Homicidio*, Bogotá: Editorial Temis, 1993.

GÓMEZ LÓPEZ, Orlando. *El Homicidio*. Bogotá: TEMIS, 2 ed., 1997.

GONZÁLEZ VELÁZQUEZ, Rocío. *Cuando el derecho penal no basta. Reflexiones en torno a la tipificación del feminicidio en México*. En: Revista Jurídica de la Universidad Autónoma Metropolitana. No. 87 (mayo-agosto 2014). Disponible en:
<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33515.pdf>

HASSEMMER, Winfried. *Neurociencias y Culpabilidad en Derecho Penal*. En: Revista para el análisis del Derecho. No. 2 / 2011.

HENKEL, Heinrich. *Exigibilidad e Inexigibilidad como principio jurídico regulativo*. Montevideo: Editorial B de f, 2005.

HUNGRÍA, Nelson, citado por BERNAL PINZÓN, Jesús en *El Homicidio*. Bogotá: Temis, 1971.

IBÁÑEZ GUZMÁN, Augusto José y LOZANO DELGADO, Jorge Augusto. *De la ira y el intenso dolor, degradantes de la culpabilidad*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1989.

JAKOBS, Günter. *¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?* En: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. El funcionalismo penal. Libro homenaje al profesor Günter Jakobs. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

JAKOBS, Günter. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal*. Trad: Manuel Cancio Meliá, Bernardo Feijóo Sánchez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

KINDHÄUSER, Urs. *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*. Trad: Claudia López Díaz. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

LAGARDE, Marcela. “*Feminicidio*”. Conferencia dictada en la Universidad de Oviedo, España. 12 de mayo de 2006. Disponible en: <http://www.ciudademujeres.com/articulos/feminicidio>

LAGARDE, Marcela. *Antropología, feminismo y política: violencia feminicida y derechos humanos*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 2008.

LAPORTA, Elena. *El feminicidio / femicidio: Reflexiones desde el feminismo jurídico*. Madrid, septiembre de 2012. Tesina (Máster oficial en Estudios Avanzados en Derechos Humanos). Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”. Disponible en: http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/18787/TFM_MEADH_Elena_Laporta_2012.pdf?sequence=1

LAURENZO COPELLO, Patricia. *Apuntes sobre el feminicidio*. En: Revista de Derecho Penal y Criminología. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Vol. 003, Nro. 008, (julio, 2012).

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal: Parte General I*. Madrid: Universitas, 1998.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Lecciones de Derecho Penal: Parte General*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2 ed, 2010.

MACÍAS JARA, María. *Algunas precisiones en torno a la noción de acción positiva*. En: GARCÍA INDA, Andrés y LOMBARDO, Emanuela (Coords.). *Género y Derechos Humanos*. Zaragoza: MIRA Editores, 2002.

MANCERA ESPINOSA, Miguel Ángel. *El injusto Penal*. En: Libro Homenaje a Ricardo Franco Guzmán. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2008.

MARIÑO, Fernando (Coord.). *Feminicidio: El fin de la impunidad*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013.

MAYER, Max Ernst. *Derecho penal: Parte general*. Montevideo: B de F, 2007.

MELENDO PARDÓS, Mariano. *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad: sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas*. Granada: Ed. COMARES, 2002.

MESA VELÁSQUEZ, Luis Eduardo. *Delitos contra la vida y la integridad personal; delitos contra el patrimonio*. Bogotá: TEMIS, 2 ed., 1972.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. Montevideo, Uruguay: B de F, 9 ed., 2012.

MIRA Y LÓPEZ, Emilio. *Cuatro gigantes del alma*. Bogotá: Editorial El Ateneo, 1984.

MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. *Delitos contra la vida y la integridad personal*. Medellín: Biblioteca Jurídica DIKE, 1 ed., 1995.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal: Parte General*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 8 ed., 2010,

OBSERVATORIO CIUDADANO NACIONAL DEL FEMINICIDIO (OCNF). *Una mirada al feminicidio en México 2010 – 2011*. México. 2011. Disponible en:

http://observatoriofeminicidio.files.wordpress.com/2011/11/informe_feminicidio

ONTIVEROS ALONSO, Miguel. *¿Tipificación del feminicidio? Apuntes para el debate*. En: Libro homenaje a Ricardo Franco Guzmán. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2008.

PACHECO OSORIO, Pedro. *Derecho Penal Especial. Tomo III*. Bogotá: TEMIS, 1 ed., 1972.

PRIETO, Ana María. *Aplicación de la Ley Integral sobre Violencia de Género*, Ponencia presentada en el Congreso Internacional “Derecho, Género, Igualdad” organizado por el Grupo Antígona, de la Universidad Autónoma de Barcelona el 4 y 5 de marzo de 2009. En prensa.

PRIETO, Jhoanna y GONZÁLEZ, Yaneth. *Feminicidio y derecho penal: herramientas para su mejor aplicación*. En: Revista Logos Ciencia & Tecnología. Vol 3, No. 2 (enero – junio, 2012). Disponible en: <http://revistalogos.policia.edu.co/index.php/rlct/article/download/162/173>

RENDÓN GAVIRIA, Gustavo. *Derecho Penal Colombiano: Parte Especial*. Bogotá: TEMIS, 1 ed., 1974.

ROMERO SOTO, Luis Enrique. *Derecho Penal*. Bogotá: TEMIS, 1980.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General. Tomo I*. Trad. LUZÓN PEÑA, Diego – Manuel; DÍAZ, Miguel y DE VICENTE, J. Madrid: Civitas, 3ª ed., 1997.

ROXIN, Claus. *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal?* En: HEFENDEHL, Ronald, (ed). *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* Barcelona: Marcial Pons, 2007.

RUSSELL, Diana. *Defining Femicide and Related Concepts*. En: RUSSELL, D., HARMES, R., (Comp.), *Femicide in global perspective*. Nueva York: Athene Series, 2001.

SCHÜNEMANN, Bernd, *La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo*, en: EL MISMO (comp.), *El sistema moderno de Derecho penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º Aniversario*. Madrid: Tecnos, 1991.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Derecho penal contemporáneo: Sistema y desarrollo. Peligro y límites*. Buenos aires: Hammurabi, 2010.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio*. Madrid: Tecnos, 2002.

SEHER, Gerhard. *La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico*. En: HEFENDEHL, Ronald, (ed). *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* Barcelona, Marcial Pons, 2007.

SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. *Inimputabilidad y Sistema Penal*. Bogotá: TEMIS, 1996.

TAVAREZ, Juarez. *Teoría del Injusto Penal*. 1 ed. en español. Buenos Aires, Argentina: B de F, 2010.

TOLEDO, Patsilí. *Aproximación a las controversias jurídicas y políticas relativas a la tipificación del feminicidio / femicidio en países latinoamericanos*. Barcelona, 2009. Tesis doctoral (Doctorado en Derecho Público). Universidad Autónoma de Barcelona. Departamento de Ciencia Política y Derecho Público. Facultad de Derecho. Disponible en: <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/121598/ptv1de1.pdf?sequence=1>

UGAZ HEUDEBERT, Juan Diego. *El delito de feminicidio en el Perú: ¿excesiva victimización de la mujer?* En: *Feminicidio y discriminación positiva en Derecho Penal*.

Lima: Ara Editores, 1 ed, 2012.

VARONA GÓMEZ, Daniel. *El miedo insuperable y la ética del hormiguero: reflexiones sobre el papel de las eximentes fundadas en la inexigibilidad de otra conducta*. En: *Revista de Estudios de Justicia*. No. 12, Santiago de Chile, Universidad de Chile, 2010.

VARONA GÓMEZ, Daniel. *El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia*. Granada: Editorial Comares, 2000.

VELÁSQUEZ, Fernando. *Manual de Derecho Penal: Parte General*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 4 ed., 2010.

VÉLEZ URIBE, Fernando. *Estudio sobre el derecho civil colombiano*. Tomo I. Medellín: Imprenta del Departamento, 1898.

VERA ROMERO, Rafael. *Feminicidio, un problema global*. En: *Revista Jurídicas CUC*. Vol. 008, Nro. 0001, (septiembre, 2012).

VON SHIRACH, Ferdinand. *Crímenes*. Barcelona: Ediciones Salamandra, 2011.

WEBER, Max: *Economía y Sociedad*. V. 1. México: Fondo de Cultura Económica, 1977.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Trad: BUSTOS RAMÍREZ, Juan y YÁÑEZ PÉREZ, Sergio. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2006.

ZIELINSKI, Diethart. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, Trad. Marcelo Sancinetti, Buenos Aires: Hammurabi, 1990.

