

EL FEMINICIDIO EN EL DERECHO PENAL COLOMBIANO

Jhoanna Caterine Prieto Moreno

Universidad Santo Tomás de Aquino

Facultad de Derecho

Bogotá – Colombia

2016

EL FEMINICIDIO EN EL DERECHO PENAL COLOMBIANO

Jhoanna Caterine Prieto Moreno

Tesis presentada como requisito para optar al título de

Magíster en Derecho Penal

Director:

Ph D. Manuel Fernando Moya Vargas

Universidad Santo Tomás de Aquino

Facultad de Derecho

Bogotá – Colombia

2016

Dime Antígona: ¿Qué muerte más atroz nos espera a nosotras dos, solas como hemos quedado, si, forzando la ley, transgredimos el decreto y el poder del tirano? Hemos nacido mujeres, no hechas para luchar contra los hombres y después, nos mandan los que tienen más poder, de suerte que tenemos que obedecer en cosas todavía más dolorosas que estas.

Sófocles, Antígona

Tabla de contenido

	Pág.
Introducción	7

Capítulo I

FORMACIÓN DEL CONCEPTO DE FEMINICIDIO, COMO FORMA DE VIOLENCIA EXTREMA CONTRA LA MUJER

1. Violencia, género y mujer. Un punto de partida para diferenciar	19
2. Violencia de género y violencia contra mujer	26
2.1. Concepto de violencia de género	26
2.2. Concepto de violencia contra la mujer	28
3. Configuración epistemológica del feminicidio:	
La violencia extrema contra la mujer	32
4. Tipología del feminicidio	43

Capítulo II

POLÍTICA PENAL Y DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL EN EL FEMINICIDIO

1. Política penal para formular el delito de feminicidio	44
1.1. Marco internacional de obligaciones de los Estados	
Frente a los derechos de la mujer	44

1.1.1. Obligaciones del Estado colombiano, frente a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 (CEDAW)	44
1.1.2. Protocolo facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CERAW)	46
1.1.3. Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, “Convención de Belem do Pará”. Obligaciones de los Estados.	47
1.1.4. Declaración sobre la eliminación de la violencia contra mujer	49
1.2.El Estado colombiano y la protección de los derechos de la mujer	50
2. La política penal analizada desde las motivaciones de los proyectos de ley que crean el delito de feminicidio	55
2.1.Proyecto de Ley número 171 de 2006, Senado	55
2.2.Proyecto de Ley número 49 de 2012. “Ley Rosa Elvira Cely”	59
2.3.Proyecto de Ley número 107 de 2013, “Rosa Elvira Cely”. Senado	63
2.4.Informe de conciliación al Proyecto de Ley número 107 de 2013 senado, 217 de 2014 cámara	65
3. Teoría del delito y Feminicidio	67
3.1.Teoría del delito en el Código Penal colombiano del 2000	68
3.2.El bien jurídico tutelado como límite al legislador en materia penal	77
3.3.El tipo penal de homicidio en Colombia	80
3.3.1. Función del tipo penal	81
3.3.2. Elementos del tipo penal	83
3.3.3. Tipo penal objetivo	85
3.3.4. El tipo subjetivo	88
4. El feminicidio en las normas penales colombianas	90

Capítulo III

BIENES JURÍDICOS TUTELADOS Y LEGÍTIMA DEFENSA EN EL FEMINICIDIO EN COLOMBIA

1. ¿Un nuevo bien jurídico protegido: el género?	98
2. Qué, cuándo y cómo castigar. El principio de mínima intervención penal	100
3. Nace un nuevo bien jurídico tutelado en Colombia, el género	103
4. Problemas dogmáticos en el delito de feminicidio.	
La legítima defensa y la violencia contra la mujer	115
4.1. Legítima defensa y postulados doctrinales	116
4.2. Legítima defensa y Corte Suprema de Justicia	122
5. Una nueva visión sobre los elementos de la	
Legítima defensa en el delito del feminicidio	124
Conclusiones	127
Referencias Bibliográficas	130

Introducción

Casi todos los Estados latinoamericanos que no habían revisado sus constituciones para garantizar explícitamente la igualdad entre mujeres y hombres ante la ley, y que no habían reformado sus códigos civiles para establecer la jefatura doble en los hogares, lo hicieron a partir de la ratificación de la CEDAW y de la Plataforma de Acción de Beijing, adoptada por la IV Conferencia Mundial de la Mujer (1985), por primera vez en la historia los gobiernos participantes “determinaron avanzar en la consecución de las metas de igualdad, desarrollo y paz para todas las mujeres en nombre del interés de toda la humanidad”. (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2013, pág. 16)

La violencia en contra de las mujeres y las niñas ha tomado grandes dimensiones, al punto que una de cada tres mujeres en todo el mundo ha sido golpeada, forzada sexualmente o abusada de algún modo a lo largo de su vida según lo describe el Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer (UNIFEM, 2006). Se considera que para las mujeres entre 15 y 44 años de edad, la violencia constituye una importante causa de muerte y discapacidad (Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, 2002) sustentado por la investigación ejecutada por el Banco Mundial a cerca de las principales causas de riesgo que enfrentan las mujeres, ubicando la violación y la violencia doméstica primero que el cáncer, los accidentes de tránsito, la guerra y la malaria (Banco Mundial, 1993).

El primer estudio global sobre la violencia física o sexual contra la población femenina de la Organización mundial de la salud (2013) revela que un tercio de las mujeres

de todo el mundo ha sufrido o sufrirá violencia a manos de su compañero sentimental en algún momento de su vida.

La violencia contra las mujeres, se ha presentado como un fenómeno casi que inherente a la sociedad. Desde la familia, la mujer ha sido subordinada por el hombre, el cual tenía el control de la familia y de la dirección de ésta, dicha subordinación era fundamentada en la inferioridad física y cognitiva de la mujer, frente al hombre y que se mantenía y perpetuaba mediante violencia y agresión. En este punto es importante mencionar que Bebel (1879), afirmaba que la discriminación a la mujer en la sociedad fue el primer tipo de explotación sobre el ser humano, incluso antes que la esclavitud. Bourdieu (2000), afirmaría que el proceso de asimilación de la dominación masculina tiene que ver en primer lugar en la construcción estructural y social del cuerpo, teniendo como punto de iniciación la concepción androcéntrica del mundo, a través de una organización basada en la división por género, en donde a cada uno de éstos, les corresponde determinada tarea según su capacidad, siendo la mujer la llamada a ser relegada por la misma concepción de su cuerpo.

De esta manera, las prácticas femeninas, suponen la existencia de un esquema de dominación masculina basado en bipolarización entre masculino/femenino, alto/bajo, bueno/malo; independiente de que muchos de esos ejercicios aparezcan como un ámbito natural o de dominio exclusivo de las mujeres. Esto conlleva a otorgar al hombre el poder de dominar a la mujer, lo cual crea una violencia simbólica que se estructura en las relaciones desiguales entre los dos géneros (Bourdieu, 2000).

Así las cosas se podrían afirmar que la discriminación y violencia contra la mujer es antiquísima y permanente en la historia. El Corán por ejemplo estipula como deber del hombre maltratar a la mujer rebelde o infiel; dicha rebeldía era relacionada con cualquier error, o negación a las órdenes de su marido. Este castigo corporal de maltratar no estaba limitado, por cuanto no existía responsabilidad penal del esposo que maltratase a su mujer, y esta falleciera como resultado de este maltrato, ya que este se entendía como fines educativos.

Hacia el año 400 A.C. en Grecia específicamente en Bizancio, se promulgaron leyes en las cuales el marido era considerado un Dios para su esposa y esta debía respetarlo y adorarlo de tal forma, tan es así que si la pareja era acusada de cometer algún delito, la que iba a la cárcel era la mujer; en este escenario la mujer ocupaba un papel tan secundario dentro de su familia que esta no tenía derecho a heredar o recibir beneficio alguno por parte de su marido.

En otros lugares como en India se hacía una ceremonia denominada “*sati*” en la cual una mujer era sometida a ser quemada viva, tras la muerte de su marido, esto se hacía parte de las obligaciones que tiene esta para con él. En Roma el *Pater-familias*, tenía toda la potestad sobre los miembros de su familia en especial en las mujeres, sobre su esposa por ejemplo existía la “*manus*” que se fundamentaba en la inferioridad de la mujer y por tanto este tenía Derecho a venderla, castigarla o matarla a su arbitrariedad. En culturas como la islámica las leyes son supremamente discriminatorias hacia la mujer, en este caso la mujer luego de contraer matrimonio era considerada como propiedad privada del marido, y su existencia depende del arbitrio de este. Asimismo en Francia cuando un hombre mataba a su esposa, por cualquier motivo, especialmente bajo un estado de cólera, siempre y cuando se

arrepintiera y pidiera perdón no sería castigado, pues en este caso se entiende que la culpa fue de la mujer.

Así pues, la violencia ha existido en cada momento y lugar de la humanidad, y ha ido evolucionando con el tiempo, dejando como víctima en su gran mayoría a una mujer. Aunque a menudo no ha sido reconocido, sino que por el contrario ha llegado a ser aceptada como aspecto normal en la sociedad. Esto se atribuye en gran parte a una sociedad patriarcal que entiende a la mujer como un elemento propiedad del marido, débil e inferior por su naturaleza, culpable de las desgracias del hombre entre otras irracionales atribuciones.

Diría de Beauvoir (2005), que en la historia se nos ha mostrado al hombre como el ser que ejercita todos los poderes concretos; ya desde los primeros momentos del patriarcado, y que han juzgado útil mantener a la mujer en un estado de dependencia. Así, las leyes que dictan se han establecido contra ella; y de ese modo se ha construido un concepto de mujer como el otro. Esta condición del otro, servía los intereses económicos del hombre, como también a sus pretensiones ontológicas y morales.

La violencia contra las mujeres y las niñas en Colombia, se ha cometido y se comete de manera generalizada y sistemática. Como se había dicho anteriormente por todos los integrantes del conflicto que vive el país; acompañado de la pasividad, ocultación, negación o complicidad del Estado, siendo un éste, aquel que profundiza y agrava la discriminación que sufren históricamente.

Actualmente, y en razón a lo anterior, se hizo necesario nombrar la violencia sistemática en contra de las mujeres, en razón a su sexo bajo la denominación de Femicidio, de manera que esta fuera visible a las acciones gubernamentales y estatales.

El feminicidio, ha sido definido como el homicidio de mujeres en manos de hombres por misoginia o sexismo, por su condición de mujer; dicho fenómeno se ha venido incrementando en Colombia, en las últimas décadas; si bien es cierto, y según las encuestas desarrolladas por Profamilia, Colombia es un país de naturaleza violenta en contra de las mujeres, por eso se han venido implementado leyes que buscan prevenir y erradicar dicha problemática.

Surgió entonces la necesidad estatal de tomar medidas legislativas que protegieran de la violencia a las mujeres así como que erradique, prevenga y elimine todas las formas de violencia en contra de las mujeres, hasta llegar a la tipificación del delito de feminicidio.

Sin embargo, si bien es notoria la existencia de la violencia en contra de las mujeres, el Derecho penal en su intención de regular o sancionar las conductas violentas en contra de las mujeres, no puede dejar de lado los postulados y principios constitucionales que protegen al sujeto activo de la conducta punible, para ser más específico en el presente caso, el principio de estricta legalidad y el principio del Derecho penal de acto.

En cuanto a las leyes expedidas para la regulación y sanción de la violencia en contra de las mujeres, son dos las de mayor relevancia, por un lado se tiene la ley 1257 de 2008, por medio de la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de

violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, básicamente esta ley introdujo el feminicidio como agravante del artículo 103 del código penal, en donde se estableció que será homicidio agravado el que se cometa en contra de una mujer por el hecho de ser mujer.

Por el otro lado, se halla la ley 1761 de 2015 o ley “Rosa Elvira Cely”, por medio de la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones; dentro de la exposición de motivos de esta ley, se pretenden generar ciertos cambios en el Derecho penal Colombiano en lo relacionado a los Derechos de la mujer, así como la institucionalización de acceso a recursos judiciales efectivos de protección y exigencia en la aplicación del principio de debida diligencia para garantizar los Derechos de las mujeres, a una vida libre de violencias, y que los crímenes en contra de estas garanticen el reconocimiento de todos sus derechos.

Ahora bien, Con la entrada en vigencia de la ley 1257 de 2008, el Estado colombiano avanzó en el cumplimiento de las obligaciones internacionales derivadas de los instrumentos de protección de los derechos de la mujer, pero en su afán de cumplirlas, incurrió en serias omisiones legislativas que comprometen la vigencia del principio de legalidad penal, al momento de tipificar el homicidio con un factor de agravación en razón al hecho de causársele la muerte a una mujer por su condición de género, sin determinar de manera clara cuáles son los supuestos de hecho en abstracto que configuran esta conducta.

Por su parte, con la expedición de la ley 1761 de 2015 se tipifico el feminicidio como delito autónomo, lo cual puede desencadenar que se incurra en la vulneración al principio

de legalidad toda vez se siguen dejando vacíos jurídicos para la interpretación y aplicación de este tipo penal, no se explica efectivamente que se debe entender por feminicidio y cuándo existen claramente razones de género.

De esta forma, como para el feminicidio ya se creó el tipo penal, lo que se busca es establecer como, independientemente de la existencia del delito autónomo se siguen vulnerando garantías y principios constitucionales y penales a los que se supone tiene derecho el sujeto activo de la conducta punible.

En Colombia, según informe del Instituto Nacional de Medicina Legal y ciencias forenses 2002-2009, se estableció que las principales víctimas de la violencia de pareja son las mujeres con un total de 312.928 mujeres agredidas por sus esposos, compañeros o ex esposos, con un marcado ascenso pasando de 36.460 en 2002 a 54.192 en 2009; es decir que en el 2002 diariamente 99 mujeres fueron víctimas de violencia de pareja y en el 2009, 148, cifras de las cuales Bogotá presenta 12.171 en 2002, aumentando a 17.368 en 2009. En lo que respecta a lesiones personales en contra de las mujeres en 2004 se presentaron 12.187 casos, aumentando en 2009 a 41.889, sobre violencia sexual en el año 2004 se registraron 3.179 casos, pasando en 2009 a 4.293 casos, sobre violencia homicida, en el periodo comprendido entre 2002 y 2009 se establecieron 11.976 asesinatos. De acuerdo con la Alta Consejería Presidencial de Equidad para la mujer muestra que para el año 2010, de un total de 57. 875 casos por maltrato pareja, 51.182 corresponden a mujeres, y que para este mismo año sobre violencia sexual se reportan 16.916 dictámenes sexológicos en mujeres que fueron abusadas sexualmente.

De esta forma Colombia de acuerdo al III Informe Internacional Violencia contra la mujer en las relaciones de pareja, elaborado por el Centro Reina Sofía, -el cual realizó un estudio en 135 países del mundo-, presenta uno de los índices más altos de Suramérica en comisión de delitos de feminicidio especialmente en el ámbito de la pareja, y se situó dentro de los primeros países, al igual que Puerto Rico, como los lugares en los cuales aproximadamente la mitad de los asesinatos de mujeres se ejecutan con armas de fuego.

Colombia ocupa la segunda posición en Latinoamérica con un porcentaje de 71,27 por ciento de comisión de delitos contra las mujeres en el hogar, la primera posición es ocupada por México; también ocupa Colombia la tercera posición a nivel mundial, ranking que inicia Chipre con un 303,15 por ciento. En cuanto a los delitos en el ámbito de la pareja o ex pareja, el país registró uno de los mayores incrementos entre 2000 y 2006, ocupando el segundo puesto con un 51,28 por ciento, de nuevo detrás de Chipre.

En esta línea también advierte la Organización Mundial de la Salud (2013) que:

... el porcentaje de hombres muertos a manos de sus parejas, un 6%, contrasta con el caso contrario, el de mujeres que son víctimas mortales de sus compañeros sentimentales: un 38%. En algunas regiones, como el Sudeste asiático, más de la mitad de los crímenes contra mujeres (el 55%) son cometidos por sus cónyuges.

Para el desarrollo de la presente investigación se emplea un paradigma cualitativo, por medio de un proceso interpretativo e integral que se fundamenta en la comprensión del acto social y admite edificar conocimiento sobre la realidad social, como lo es la tipificación del fenómeno de feminicidio.

La fenomenología y la interacción social serán los principios teóricos fundantes de esta investigación, y por medio de ellos se buscará describir la realidad. Tendremos fuentes primarias y secundarias, así como normatividad nacional e internacional y estudios esbozados por el Estado y personas jurídicas reconocidas para el estudio de estos temas.

La investigación cualitativa, contiene un método empírico, que se caracteriza por ser inductiva, ya que los investigadores desarrollan sus ideas teniendo en cuenta los datos, la particularidad del investigador cualitativo es que se aleja de sus propias creencias y no se da por sobreentendido; estamos frente a una investigación humanista, en donde no se pierde el núcleo esencial el aspecto humano de la vida social.

Dentro del desarrollo de esta tesis la investigación cualitativa posibilita el análisis de la realidad socio-jurídica del fenómeno de feminicidio, así como las consecuencias sociales y jurídicas a las que se llega cuando dicho fenómeno es realizado.

Se despliega una investigación descriptiva, ya que esta permite brindar la percepción del funcionamiento de un fenómeno, así como de algunos factores o elementos que lo componen, igualmente, parte del hecho de que hay una cierta realidad que resulta insuficientemente conocida y, al mismo tiempo, relevante e interesante para ciertos desarrollos, las investigaciones descriptivas o estudios descriptivos llegan finalmente a conclusiones generales construidas por medio de abstracciones, que dan cuenta de los hechos analizados. Es posible que en el marco de la investigación lleguen a generar nuevos problemas y preguntas de investigación, aportes relevantes en la construcción social del saber

a través del método científico, situaciones estas que se reflejan en el presente caso en la descripción del fenómeno de feminicidio, sus elementos y su tipificación en el ordenamiento jurídico Colombiano, así como las consecuencias penales.

Teniendo en cuenta el contexto anteriormente descrito a través del desarrollo del presente documento se pretende analizar la justificación político penal y el tipo penal de feminicidio, a partir de su evolución legislativa en el Estado Colombiano. Para ello se presentan tres elementos principales que obedecen a los capítulos que integran la investigación planteada.

El primer capítulo estará encaminado a describir Epistemológicamente el fenómeno de feminicidio, describiendo las teorías que explican el fenómeno desde la parte sociológica y las teorías encaminadas al Derecho penal colombiano.

En el segundo capítulo, este se encargará de identificar la política penal y la teoría del delito en el Código Penal colombiano utilizado para la creación del tipo penal de feminicidio, básicamente se realizará el estudio a profundidad de la política penal, que se inicia con la conceptualización de la misma para dar paso a su correspondiente aplicación dentro del ordenamiento jurídico penal colombiano.

Y por último, dentro del tercer capítulo se analizarán dos consecuencias relevantes que genera la tipificación del delito de feminicidio como tipo penal autónomo. La primera de ellas tiene en cuenta los conceptos de causales de justificación, específicamente la legítima defensa que se aplicará cuando se evidencia la omisión del estado en temas de seguridad

personal para la población femenina. Y, segunda la creación de un nuevo bien jurídico tutelado: el género.

La presente investigación tiene justificación en tres aspectos principales a saber: 1. Aclaración frente a la interpretación de la teoría del delito utilizada en el tipo penal de feminicidio 2. Producción de textos de investigación y consulta para administradores de justicia y operadores judiciales. Y 3. Resaltar la importancia dentro del ordenamiento jurídico colombiano de la creación de un nuevo bien jurídico tutelado, el género.

Referente a la interpretación de la teoría del delito utilizada en el tipo penal de feminicidio: es importante aclarar a qué se refiere el legislador colombiano con la tipificación del tipo penal de feminicidio, para así poder presentar los problemas que se desprenden de ésta y tratar de brindar posibles soluciones.

Producción de textos de investigación y consulta para administradores de justicia y operadores judiciales: se justifica la investigación en la necesidad de formular fundamentos sobre la tipificación del delito de feminicidio, útiles a magistrados, jueces, fiscales defensores públicos y demás operadores jurídicos, así como a abogados y estudiantes, para explicar y comprender el fenómeno del feminicidio en el contexto colombiano, así como el impacto que éste genera en diferentes ámbitos de la Teoría del Delito colombiana.

Resaltar la importancia dentro del ordenamiento jurídico Colombiano de la creación de un nuevo bien jurídico tutelado, el género. Es relevante para este trabajo ya que se busca la protección y respeto por los derechos de las mujeres, no solo en razón a las obligaciones

adquiridas internacionalmente sino en razón a una efectiva protección de dicha población a nivel local.

En resumen, la tipificación del feminicidio como delito autónomo dentro del Derecho penal Colombiano, desencadena dos situaciones: primero, se crea un nuevo bien jurídico tutelado: el género, y segundo, se aborda una nueva visión a la legítima defensa como causal de justificación aplicable a la víctima de feminicidio.

Capítulo I

FORMACIÓN DEL CONCEPTO DE FEMINICIDIO, COMO FORMA DE VIOLENCIA EXTREMA CONTRA LA MUJER

1. Violencia, género y mujer. Un punto de partida para diferenciar

Para iniciar el trabajo propuesto en esta investigación, resulta de gran importancia hacer referencia a tres conceptos: violencia, género y mujer. Estos conceptos, a pesar de su autonomía en el devenir del trabajo, se entrelazarán para identificar dos situaciones distintas: de un lado la violencia de género, que se produce en contra de un grupo poblacional, sean hombres o mujeres, por pertenecer a cualquiera de estos géneros de la especie humana o también por diferentes aspectos propios de la personalidad de cada uno de ellos; del otro, la violencia en contra de la mujer, en donde la víctima es sólo este ser, y nos centraremos en el tipo de violencia extrema, la muerte de las mujeres en razón a su condición de mujer o feminicidio.

En primer lugar, por violencia entenderemos el tipo de interacción humana que se manifiesta en diferentes conductas o situaciones que, ya sean de manera deliberada, aprendida o mimética, producen o tienden a provocar o amenazar con generar daño o sometimiento grave, ya sea físico, sexual, verbal o psicológico, a un individuo o a un grupo de individuos; o en su defecto los que afectan de tal manera que limitan sus potencialidades presentes o las futuras. (Galtung, 1995)

Johan Galtung -1930, Noruega- sociólogo y matemático, ha dedicado gran parte de su investigación al estudio de los conflictos y la paz. En su teoría, hay que diferenciar dos conceptos, los conflictos y la violencia. Para este autor los conflictos son inherentes a los sistemas vivos, sirviendo en diferentes etapas del desarrollo humano al avance, pero en otras, debido a su exagerado uso, transformada en violencia que condujeron a una deshumanización. (Calderon, 2009, pág. 61)

De lo anterior es necesario aclarar que los conflictos son situaciones de disputa entre partes, en los que se encuentran contrapuestos intereses, necesidades y valores. En ese sentido, sería un error entender como sinónimo las palabras conflicto y violencia, dado que en el primero, las discusiones que se generen por los involucrados pueden resolverse sin que sea necesario acudir a la violencia. La violencia, por su parte, puede ser entendida como un fenómeno social, que se aprende y por tanto también se debería poder desaprender, pero que en algunos casos es usada como forma de solución al conflicto. También, puede ser entendida como el uso o amenaza de uso de la fuerza o de potencia, abierta u oculta, con la finalidad de obtener de uno o varios individuos algo que no consienten libremente de hacerles algún tipo de mal (físico, psíquico o moral). (Fisas, 1998)

Galtung, formula un triángulo para presentar una tipología a la teoría sobre la violencia. En este caso, el autor trabaja tres tipos de violencia: la directa, que es aquella violencia visible, detectable por los sentidos o que se puede comprender por la síquis del ser humano, es decir, la física y verbal; la estructural, generada por factores como la injusticia y la desigualdad entre los seres humanos, derivada de la estructura social, ya sea dentro de una

misma sociedad o en un conjunto de ésta, así, al estar sentada en la propia forma de organización social, este tipo de violencia termina siendo institucionalizada. Por último, encontramos la violencia cultural, la cual es generada y materializada por medio del ejercicio de creencias religiosas, ideológicas, el uso del lenguaje, el arte y las ciencias, entre otros. Así mismo se trata de una violencia que, según los que la emplean y de la forma como la ejerzan, puede ser justa, necesaria y correcta.

El más claro ejemplo del ejercicio de la violencia se observa en la guerra. Pero no es la única expresión de la misma, ésta estalla también en otros ámbitos de convivencia del ser humano: la familia, la calle o las relaciones entre Estados.

De acuerdo con lo anterior, la violencia es un concepto complejo que admite diversas interpretaciones dependiendo del punto de vista desde el que se considere; en este sentido, su aplicación a la realidad depende en ocasiones de apreciaciones subjetivas y de contextos específicos.

En segundo lugar, género se define como aquel “conjunto de características diferenciadas que cada sociedad asigna a hombres y mujeres” (Blanco, 2004, pág. 269) . De esta manera, género es una categoría relacional (Berga, 2006), en virtud del cual se encuentran los “roles socialmente construidos, comportamientos, actividades y atributos que una sociedad considera como apropiados para hombres y mujeres” (World Health Organization, 2014), siendo entonces una forma de identificación de las diferencias sociales entre el hombre y la mujer. Entonces, esta categoría es una construcción social que cada sociedad asigna a las dos especies humanas, excluyéndose así la afirmación que la separación

de roles es generada por las diferencias biológicas inherentes a estos dos sujetos. De ahí que sea erróneo hablar de sexo y género como palabras sinónimas (Aguilar, Rodríguez-Shadow, & Molinari, 2004, pág. 179); dado que se ha querido confundir el aspecto social con el biológico, cuando ambos tienen connotaciones diferentes. En este sentido, algunos investigadores reconocen que la utilización del término género está mal manejada al darle un significado de sinónimo culturalista de sexo, “a tal punto que no es infrecuente oír hablar de dos «géneros», el género femenino y el masculino”. (Stolke, 1996).

Para hablar de la categoría de género, debemos remontarnos al siglo XX, en donde antropólogos y sociólogos la construyeron a partir del planteamiento consistente en que la conducta humana era aprendida, en cuyo caso, no se podía afirmar que las condiciones que diferenciaban a hombres y mujeres no venían predefinidas por los genes (Tuñón, 2000, pág. 831). Margareth Mead, publicó en 1935 el primer estudio antropológico titulado “Sexo y temperamento en tres sociedades primitivas”, donde realiza una descripción sobre los roles sociales y las características del comportamiento del hombre y las mujeres entre diferentes sociedades de Nueva Guinea: en los *arapash*, los *mundugmor* y los *tchambull*. La contribución de Mead a la construcción del concepto de género radica en la idea que el comportamiento de un individuo y sus diferencias en cuanto al sexo de pertenencia, pueden variar en función de ciertas circunstancias específicas o por la propia cultura. (Ramos, 2008).

El psicólogo John Money, fue quien comenzó a utilizar el término género con la concepción que actualmente se conoce, dado que en su investigación titulada *Hermaphroditism, gender and precocity in hyperadrenocorticism: Psychologic findings*, 20 años posteriores a la publicación de Mead, indicó que los comportamientos asociados a la

identidad del hombre y de la mujer estaban relacionados a factores del orden socio biológicos.
(Puleo, 2008)

Así lo resumen las palabras del propio Money (1955):

The term gender role is used to signify all those things that a person says or does to disclose himself or herself as having the status of boy or man, girl or woman, respectively. It includes, but is not restricted to, sexuality in the sense of eroticism. ¹

Sería, Robert Stoller (1964), quien en 1963 introduciría la distinción entre sexo y género, tras buscar “una palabra para poder diagnosticar aquellas personas que, aunque poseían un cuerpo de hombre, se sentían mujeres” (Gil Rodríguez & Lloret, 2007). Fue él, la persona que permitió el contraste de estos dos términos, reconociendo, en adelante, el concepto de identidad de género.

Luego, el movimiento feminista, con los estudios sobre la materia iniciados en la década de los años 70 del siglo XX, acogió la tesis de Stoller, y comenzó el auge del término en el mundo anglosajón, diferenciando entonces los conceptos ofrecidos por la biología y el ya definido por las Ciencias Sociales respecto del significado de género en cada una de ellas. De este movimiento sería necesario nombrar a Kate Millet, Germanine Greer, Ann Oakley y Nancy Chodorow, entre otras. (Heinamaa, 1997)

¹ La expresión rol de género se usa para significar todas aquellas cosas que una persona dice o hace para revelar que él o ella tiene el estatus de niño u hombre, o niña o mujer, respectivamente. Ésta incluye, pero no está restringida, a la sexualidad en el sentido de erotismo. Traducción propia.

En tercer lugar, por mujer entenderemos al ser humano cuyo sexo corresponde al femenino, aclarando que esto es un aspecto meramente biológico. Esta definición se enfoca únicamente en la forma de distinción entre hombres y mujeres en razón a los órganos que componen el cuerpo fisiológico de cada uno de ellos, pero que en el fondo, las diferencias van más allá del mero aspecto físico y de la diferenciación de los órganos reproductivos y de su funcionalidad. Por esta razón se hace necesario ver el concepto de mujer desde otras perspectivas.

Entonces, el género femenino, por un lado, sirve para diferenciar de forma gramatical al hombre y a la mujer o como forma de identificación del ser humano cuyos órganos reproductivos pueden ser fecundados; por otro lado existe un enfoque cultural, basado en la construcción de su concepto en las Ciencias Sociales (Castellanos, 1995, pág. 39). Esta autora parte del estudio que la ciencia y la filosofía, han hecho acerca de la mujer, indicando que en todo caso se refieren al ser humano que sirve para la reproducción de la especie, y las restricciones que tiene la mujer frente al cultivo de la ciencia y la filosofía, como lo afirmara Kant. (Pág. 40). Es decir, la mujer vista como un objeto instrumental de garantía de la supervivencia de la especie humana.

Teniendo en cuenta el movimiento feminista, se buscan dos posturas del concepto de mujer: en la primer de éstas, el feminismo cultural de Alice Echols, la cual se busca la preservación de la cultura femenina, aquí se valoran las costumbres de la mujer y su forma de relacionarse, así como los aspectos típicos de su personalidad. En resumen, es la construcción de una esencia propia de cada mujer, siendo entonces el patriarcado su forma de estrangulación. La segunda, tiene que ver con el movimiento feminista post-

estructuralista, en donde se cree que las bases de la ciencia son simplemente en función de lo que puede evolucionar en una determinada situación política en algún momento del tiempo. El supuesto principal de los post-estructuralistas es lo político, es decir que los temas políticos son temas de investigación porque las personas están involucradas unas con otras en relaciones de poder. Dzurec (1995) afirma que en el post-estructuralismo, "su último objetivo es resaltar el darse cuenta, dentro de lo que sucede en el mundo, el buscar la verdad y su significado". Esta teoría sostiene que tomar lo femenino como esencia es un error. Esta corriente del pensamiento feminista rechaza todo intento de definición de mujer, ya que, cualquiera que sea, es una forma de crear un estereotipo y de encasillar a la mujer. Entonces, la tarea feminista está en deshacer todos los conceptos de mujer creados, dado que en sí generan un grado de diferenciación. (Ramírez, 2008, págs. 308-310)

Nos separamos de la posición feminista post-estructuralista, dado que es innegable que las mujeres, como especie humana, poseen diferencias de carácter biológico respecto del hombre, de la misma manera que su personalidad es diferente: su forma de comportarse, de pensar, de expresar sus ideas; no siendo entonces estos criterios generadores de discriminación, sino por el contrario, situaciones del desarrollo de la personalidad de las mujeres. Razón por la cual, acogemos la postura del feminismo cultural, en el entendido que ofrece un concepto de mujer visto desde el ser humano que compone a ella, es decir, desde la conciencia, la razón y el pensamiento libre que tiene la mujer y su forma de concebir el mundo.

2. Violencia de género y violencia contra mujer

Frecuentemente se escucha hablar indistintamente de la violencia de género y de la violencia contra mujer, como si ambos fenómenos fueran sinónimos uno del otro cuando de hablar de los maltratos contra la mujer por parte de un hombre se dan. Pero cierto es que ambos conceptos distan mucho de crear la generalidad que se le da en el campo de desarrollo de la vida diaria.

Son diferentes los tipos de violencia que la mujer sufre por su condición de género, desde las clásicas efectuadas por el hombre a través su status de ser predominante frente a ella, propio de los modelos sociales de dominación sufridos a lo largo de la historia, hasta llegar al trato de violencia física o psicológica que en la actualidad recibe, derivada de las mismas razones que en el pasado se han establecido.

2.1. Concepto de violencia de género

Hablar de violencia de género es entrar en el estudio de un tipo de violencia física o psicológica que se ejerce en contra de cualquier persona, por razón de su sexo o género (Kilmartin & Alison, 2007, pág. 278), cuyos efectos son la afectación de manera negativa de la identidad del afectado, así como su bienestar social, físico y psicológico. Se utiliza esta expresión como criterio para diferenciar este tipo de violencia de otros. La ONU (2003), así lo ha manifestado, al mencionar que el término es utilizado “para distinguir la violencia común de aquella que se dirige a individuos o grupos sobre la base de su género”, y en ese

mismo sentido se presenta en los estudios realizados por Human Rights Watch (2007, pág. 133, 2008, pág. 45).

Entonces, cuando nos referimos a la violencia de género, la misma no hace referencia a violencia ejercida en contra de la mujer, como sujeto pasivo de esas conductas, sino que nos enfrentamos a una forma de violencia de la cual puede ser víctima cualquier ser humano, en cuyo caso será factor determinante su género de hombre o mujer. Así, esta manifestación de violencia es una violación a los derechos humanos de todos los seres humanos (United Nations High Commissioner for Refugees, 2003)

Las manifestaciones más frecuentes de violencia de género se resumen en actos que causan sufrimiento y daños físicos o psicológicos, amenazas, coerción o coacción que atentan contra el ejercicio de los derechos de libertad (De Celis, 2011, pág. 292), y no sólo se presenta en el ámbito privado de las personas, sino que sus efectos o acciones se extienden hasta la vida social, política, religiosa y de educación de quien la padece (Blanco Nieto & Ruiz-Jarabo Quemada , 2002).

Este tipo de violencia también pueden darse a través de acciones sexuales, tanto de asaltos como de prostitución forzada con el fin de generar una forma de explotación económica en contra del ser humano, abortos selectivos en función de la misma explotación sexual o abuso, la muerte violenta de niñas, tráfico de personas, accesos carnales no consentidos en periodos de conflictos bélicos, ataques homofóbicos hacia personas o grupos de homosexuales, lesbianas, bisexuales y transgéneros, son las practicas más frecuentes que se han evidenciado (Kilmartin & Alison, 2007, pág. 278).

De ahí que al referirnos a la violencia de género, nos enfrentamos no sólo a la violencia que se ejerce contra la mujer por su razón de ser del género femenino, sino que son todo tipo de actos en contra de cualquier persona, generados por criterios de diferenciación de sexo o de orientación sexual. Siendo entonces un error hablar de violencia de género y de violencia contra la mujer como sinónimos, sino que el primero es la generalidad y el segundo es una de las especies del primero.

2.2. Concepto de violencia contra la mujer

La investigación social, en sus corrientes feministas, está contribuyendo a develar los trasfondos ideológicos de la violencia estructural que recae sobre el cuerpo de la mujer, la cual atenta contra su integridad ciudadana y termina con su vida. Esta comprensión política permite denunciar la muerte violenta de mujeres por razones de género con bastante frecuencia opacadas tras los velos de la impunidad estatal de género. (Munévar M., 2012, pág. 137)

La violencia contra la mujer no es en absoluto un fenómeno que deba identificarse como nuevo, ya que tiene un innegable antecedente histórico de naturaleza patriarcal, de ahí que su reconocimiento, su visualización, es un gran avance debido a que en un comienzo se pensó que era una problemática del orden privado, es decir de la familia, para ser hoy en día un problema social de gran parte de las sociedades existentes, reiterando que esto último es una declaración reciente. De ahí que el conocer de este tipo de violencia por parte de

cualquier persona, conlleva al silencio, bajo la falsa creencia de que son problemas del orden privado, lo cual incumbe únicamente a los miembros de la familia.

La historia del pasado de la mujer es un claro ejemplo de su largo sufrir a través de la evolución en las sociedades. Desde las épocas más remotas de la cultura humana se ha manifestado siempre la subordinación de las mujeres respecto a los hombres. Este fenómeno no se ha limitado sólo a concebir la inferioridad femenina, sino que ha trascendido las fronteras de lo racional, hasta llegar incluso a manifestarse mediante comportamientos agresivos, que acreditados por el patriarcado y ratificados luego por las sociedades ulteriores, conforman la ya histórica y universal violencia de género.

Bedel (1977), expone que la discriminación de la mujer en la sociedad se presentó como la primera forma de explotación, antecediendo a la esclavitud. Así, por ejemplo, algunas leyes bizantinas establecían que el esposo era un dios para la mujer, en cuyo caso, ella debía adorarlo. En la India, los historiadores dan cuenta de que si la mujer quedaba viuda, su deber era con su difunto marido, razón por la cual era quemada viva al lado de esposo fallecido, en una ceremonia denominada *sati*, siendo una obligación conyugal de la esposa. Respecto del valor de la mujer como progenitora, la mujer que no podía engendrar un hijo era repudiada, al igual que la que procreaba sólo hijas; mientras que en lugares como Irán y Etiopía, el nacimiento de una hija era un acto de deshonra, cuyos sinónimos eran bajeza, debilidad y desgracia.

La Edad Media ofrece como ejemplo de violencia ejercida contra la mujer, la “Regla del Dedo Pulgar“, que consistía en el derecho que tenía el esposo a golpear a su cónyuge con

una vara que no podía medir más de un dedo pulgar de grosor, disminuyendo así las posibilidades de muerte de la mujer a causa de la golpiza (De Vega Ruiz, 1999, pág. 10). En este periodo de la historia, la mujer también fue utilizada como objeto de paz, dada su condición de mujer, era entregada en matrimonio, sin que mediara su consentimiento.

La situación de violencia contra la mujer no cesó sino hasta finales del siglo XIX, cuando en los Estados Unidos, en Maryland, se promulgó la primera ley en contra del maltrato conyugal, en 1882. En Inglaterra, se abolió como norma el derecho del marido a castigar a su esposa en 1889.

La violencia contra las mujeres, tanto en el pasado como en el presente, sigue siendo una violencia invisible, que sólo se ejerce en un sector de la población y por un sector de la población, en gran medida en el ámbito privado. Así, la muerte de mujeres a manos de su cónyuge, amante o compañero; los malos tratos, la descalificación, la intervención de sus derechos de libertad, la subordinación y disminución de sus capacidades como ser humano, sumado a muchas otras restricciones, han sido parte del desarrollo de la mujer dentro de la sociedad. (Magallón, 2005, pág. 34)

Entonces, la desigualdad legitimada es el paradigma que debe ser cuestionado, ya que permitirá visibilizar la violencia contra las mujeres, entendiendo este fenómeno como la subordinación de la mujer hacia el hombre, así como la negación al reconocimiento de la existencia de ella como ser humano. (pág. 34).

Como ya vimos, Galtung (1995; 2003), propone dentro de su tesis sobre la violencia, que la misma se ejerce de tres formas: de forma directa, a través de la estructura de una sociedad o de una institución, o, por la cultura. En palabras de Galtung, la violencia es:

[A]frentas evitables a las necesidades humanas básicas, y más globalmente contra la vida, que rebajan el nivel real de la satisfacción de las necesidades por debajo de lo que es potencialmente posible. Las amenazas de violencia son también violencia (...) Las cuatro clases de necesidades básicas –resultado de exhaustivos diálogos en muchas partes del mundo– son: *necesidades de supervivencia* (negación: muerte, mortalidad); *necesidad de bienestar* (negación: sufrimiento, falta de salud); *identidad, necesidad de representación* (negación: alienación); y *necesidad de libertad* (negación: represión) (2003, pág. 262).

De esta manera, la violencia directa contra la mujer se evidencia cuando se atenta contra la vida de ellas, o se les suprime del reconocimiento de ser humano al ser consideradas como objetos sujetos de cambios o de ejercicio de derechos sobre ellas, por la misma subordinación. Es estructurada, cuando la violencia se deriva del lugar que las mujeres ocupan en el orden económico y del poder hegemónico institucionalizado, como es la desigualdad de salarios a mismos cargos ocupados por hombres; la decisión en instituciones estatales en donde, de un lado eligen las mayorías que son hombres y deciden sobre instituciones que permiten mantener la desigualdad de la mujer, sin dejar de lado que los cargos representativos o de mayor jerarquía son ocupados por hombres. Por último, es violencia cultural, porque a través de ésta, se permite la legitimación de las otras dos violencias, por hacerlas permanentes en el tiempo amparadas por creencias del tipo religioso, ideológico, del lenguaje, en la educación, etc., y que se evidencia en las creencias que tiene cada sociedad acerca del papel de la mujer y del hombre, que arrojan como resultado la subordinación, la desigualdad, la cosificación de ella. (Magallón, 2005, pág. 37)

Así mismo, existen muchas formas diferentes de violencia contra la mujer: física, sexual, psicológica y económica. Algunas cobran más importancia, mientras que otras las van perdiendo a medida que las sociedades experimentan cambios demográficos, reestructuración económica y transformaciones sociales y culturales. Por ejemplo, las nuevas tecnologías pueden generar nuevas formas de violencia, como el acoso por internet o por teléfonos móviles. Algunas formas, como la trata internacional y la violencia contra las trabajadoras migratorias, trascienden las fronteras nacionales. (ONU, 2006)

3. Configuración epistemológica del feminicidio: la violencia extrema contra la mujer

Los movimientos de mujeres y las acciones feministas han sido determinantes en los procesos de denuncia, denominación, visibilización, conceptualización y tipificación de la muerte violenta de mujeres en ciertas circunstancias que las conectan con el género y configuran femicidios/feminicidios y violencias feminicidas con un sujeto activo, quien mata, un sujeto pasivo, la mujer asesinada, y los contextos donde ocurren los hechos con las razones de género inscritas en los cuerpos y en las vidas de cada mujer asesinada. (Munévar M., 2012, pág. 138)².

Feminicidio hace referencia a la muerte y ejecución de violencia extrema en contra de las mujeres por el hecho de serlo y se trata de una categoría política que ha sido acuñada por movimientos feministas y organizaciones internacionales para nombrar y reconocer los

² La autora presenta un completo catálogo de autores, en especial del género femenino, que ha contribuido a la formulación teórica del término feminicidio. (Citar el catálogo)

maltratos y daños ocasionados a las mujeres en un sistema de dominación masculina y desigualdad en las esferas públicas y privadas de las mujeres.

La creación de la palabra feminicidio como construcción teórica, es el efecto de un amplio y apreciable trabajo de la academia feminista, en conjunto con los procesos de denuncia y visibilización del fenómeno de violencia en contra de la mujer que han venido siendo encausados por el movimiento feminista, defensores de derechos humanos y familiares de las víctimas.

Diana Russell, utilizó el término feminicidio, cuando sirvió de testigo en el Tribunal Internacional de Crímenes Contra Mujeres en Bruselas en el año 1976. En este tiempo, Russel no brindó una definición exacta sobre la palabra. Fue en el año de 1990, cuando al lado de Jane Caputi, se da a conocer una conceptualización del término en el artículo *Speaking the Unspeakable*, publicado originalmente en la revista *Ms* (1990). En esta ocasión mencionó que al hablar de feminicidio estaríamos en presencia de “asesinato de mujeres realizado por hombres motivado por odio, desprecio, placer o un sentido de propiedad de las mujeres”. (Russel & Radford, 2006, pág. 77). Y fue en 1992, cuando Russel al lado Radford, definieron al feminicidio como “el asesinato misógino de mujeres cometido por hombres”, (2006, pág. 77).

La construcción hecha por Russel conllevó al reemplazo de ciertos términos al momento de teorizar el fenómeno social de muertes de mujeres a causa de su género. La autora manifiesta que al momento de realizar la presentación del término, reemplazó dentro la palabra “femeninas” por “mujeres”, dado que algunas de las víctimas de esta forma de

violencia son bebés y jovencitas y así mismo algunos perpetradores de este delito son niños y jóvenes, por ende la definición se refiere a “varones” en lugar de “hombres” (2006).

En su construcción, Russell, extiende las acciones que configuran actos feminicidas, no solo a aquellos asesinatos misóginos, sino también a todas las formas de asesinato sexista. El primero entendido como aquellos asesinatos que se localizan dentro de las acciones producidas bajo motivos de odio hacia las mujeres, por la condición de género femenino; y los segundos, se encierran a todas las muertes de mujeres realizadas por varones, por la condición de géneros, es decir de hombres y de mujeres: aquí los motivos son distintos, porque el perpetrador ejecuta el delito creyendo que tiene algún derecho a hacerlo o porque siente ese grado de superioridad sobre la mujer; también puede ser por placer, o por deseos sádicos, o por la hipótesis de considerar algún tipo de propiedad sobre las mujeres.

Por su parte, Marcela Lagarde de los Ríos, quien ha dedicado parte de su investigación al estudio de las muertes de mujeres en Ciudad Juárez, en México y América Latina, reconoce que su teorización sobre el feminicidio la toma de lo presentado por Russell y Radford (Russel & Radford, 2006, pág. 20), en *“Femicide: The Politics of Woman Killing”*. El feminicidio es un problema de base general que no puede ni debe ser restringido a casos particulares y menos ser tenido en cuenta solamente en casos especiales, sino que es una problemática estructural que implica un riesgo de género que afecta a todas las mujeres. De esta manera, el hecho de no centrar el debate en esta dirección concibe que la comprensión de los homicidios de mujeres sean “aislados” y sólo se aborde el tema cuando la realidad es tan visible que resulta imposible seguir negándola u ocultándola. (Lagarde de los Ríos, 2008, pág. 12)

Así, redefine el concepto de feminicidio, incorporando un ingrediente adicional: la impunidad. Dirá que “se trata de una fractura del estado de derecho que favorece la impunidad. El feminicidio es un crimen de Estado”. Expone las diferencias existentes entre la palabra femicidio y la palabra feminicidio, en donde la primera de ellas se refiere a una voz homóloga al homicidio y por ende solo significa homicidio de mujeres, mientras que el feminicidio plantea que es el conjunto de violaciones a los derechos humanos de las mujeres, los cuales los equipara a crímenes de lesa humanidad (2008, pág. 216).

Lagarde, entiende como crimen de Estado, se entiende como aquel cometido por miembros de la fuerza pública o por intermedio de grupos armados al margen de la ley con aquiescencia del Estado. Y dependiendo el contexto en el que este crimen se dé puede derivar en crimen de lesa humanidad.

Y el crimen de lesa humanidad en su sentido formal “significa ofensa, agravio extremo e intencionalmente producido a la humanidad; viene de la voz latina “*Laedsa*” que denota sufrimiento o dolor producido intencionalmente, daño y angustia extrema, y el termino humanidad quiere significar la esencia a lo propio o inherente al hombre. Pero el sentido actual es el daño lesión o agravio extremo a lo más esencial del hombre, ocasionado por el Estado o por sus agentes gubernamentales o por particulares que obran en nombre del Estado o con su apoyo directo o indirecto, su aceptación o asentimiento”. (Gómez, 1998, p. 33).

Para la tesista, estos tipos de crímenes no se presentan en el feminicidio, pues el agravio extremo hacia la mujer no se da por parte del Estado, o por los particulares que actúan en representación del Estado, es más, en el feminicidio el sujeto activo puede ser cualquier hombre que cumpla con los parámetros de misoginia o sexismo hacia las mujeres. A menos, claro, que la población afectada o mujeres sean agredidas por representantes del Estado o por sus agentes.

De esta manera, Lagarde (2008), equipara las acciones constitutivas de feminicidio con los elementos que componen el genocidio, en el entendido que se dirige a la exterminación total o parcial de un género, la mujer, de manera sistemática y que sucede cuando las condiciones históricas generan prácticas sociales que permiten atentados violentos contra la integridad, la salud, las libertades y la vida de niñas y mujeres (pág. 216)

Por su parte, Monárrez (2000), al igual que Lagarde, toma como base de su estudio sobre el feminicidio, la teorización de Russell y Radford, entendiendo que la violencia contra la mujer se convierte en extrema cuando se comete la muerte de una de ellas por su condición de género, derivado de la misoginia y la rivalidad sexista del hombre hacia la mujer (pág. 89). Su aporte más importante se adecua a los estudios de casos referidos a las condiciones socioculturales de las víctimas, las cuales deben ser tenidas en cuenta, ya que estima que la falta de poder socio-político que sufre la mujer, hace que exista una mayor posibilidad de que las mujeres sean victimizadas.

Los hombres que matan a las mujeres, son hombres violentos que las asesinan evaluando la vulnerabilidad de las mismas. Porque hay mujeres que son más propensas a ser victimizadas

que otras. Esta victimización por crímenes está en relación directa a la falta de poder político y económico de la mujer en la sociedad. (Monárrez, 2000, pág. 91)

Así mismo, enseña que otro factor de vulnerabilidad que sufre la mujer, que hace más posible ser víctima de feminicidio, está en los factores de tolerancia social que cada comunidad manifiesta en torno al ejercicio de la violencia y sus niveles (pág. 92).

Un estudio realizado en Costa Rica, relacionó la muerte violenta de mujeres causadas por el factor género femenino, con la violencia de género ejercido a través de la violencia contra la mujer. Así, Carcedo y Sagot (2000), refieren que el “femicidio”, es el asesinato de mujeres por razones asociadas con su género, siendo éste la forma más extrema de violencia en contra de la mujer, ejercida por los hombres en contra las mujeres debido al deseo de poder, dominación o control sobre ellas. (pág. 11) De esta manera, se encuadra todo tipo de violencia que se genere desde la familia y los actos sexuales incluye los asesinatos producidos por la violencia intrafamiliar y la violencia sexual; haciendo entonces que se torne en dos formas: femicidio íntimo o femicidio no íntimo.

Para estas autoras, no existe diferencia entre los términos feminicidio y femicidio. Sin embargo, acogeremos la diferencia expuesta por Russell, quien frente al primero lo define como la muerte de mujeres por su condición de género, mientras que el segundo, es solo la muerte de mujeres sin que exista una razón de su causa.

También se ha dicho que el feminicidio es:

La culminación de un proceso continuo de violencias en culturas donde estos actos extremos en contra de las mujeres son aceptados socialmente tanto por varones como por mujeres. El feminicidio se ha tipificado como: feminicidio íntimo, no íntimo, y feminicidio por conexión. (Sánchez, 2010, pág. 22)

En el feminicidio asisten, en tiempo y espacio, los menoscabos de los derechos contra niñas y mujeres, efectuados por conocidos y desconocidos, por violentos, en ocasiones violadores y asesinos individuales y grupales, accidentales o expertos, que conducen a la muerte cruel de algunas de sus víctimas.

No todas las trasgresiones son acordadas o ejecutadas por asesinos seriales. Según la autora, los hay seriales e individuales, algunos son cometidos por conocidos, como las parejas, ex parejas, parientes, novios, esposos, acompañantes, familiares, visitas, colegas y compañeros de trabajo; también son cometidos por desconocidos y anónimos, y por grupos de malhechores sujetos a modos de vida violentos y criminales. Pero, todos tienen en común que las mujeres son usables, prescindibles, maltratables y desechables; todos coinciden en su infinita crueldad y son, de hecho, crímenes de odio contra las mujeres.

Visto todo lo anterior, encontramos que el feminicidio se proyecta a través de diferencias estructurales entre mujeres y hombres, generadas por situaciones del orden social, cultural o personal: de un lado, por medio de la dominación de los hombres sobre las mujeres, manteniéndolas bajo un mecanismo de opresión por medio de la violencia; por otro, las

condiciones generadas por el ambiente ideológico y social del machismo y la misoginia, haciendo ver la violencia contra la mujer como algo normal.

También se encuentra relacionado el feminicidio sexual sistémico (Monárrez, 2000). Este tipo de feminicidio se da por la muerte a mujeres que son previamente secuestradas, violentadas sexualmente y torturadas, sus cuerpos sin vida son lanzados desnudos o casi desnudos a diferentes zonas desiertas, abandonadas, basureros, entre otros. Lo que los victimarios pretenden con esta clase de feminicidios es endurecer las diferencias de género entre sexos, como lo son la desigualdad, la diferencia y la ortendad, entendida esta última como el reconocimiento del otro como individuo diferente, que no forma parte de la comunidad propia.

Un análisis jurídico sobre el problema lo hace Huertas (2013), quien, desde una perspectiva sobre derechos humanos de la mujer, analizó las consecuencias que trae para ellas el sometimiento a una vida con violencia. Así, afirma que es un problema que ataca a su vez varios aspectos, como la vulneración de derechos humanos, la inseguridad ciudadana directamente hacia las mujeres e indirectamente a los núcleos familiares y a la colectividad social (pág. 36)³. Así mismo, indica que es complicado determinar el contexto verdadero del feminicidio en Colombia, ya que los problemas que se destacan impiden por un lado, determinar la dimensión del feminicidio como tal y, por el otro es difícil establecer posibles medidas para su solución y eventual erradicación.

³ Sobre la transformación del fenómeno social de feminicidio a un asunto estatal a través del Derecho penal (Huertas & Jiménez, *Feminicidio en Colombia: reconocimiento de fenómeno social a delito*, 2016). Así mismo, el feminicidio en un escenario del posconflicto colombiano (Huertas, Patiño, & Ruíz, 2015).

En Colombia, los inconvenientes o problemas que se destacan en la realidad del país con respecto al fenómeno del feminicidio, se encuentran: la falta de información con respecto al registro o sub registro o mal registro de los diferentes datos necesarios para esclarecer la presencia o no de feminicidios; la inexactitud en los conceptos de asesinato de mujeres y feminicidios y la falta desarrollo de estadísticas que demuestren las muertes de mujeres, motivos, agresores, que puedan esclarecer y ayudar para la comprensión de la existencia o no de feminicidios. (pág. 39)

Visto lo anterior, en síntesis, el feminicidio es una forma de violencia extrema contra las mujeres, causada por la muerte de ellas basado en la misoginia y el género femenino, el cual, se ha convertido en un fenómeno social evidenciado por el movimiento feminista, quienes, a partir de su teorización, ha permitido no sólo conocer el concepto, sino también visibilizarlo, llamando la atención de la comunidad nacional e internacional sobre este tipo de muerte basadas en género.

Sus principales exponentes han sido feministas quienes, a partir del desarrollo de sus trabajos científicos, han presentado una primer postura (Russell y Radford), fundando las bases conceptuales sobre el fenómeno del feminicidio, siendo complementado por diferentes investigaciones de campo y estadísticas en América Latina.⁴

⁴ Para una ampliación de la bibliografía sobre el feminicidio como forma de violencia extrema contra la mujer: (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008) (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2013) (ONU, 2006) (Atencio, 2014) (Castillo, 2007) (Munévar M., 2012) (Toledo Vásquez, 2009) (Vera, 2012)

4. Tipología del feminicidio

Definido como quedó el concepto de feminicidio y expuestos sus orígenes y concepciones modernas desde el punto de vista sociológico y de derechos humanos, ahora nos centraremos en identificar los eventos en donde se puede hablar de muerte violenta de una mujer por razones generadas en su condición de género femenino. Para lograr este objetivo, centraremos nuestro estudio en las diferentes propuestas que han generado los estudios sociológicos, acogidos bien sea por los movimientos feministas o por los organismos internacionales.

Así, Russell y Radford (2006), clasificaron el femicidio en tres categorías, según la relación que tenía la víctima con su victimario. De esto se tiene que pueden ser: feminicidios íntimos, no íntimos y por conexión.

Son feminicidios íntimos, aquellas muertes violentas de mujeres, cometidos por hombres con quien la víctima tenía una relación de carácter íntimo, familiar, de convivencia permanente o cercana. Serán feminicidios no íntimos, los asesinatos cometidos por hombres con quienes la víctima no tenía relaciones íntimas, familiares, de convivencia o afines, en cuyo caso, se hace espontánea la acción que puede incluir ataques sexuales previos a la muerte. Y por conexión, serán aquellas muertes de mujeres que fueron asesinadas “en línea de fuego” por un hombre que ejecutando violencias en contra de una mujer, término haciendo daño (que ocasiona la muerte) a otras mujeres que intercedieron para evitar el hecho, es decir la muerte de mujeres que cayeron en la acción del feminicida.

A esta clasificación tripartita, se añadieron dos nuevos tipos: el feminicidio sexual sistémico, subdividido en organizado y desorganizado, y feminicidio por ocupaciones estigmatizadas (Monárrez, 2010).

El feminicidio sexual sistémico, es aquel que se comete en contra de una mujer, en donde ella pierde la vida, pero donde son víctimas de otros delitos como secuestros, violencia sexual, torturas; su cuerpo sin vida es lanzado al desierto o dejados en basureros de la ciudad, desnudos o sin algunas de las prendas que vestía. En este tipo de delitos, los victimarios pretenden endurecer las diferencias de género entre sexos, es decir, la desigualdad y la diferencia

La otra clase de **feminicidio** es el caracterizado por ocupaciones estigmatizadas, en donde la mujer pierde la vida a causa de la ocupación o el trabajo desautorizado que desempeñan. Por ejemplo aquellas que laboran en bares y en centros nocturnos, como son las bailarinas, las meseras y las prostitutas.

Esta doctrina social, permite presentar los elementos que se deben verificar al momento de enfrentarnos al estudio de casos sobre feminicidios. Esto con el fin de identificar si estamos en presencia de la muerte de una mujer por causas distintas a la violencia que genera pertenecer al género femenino, o si por el contrario, nos enfrentamos al homicidio por causas distintas.

Se ha escogido esta clasificación dado que son los primeros estudios en la materia, además de ser la base de otros estudios realizados por entidades estatales, internacionales y privadas.⁵

⁵ Estudios realizados por este tipo de organismos: (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas Para los Derechos Humanos, 2002) (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008) (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2013) (Toledo Vásquez, 2009).

Capítulo II

POLÍTICA PENAL Y DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL EN EL FEMINICIDIO

1. Política penal para formular el delito de feminicidio

Dentro de la construcción de la política penal que el legislador desarrolló para proteger a las mujeres de la violencia constante, se describirán los tratados internacionales que sostienen la igualdad entre hombres y mujeres, así como la erradicación de la violencia en contra de estas últimas. De la misma manera, se abordará las leyes nacionales que regulan la prevención y erradicación de la violencia contra la mujer, junto con las exposiciones de motivos de la ley que termina incluyendo dentro de la ley 599 de 2000, al feminicidio como delito autónomo.

1.1. Marco internacional de obligaciones de los Estados frente a los derechos de la mujer

1.1.1. Obligaciones del Estado colombiano, frente a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 (CERAW)

La Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CERAW), aprobada en Colombia mediante la Ley 51 de 1981, es considerada como la declaración internacional de los derechos de las mujeres. Se encuentra conformada por un preámbulo y 30 artículos, donde se conceptualizan y caracterizan las formas de discriminación contra las mujeres, además, se implantan una agenda internacional con

dirección a lo nacional, para que las administraciones nacionales terminen con dicha discriminación. Dicha Convención puntualiza la discriminación contra las mujeres como:

[C]ualquier 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.

Los Estados que aceptan ser parte de la Convención, se comprometen a adoptar una serie de medidas tendientes a eliminar toda forma de discriminación contra la mujer, incluyendo:

Artículo segundo. Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto se comprometen a:

a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio;

b) Adoptar medidas adecuadas, legislativa y de otro carácter con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer;

c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación.

d) Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación;

e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas;

f) Adoptar todas las medidas adecuadas incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyen discriminación contra la mujer;

g) Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer.

Artículo tercero. Los Estados Partes tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas políticas social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre”. (Organización de las Naciones Unidas, 1979)

1.1.2. Protocolo facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CERAW)

Este protocolo amplía ciertos parámetros de la Convención para la eliminación de todas las formas para la discriminación contra la mujer, y establece entre otras cosas que todo Estado parte reconoce la competencia del Comité Para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, para recibir y considerar las peticiones presentadas por personas o grupos de personas que se encuentren sometidas al Estado parte, y que sean víctimas de este Estado de cualquiera de los derechos enunciados en la convención (artículos primero y segundo del protocolo facultativo). Las comunicaciones que se presenten se harán por escrito y no podrán ser anónimas. También se explica que el Comité no revisará comunicaciones a menos que se

haya observado el agotamiento de todos los recursos de la jurisdicción interna, a menos que el trámite a esos recursos se extienda de manera infundada sin recibir una solución efectiva.

1.1.3. Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, “Convención de Belem do Pará”. Obligaciones de los Estados

Esta convención fue aprobada en Colombia mediante la ley 248 de 1995 y se destaca de ésta que en el artículo séptimo de la convención se reconocen los deberes de los Estados, en donde éstos, condenarán todas las formas de violencia contra la mujer, y así acuerdan adoptar, por los medios necesarios y sin atrasos injustificados políticas con miras a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y donde los Estados deben evitar cualquier hecho que termine en violencia contra la mujer, y tratar porque las autoridades, funcionarios, instituciones y demás se comporten de acuerdo a esta obligación; así mismo, los Estados deben desarrollar la diligencia debida para prevenir, investigar, y sancionar la violencia contra la mujer. También se debe incluir en la legislación interna normas de carácter penal, civil y administrativo, para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso; igualmente se tendrán en cuenta medidas legislativas para modificar o derogar leyes que, a partir de las costumbres, no provean por la tolerancia de la violencia contra las mujeres; del mismo modo, se establecerán procedimientos eficaces y eficientes para las mujeres que hayan sido víctimas de la violencia, que incluyan medidas de protección, juicio oportuno, acceso a estos procedimientos, entre otros.

De igual forma, el artículo octavo de la convención sostiene que los Estados partes convienen en acoger, de manera gradual, medidas específicas, hasta programas para promover el conocimiento de los derechos de las mujeres a una vida sin violencia, por medio del respeto de sus derechos humanos; transformar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, encerrando el diseño de programas de educación formales y no formales adaptados a todo nivel del proceso educativo, para minimizar prejuicios y costumbres y todo tipo de prácticas que se fundamenten en el antecedente de inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que permiten la violencia contra la mujer; también brindar a la mujer víctima de violencia acceso a programas eficaces de rehabilitación y capacitación que le permitan participar plenamente en la vida pública, privada y social; así mismo, se pide que los medios de comunicación realicen directrices adecuadas de difusión con el fin de erradicar la violencia contra la mujer; por último, certificar la investigación y recopilación de estadísticas y demás información existente sobre las causas, consecuencias y frecuencia de la violencia contra la mujer, para así, evaluar la eficacia de las medidas para prevenir, sancionar y eliminar la violencia contra la mujer y de formular y aplicar los cambios que sean necesarios.

1.1.4. Declaración sobre la eliminación de la violencia contra mujer

Las Naciones Unidas, preocupada por la necesidad de la aplicación universal para las mujeres de los derechos y principios relativos a la igualdad, seguridad, libertad, integridad y dignidad de todos los seres humanos, expide la Resolución de la Asamblea General 48/104

del 20 de diciembre de 1993, en donde define la "violencia contra la mujer como todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada". (Artículo primero).

Así mismo, estipula los actos que pueden ser entendidos como tipos de violencia; así:

- La violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación;

- La violencia física, sexual y psicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada;

- La violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra". (Artículo segundo)

Esta declaración, entiende que la mujer tiene derecho, respetando la igualdad, a la protección y así mismo a poder disfrutar plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural, civil y de cualquier otra índole; y también se obliga a que los Estados deban condenar la violencia contra la mujer y no demandar ningún tipo de costumbre, tradición o consideración religiosa para evadir su obligación de procurar eliminarla. Los Estados se obligan a emplear por todos los medios y sin tardanza una política encaminada a eliminar la violencia contra la mujer. (Artículos tercero y cuarto)

1.2.El Estado colombiano y la protección de los derechos de la mujer

Al observar el contexto Colombiano, se revela que durante las últimas décadas se ha venido incrementado el índice de violencia en contra las mujeres, tanto así que el legislador en aras de minimizar esta problemática ha expedido diversas leyes enfocadas a la prevención y erradicación de todo tipo de violencia en contra de las mujeres, se han tenido en cuenta, la violencia que las mujeres sufren dentro del ámbito familiar, económico, psicológico, físico y hasta llegar hasta lo que hoy en día se conoce como feminicidio o violencia extrema sufrida por las mujeres.

Dentro de estas normas, encontramos:

- Ley 294 de 1996, por medio de la cual se desenvuelve el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar.

Esta ley estipula dos tipos de medidas sancionatorias: primero se hallan las de tipo sancionatorio en materia penal, para lo cual su clasificación es individual, pues es destinada a las personas que realicen dichas conductas típicas; y del orden sancionatorio, con respecto a la reparación, fijadas por el sujeto al cual va dirigida la sanción o que ha transgredido el bien jurídico tutelado. Estas medidas individuales penales, se establecen como resultado de la consagración de la violencia intrafamiliar como tipo penal.

Por otra parte, se consagra un agravante al delito de acceso carnal violento, cuando este se cometiere contra un miembro del grupo familiar. Así mismo, esta ley, regula una circunstancia de agravación punitiva para el delito de lesiones personales, cuando por medio

de violencia física o síquica, trato cruel o intimidatorio o degradante, se dañe en el cuerpo o en la salud psicológica a un integrante del grupo familiar.

- Ley 360 de 1997, por medio de la cual se modifican algunas normas del título XI del Libro II del Decreto-Ley 100 de 1980 (Código Penal), relativo a los delitos contra la libertad y pudor sexuales y se adiciona el artículo 417 del Decreto 2700 de 1991 (Código Procedimiento Penal) y se dictan otras disposiciones.

Se establece que los delitos sexuales serán titulados como delitos contra la libertad sexual y la Dignidad Humana, allí se observarán los delitos de, actos sexuales violentos, acceso carnal violento, acceso carnal abusivo, trata de personas, pornografía de menores, entre otros. Así mismo se encontrarán los derechos de las víctimas de delitos contra la libertad sexual y la Dignidad Humana.

- Ley 497 de 1999, Los jueces de paz tendrán competencia para la resolución de conflictos nacidos de la violencia intrafamiliar.
- Ley 575 de 2000, se concede competencia en materia de violencia intrafamiliar no solo a jueces de familia sino a los comisarios de familia y a falta de éstos a los Inspectores de Policía. Genera medidas de asistencia a las víctimas de maltrato.
- Ley 640 de 2001, norma destinada a la reglamentación del mecanismo alternativo de solución de conflicto, conciliación. El Capítulo VII es exclusivo a la conciliación extrajudicial en materia de familia.

Teniendo en cuenta el derecho de familia, La conciliación extrajudicial, podrá realizarse ante los conciliadores de los centros de conciliación, ante los defensores y los comisarios de familia, los delegados regionales y seccionales de la Defensoría del Pueblo, los agentes del Ministerio Público, ante las autoridades judiciales y administrativas en asuntos de familia y ante los notarios. A falta de todos los anteriores en el respectivo municipio, esta conciliación podrá ser adelantada por los personeros y por los jueces civiles o promiscuos municipales. (Artículo 31)

Con respecto a las medidas provisionales, se acude a los defensores y los comisarios de esta disciplina, los agentes del Ministerio Público, ante las autoridades judiciales y administrativas en asuntos de familia y los jueces civiles o promiscuos municipales podrán adoptar hasta por treinta (30) días, en caso de riesgo o violencia familiar, o de amenaza o violación de los derechos fundamentales constitucionales de la familia o de sus integrantes, las medidas provisionales previstas en la ley y que consideren necesarias, las cuales para su mantenimiento deberán ser refrendadas por el juez de familia (Artículo 32).

- Ley 742 de 2002, con esta normatividad se aprueba el Estatuto de Roma (Corte Penal Internacional) se adhieren delitos relacionados con violencia basada en el género.

De acuerdo a esta ley serán crímenes de lesa humanidad, la Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable.

- Ley 599 de 2000, se realiza un nuevo Código Penal. Castiga las conductas delictivas que afectan la libertad individual, libertad sexual y la dignidad humana de las mujeres.
- Ley 882 de 2004, aumenta la pena para el delito de violencia intrafamiliar.

Realiza la descripción de Violencia Intrafamiliar, como el que maltrate física o psicológicamente a cualquier miembro de su núcleo familiar, y establece que incurrirá, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor, en prisión de uno (1) a tres (3) años.

- Ley 1257 de 2008, por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones.

En su artículo primero, esta ley prevé el fortalecimiento de normas que le garanticen a todas las mujeres una vida libre de violencia, tanto privada como públicamente; así mismo el reconocimiento y ejercicio de todos sus derechos, el acceso a los procedimientos administrativos y judiciales para su protección y atención, y la adopción de las políticas públicas necesarias para su realización (Artículo 1).

Se conceptualiza por violencia en contra de las mujeres a cualquier acción u omisión, que le produzca muerte, daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico, económico o

patrimonial por su condición de mujer, también se entiende como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, bien sea que se presente en el ámbito público o en el privado. (Artículo 2).

Dentro de la violencia intrafamiliar se conciben ciertas medidas de protección para las víctimas de esta clase de violencia, formadas así:

Si la autoridad respectiva establece que el miembro de un grupo familiar ha sido víctima de violencia, se pronunciará mediante providencia motivada, y expedirá una medida definitiva de protección, por medio de la cual ordenará al agresor no realizar la conducta objeto de la queja, o cualquier otra parecida en contra la persona ofendida u otro miembro del grupo familiar. El funcionario podrá imputar, además, según el caso (Artículo 16), las siguientes medidas como lo contiene el artículo 17 de la presente ley; desalojo del agresor de la casa de habitación que comparte con la mujer o la familia; ordenar al agresor que intimide, perturbe o amenace a la víctima, permaneciendo en cualquier lugar donde se encuentre la víctima; prohíbe al agresor ocultar o trasladar de la residencia a los niños, niñas y personas en situación de discapacidad o indefensión; se obliga al agresor a asistir a un tratamiento terapéutico a costa de él mismo; ordenar que el agresor cancele los gastos de orientación y asesoría jurídica, médica, psicológica y psíquica que requiera la víctima; Si hay reincidencia de la violencia y malos tratos, la autoridad correspondiente ordenará una protección temporal especial de la víctima por parte de las autoridades de policía; se limitará y decidirá temporalmente a cerca de las visitas, la guarda y custodia de los hijos e hijas, sin eliminar la competencia en materia civil algunas autoridades; impide que el agresor porte, tenga y use armas, a menos que sean necesitadas en su profesión; prohíbe al agresor enajenar

bienes de su propiedad, en caso de tener sociedad conyugal o patrimonial vigente; entre otras.

2. La política penal analizada desde las motivaciones de los proyectos de ley que crean el delito de feminicidio

2.1. Proyecto de ley número 171 De 2006, Senado

Este proyecto de ley culminó expidiendo la Ley 1257 de 2008, Por la cual se dictan normas para prevenir, erradicar y sancionar toda forma de violencia contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones.

Dentro de la exposición de motivos de este proyecto se menciona como la violencia en contra de las mujeres ha estimulado gran interés en los ámbitos nacional e internacional, como una manifestación de discriminación y violación de los Derechos Humanos de las mujeres.

Ese interés nace por el trabajo emprendido por las organizaciones de mujeres en todo el mundo y su lucha política para que se reconociera que la violencia contra ellas no era producto del azar o un hecho de la esfera privada, sino que estaba íntimamente vinculada con relaciones desiguales de poder entre varones y mujeres.

Así las mujeres reclamaron por medidas de los Estados para sancionar, prevenir y erradicar la violencia contra ellas; remediar los efectos de dicha violencia en sus vidas y descubrir cómo la perpetuación de la violencia en su contra es una forma de mantener relaciones estructurales de subordinación. En este extenso proceso de luchas de las mujeres se han incorporado los esfuerzos del Sistema de Naciones Unidas, del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y de organizaciones de Derechos Humanos para realizar acciones y trazar directrices que permitan la eliminación de todas las formas de violencia contra ellas.

Reconocer la violencia contra las mujeres como un problema que involucra a los Derechos Humanos implica tolerar que la violencia contra las mujeres compone una violación de Derechos Humanos y aclara el sentido de las normas que asignan a los Estados las obligaciones de prevenir, erradicar y castigar los hechos de violencia y los hacen responsables en caso de incumplirlas.

La violencia contra las mujeres, por su condición de ser mujeres, constituye no solo una violación sistemática de sus Derechos Humanos, sino también uno de los obstáculos para el logro de la igualdad entre varones y mujeres y para el pleno ejercicio de la ciudadanía. Es una expresión de la valoración social de las mujeres como carentes de libertad y autonomía para decidir sobre sus proyectos de vida y es inaceptable, ya sea cometido por parientes o por extraños, por actores armados, por el Estado y sus agentes.

Interpretar la violencia contra las mujeres en relación con los Derechos Humanos obliga a que en los ámbitos público y privado se fortalezcan e incrementen las acciones y

políticas dirigidas a prevenir, sancionar y eliminar la violencia contra ellas, en especial en los sectores de la justicia, la educación y la salud.

La violencia reflejada en las relaciones de subordinación en donde se ven involucradas las mujeres ocurren tanto en el ámbito público como en el privado, esto es, en el lugar de trabajo, en los centros de salud, en los centros educativos, en el espacio de la comunidad en general, en la relación de pareja y en las relaciones intrafamiliares.

Por todo lo anterior según esta exposición de motivos el Estado y la sociedad están obligados a prevenir, atender, investigar, sancionar y erradicar este fenómeno, y a proteger a las víctimas ante situaciones de amenaza, vulnerabilidad o riesgo para su autonomía, su integridad, sus propiedades, su núcleo familiar y su participación en la vida política, económica y social del país, mediante el establecimiento de condiciones sustanciales y procesales para el disfrute real de sus derechos.

Este proyecto básicamente buscaba erradicar y prevenir la violencia en contra de la mujer, tanto así que en su artículo segundo, definió la violencia contra la mujer como 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, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, bien sea que se presente en el ámbito público o en el privado.

Para efectos de la presente ley, y de conformidad con lo estipulado en los Planes de Acción de las Conferencias de Viena, Cairo y Beijing, por violencia económica, se entiende

cualquier acción u omisión orientada al abuso económico, el control abusivo de las finanzas, recompensas o castigos monetarios a las mujeres por razón de su condición social, económica o política. Esta forma de violencia puede consolidarse en las relaciones de pareja, en las laborales o en las económicas.

De esta forma, el artículo 26, modifica el numeral primero y adiciona el numeral 11 al artículo 104 de la Ley 599 de 2000 así:

1. En pariente hasta cuarto grado de consanguinidad, cuarto grado de afinidad, cuarto civil; en cónyuge, compañero o compañera permanente o con quien se cohabite o se haya cohabitado; o aprovechando la confianza depositada por la víctima en el autor o alguno de los partícipes o contra cualquier persona que de manera permanente se hallare integrada a la unidad doméstica. Para los efectos previstos en este artículo, la afinidad será derivada de cualquier forma de matrimonio, unión libre o cohabitación.

11. Si se cometiere contra una mujer por el hecho de ser mujer.

Por su lado el Artículo 27. Adiciona al Capítulo III del Libro 2° del Título I de la Ley 599 de 2000 el siguiente artículo:

Artículo 121 A. *Violencia física, psicológica y sexual.* El que maltrate física, psicológica o sexualmente a otro incurrirá, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor, en prisión de 4 a 8 años.

Y el Artículo 28. Adiciona al artículo 135 de la Ley 599 de 2000, el siguiente inciso:

La pena prevista en este artículo se aumentará de la tercera parte a la mitad cuando se cometiere contra una mujer por el hecho de ser mujer.

2.2. Proyecto de ley número 49 de 2012. “Ley Rosa Elvira Cely”

Por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones.

Dentro de este proyecto de ley se observa dentro de la exposición de motivos, la obligación que posee el Estado de garantizar el respeto y reconocimiento de los Derechos Humanos de las mujeres, que provienen de los tratados suscritos por la Comunidad Internacional, así envuelve la obligación del Estado de acoger las medidas legislativas que tiendan a asegurar su goce efectivo, las garantías de protección y el acceso a un recurso efectivo para la realización de la justicia.

Relaciona las medidas legislativas, sobre todo cuando se trata de los derechos a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas, junto con las normas penales dedicadas a sancionar los actos que constituyen atentados contra estos derechos.

Dentro de la misma exposición, se analizan ciertas cifras provenientes de medicina legal y ciencias forenses, en donde se muestra que cerca de 500 mujeres han sido asesinadas,

mientras que en el mismo periodo del 2011, se registraron 512 casos. En ese año Medicina Legal realizó 17.000 exámenes médicos legales por abuso sexual.

En el año 2010, en informe emitido por la misma entidad, fueron asesinadas 1.444 mujeres, de las cuales, 312 (21.61%), eran amas de casa, 140 (9,7%) eran estudiantes, 88 (6%) eran comerciantes, 73 (5%) eran vinculadas al servicio doméstico, 34 (2.3%) eran trabajadoras sexuales y de 396 (27%) no se tiene información sobre su ocupación.

El mismo estudio señala que, al establecer la evolución de la tasa de feminicidios de pareja (por millón de mujeres), los mayores incrementos se han registrado en Chipre (277,13%), y Colombia (51,28%).

Señala igualmente que, de acuerdo con las tasas de prevalencia de los feminicidios cometidos por cualquier agresor en el 2006, Colombia ocupa el tercer lugar en América Latina.

En su artículo primero, el objeto de la ley busca “tipificar el feminicidio como delito autónomo, garantizar la debida diligencia, idoneidad y oportunidad en la investigación y sanción de la violencia contra las mujeres por el hecho de ser mujeres y adoptar estrategias de sensibilización de la sociedad colombiana en la prevención de la violencia feminicida”.

Se entenderá por violencia feminicida como la forma extrema de violencia de género contra las mujeres, ya sea en ámbito público o privado, conformada por un conjunto de

conductas que conllevan a la muerte violenta contra las mujeres”.

El Artículo 134E quedaría así:

Feminicidio. Incurrirá en el delito de feminicidio quien causare la muerte a una mujer, por su condición de ser mujer, ya sea en el ámbito público o privado en cualquiera de las siguientes circunstancias:

- a) Haber pretendido establecer o volver a una relación de pareja o de intimidad con la víctima;
- b) Mantener o haber mantenido con la víctima relaciones familiares, conyugales, de unión marital de hecho, de convivencia, de intimidad, de noviazgo, de amistad, de compañerismo o de trabajo;
- c) Cometer el delito en ritos grupales;
- d) Utilizar el cuerpo de la víctima para satisfacción de instintos sexuales o cometer actos de mutilación genital o cualquier otro tipo de agresión o sufrimiento físico o psicológico.

Y, el artículo 134F contendrá las circunstancias de agravación punitiva. La pena prevista en el artículo anterior se aumentará en una tercera parte (1/3) en el mínimo y la mitad (1/2) en el máximo, en los siguientes casos:

- a) Cuando el agente tenga la condición de servidor público, sea o haya sido miembro de las fuerzas armadas o de organismos de seguridad e inteligencia del Estado;
- b) Cuando la conducta se cometiere en menor de dieciocho (18) años, persona mayor de sesenta (60), o mujer en estado de embarazo;
- c) Cuando la conducta se cometiere con el concurso de otra u otras personas;

- d) Cuando el autor del hecho punible se aproveche de circunstancias de autoridad, relaciones de confianza, amistad o situación de subordinación o inferioridad de la víctima.
- e) Cuando se haya puesto a la mujer en situación de indefensión o inferioridad, o aprovechándose de esta situación;
- f) Cuando a la muerte la haya precedido algún incidente de violencia cometido por el autor contra la víctima, independientemente de que el hecho haya sido denunciado o no;
- g) Cuando se cometiere en una mujer en situación de vulnerabilidad por razón de su edad, discapacidad física, psíquica o sensorial, ocupación u oficio, desplazamiento forzado, condición socioeconómica o por prejuicios relacionados con la concepción ideológica, la condición étnica, la orientación sexual o la identidad de género;
- h) Cuando el hecho punible fuere cometido con sevicia u ocasionando sufrimiento físico o psicológico a la víctima;
- i) Cuando el hecho punible fuere cometido frente a cualquier familiar de la víctima.

2.3. Proyecto de ley número 107 de 2013, “Rosa Elvira Cely”. Senado

Dentro de este proyecto, se busca propiciar un cambio en el Derecho penal Colombiano con respecto a los Derechos de la mujer, así como la institucionalización de acceso a recursos judiciales efectivos de protección y exigencia en la aplicación del principio de debida diligencia para garantizar los Derechos de las mujeres, a una vida libre de violencias, y que los crímenes en contra de estas garanticen el reconocimiento de todos sus derechos.

Dentro de la exposición de motivos de este proyecto de Ley, se dice que en el Estatuto Penal Colombiano existe un gran vacío en la tipificación adecuada del feminicidio, ya que se oculta este delito como una conducta punitiva que niega la violencia sistemática y persistente del que son objeto las mujeres por el hecho de ser mujeres; sostienen que no existe en el ordenamiento jurídico una figura específica diferente a la del homicidio cuando se da la muerte dolosa de una mujer por el simple hecho de ser mujer, así que proponen la tipificación del feminicidio como tipo penal autónomo, con la misma pena que el homicidio agravado.

Así mismo, manifiesta que Colombia ocupa el primer lugar en comisión de feminicidios en Suramérica, y el segundo lugar en Latinoamérica, después de México, también es el país con el índice más elevado del mundo con respecto a ataques a mujeres con ácidos, que les causan graves daños físicos y psicológicos.

De acuerdo al Instituto Nacional de Medicina Legal, para el año 2010, señala que en Colombia durante este año fueron asesinadas 1.444 mujeres, de las cuales 312, eran amas de casa, 140, eran estudiantes, 88, eran comerciantes, 73 ejercían oficios domésticos, 34 eran trabajadoras sexuales, y de 396 no se tiene información sobre su ocupación, siendo la violencia intrafamiliar o doméstica, la principal circunstancia en la que son asesinadas las mujeres, seguida de la violencia interpersonal y de la violencia sociopolítica, con el agravante de que en más del 70% de los casos el Estado no logra identificar la relación de los agresores con las víctimas. Igualmente, se mencionó que entre enero y mayo del 2012, cerca de 500 mujeres fueron asesinadas, mientras que en el mismo periodo del año 2011, se registraron 512 casos. También se relacionó el informe de seguimiento a la implementación de la ley 1257 de 2008 y se encontró que los 125 casos de asesinatos perpetrados en el 2012 contra

mujeres por su pareja o ex pareja, indicaron que cada 3 días en nuestro país, es asesinada una mujer por el hecho de serlo. Y, a su vez el Consejo Superior de la Judicatura, admite que de los casos que podrían ser calificados como feminicidios, las autoridades solo reportan 8 casos de homicidio en los cuales se están investigando los hechos con base a la causal de agravación cuando el crimen se comete “contra una mujer por el hecho de ser mujer” (Congreso de la República, 2013).

Se denota, entonces, que en la exposición de motivos, el delito de feminicidio se propone como tipo penal autónomo,

“el bien jurídico que se protege es la vida de las mujeres. Se trata de un tipo penal pluriofensivo, en tanto afecta un conjunto de derechos considerados fundamentales tales como la dignidad humana, la igualdad, la no discriminación, el libre desarrollo de la personalidad”. (Ibídem)

Así las cosas, se busca la creación de un nuevo tipo penal, modificándose el Código Penal colombiano.

2.4. Informe de conciliación al proyecto de ley número 107 de 2013 senado, 217 de 2014 cámara

De acuerdo con el informe que presentara la comisión de conciliación del proyecto de ley, la tipificación del delito de feminicidio quedaría así:

Artículo 104A. Femicidio. 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 con la víctima, 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, cualquiera que sea el tiempo previo a la muerte de aquella. Artículo 3°. La Ley 599 de 2000 tendrá un artículo 104B del siguiente tenor:

Artículo 104B. Circunstancias de agravación punitiva del femicidio. La pena será de quinientos (500) meses a seiscientos (600) meses de prisión, si el femicidio se cometiere:

a) Cuando el autor tenga la calidad de servidor público y desarrolle la conducta punible aprovechándose de esta calidad.

b) Cuando la conducta punible se cometiere en mujer menor de dieciocho (18) años o mayor de sesenta (60) o mujer en estado de embarazo.

- c) Cuando la conducta se cometiere con el concurso de otra u otras personas.
- d) Cuando se cometiere en una mujer en situación de discapacidad física, psíquica o sensorial o desplazamiento forzado, condición socioeconómica o por prejuicios relacionados con la condición étnica o la orientación sexual.
- e) Cuando la conducta punible fuere cometida en presencia de cualquier persona que integre la unidad doméstica de la víctima.
- 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.
- g) Por medio de las circunstancias de agravación punitiva descritas en los numerales 1, 3, 5, 6, 7 y 8 del artículo 104 de este Código.

3. Teoría del delito y Femicidio

El Derecho penal, se ha caracterizado por ser la culminación de un sistema jurídico, el cual se diseña con el objetivo de proteger intereses colectivos y derechos fundamentales, utilizando la figura dogmática del bien jurídico, que se elabora y se reelabora a través de un dialogo constante, teniendo como norte de este diseño las necesidades de cada sociedad o de cada momento (Muñoz, 2011, pág. 561).

En ese sentido y en atención al fenómeno descrito en el capítulo anterior, en donde la mujer ha venido siendo víctima de violencia generada en su contra debido a su condición de género femenino, situación de la cual Colombia no ha sido ajena como lo analizaremos más

adelante, el legislador colombiano del año 2008, haciendo uso de su facultades para la configuración legislativa del sistema penal, y con el fin de crear una protección reforzada sobre la mujer, a la vez de prevenir la violencia en contra de ella, creó un paquete de medidas de protección, prevención y sanción de la violencia contra la mujer, dentro de las cuales creó un factor de agravación del homicidio, cuando éste se comete sobre la vida de una mujer y por razones de género. Así mismo, desde el año 2012, se han propuesto diferentes proyectos de ley para crear un tipo penal nuevo y autónomo al homicidio: el feminicidio, discusiones que hoy en día siguen su curso legislativo en el Congreso de la República.

El presente capítulo presentará un análisis sobre la modificación introducida al Código Penal colombiano, a partir de la ley 1257 de 2008, y las propuestas de otras modificaciones que se discuten en el seno del Congreso de la República de Colombia, en el Proyecto de Ley Estatutaria 49 de 2012 Senado “Ley Rosa Elvira” *“por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones.”* y el Proyecto de Ley 217 de 2013 Senado *“por medio de la cual se dictan normas sancionatorias para la erradicación de toda forma de violencia contra las mujeres, se modifican algunos artículos del Código Penal y el Código de Procedimiento Penal, se crea la Unidad Especial de Fiscalías para Delitos contra las Mujeres y se dictan otras disposiciones.”*. El objetivo estará en establecer los criterios que tuvo el legislador para incluir el factor de agravación en el homicidio (Ley 1257 de 2008), y los que se plantearon en los proyectos de ley que buscan crear el tipo penal de feminicidio.

3.1. Teoría del delito en el Código Penal Colombiano del 2000

Enseña Muñoz Conde y García Arán (2004), que la “Teoría del Delito es un sistema categorial clasificadorio y secuencial, en el que, peldaño a peldaño, se va elaborando a partir del concepto básico de la acción, los diferentes elementos esenciales comunes a todas las formas de aparición del delito” (pág. 205), cuyo fin sirve para la verificación de reunión de todos y cada uno de los elementos que configuran un delito, para así requerir, por parte del Estado, el ejercicio del poder punitivo de éste a un juez, así como un modelo de análisis para la enseñanza del Derecho penal (Zaffaroni, Alagia, & Slokar, Manual de Derecho Penal. Parte General, 2005, págs. 288, 289).

En Colombia, el Derecho penal debe ser visto desde una concepción constitucionalista, estructurada a partir de normas rectoras fundantes, consecuentes con el constitucionalismo creado a partir de 1991, y así con los desarrollos filosóficos, axiológicos y de los fines del Estado, propios del estado social y democrático de Derecho.

La Constitución Política ha venido ganando fuerzas dentro de las sociedades contemporáneas. Hoy en día, podemos ver las consecuencias de las nuevas concepciones, dejando de lado la visión de un texto que estructura la organización del Estado con una enunciación de los derechos, a ser guía de valores y convertirse así en poderosas herramientas de salvaguarda y reivindicación de esos derechos. Se diría que, ciertamente, se está dando una evolución del estado legal de derecho, al estado constitucional de derecho.

Así, la constitución política consagra un paquete de derechos fundamentales, que podríamos decir, son todos aplicables de manera directa al derecho penal, que se configuran como garantías de todas las personas que se encuentran siendo investigadas en el marco de

un proceso penal. Así, el artículo 28 consagra la libertad personal y sus formas de intervención; el artículo 29, pilar fundamental el proceso penal sigue la consagración del principio de legalidad como pieza fundamental del derecho penal; el artículo 30 y la institucionalización del hábeas corpus; el recurso de alzada la provisión de la *reformatio in peius*; la captura en flagrancia y la garantía de no autoincriminación; la limitación de clase de penas, la institución de la extinción del dominio así como la extradición de nacionales.

Desde esta perspectiva, el legislador de 2000, expidió el Código Penal, vigente hasta la fecha de desarrollo de esta investigación, basado primordialmente en el constitucionalismo. Basta leer apartes de la exposición de motivos del Proyecto de Ley número 40 de 1998, Senado, “Por el cual se expide el Código Penal” (Congreso de la República de Colombia, 1998), para afirmar lo anterior:

La entrada en vigencia de una Constitución Política, en la que se consagra un nuevo concepto de Estado, con instituciones principios y valores acordes con las tendencias políticas, sociales y jurídicas que actualmente se aplican en las sociedades democráticas más avanzadas impone el examen y la consecuente adecuación del sistema normativo que se venía aplicando.

La Carta Política de 1991 señaló los principios a partir de los cuales el legislador debe regular las diversas áreas del Derecho. En cuanto a la potestad punitiva del Estado, la norma de normas consagra los fundamentos que permiten identificar aquellos bienes jurídicos que el constituyente pretendió proteger. En este orden de ideas, la tarea del legislador se encuentra delimitada, correspondiéndole actualizar la normatividad penal, procesal penal, y penitenciaria, atendiendo a las reglas contenidas en el denominado bloque de constitucionalidad.

Con base en la Constitución, la normatividad sustantiva parte de la regulación de las garantías penales materiales (principio de legalidad, pilar fundamental del Estado de Derecho, aunado a los principios de Derecho de Acceso a la Administración de Justicia y todos los demás derechos y principios contenidos en el artículo 29 del Debido Proceso).

La tipificación de las conductas punibles que se haría dentro del cuerpo normativo, parte necesariamente del principio de intervención mínima, base del derecho penal, que configura a éste como *última ratio*, por tanto, solo puede sancionarse penalmente una conducta cuando las demás normas del ordenamiento jurídico han demostrado ser insuficientes o ineficaces para dispensar la tutela que se pretende, conjugado con el principio de proporcionalidad, entendido como la exigencia de adecuar la sanción penal realmente a la gravedad del hecho tipificado que se ha cometido. De esta manera, el Derecho penal está en la obligación de garantizar con la tipificación de los delitos y sobre todo con las penas que le correspondan, que se está conforme con el Estado Social de Derecho.

Con una postura muy roxiniana, como se verá más adelante, el constitucionalismo colombiano busca que mediante normas penales se protejan bienes jurídicos fundamentales, siendo entonces correcto afirmar que la teoría del bien jurídico tiene en la actualidad un fondo constitucional y que éste se construye a partir del concepto de Derecho Constitucional Fundamental, razón por la cual, el legislador realizó una revisión a profundidad de la parte especial del antiguo Código Penal, pues aquellos bienes jurídicos sin correspondiente protección constitucional, no deben estar elevados a dicha categoría, es decir, la protección sin referente material, sería inconstitucional.

De otro lado, la base fundamental del Estado Social de Derecho, es el reconocimiento del respeto por la dignidad del ser humano, por tal razón se consagra como primera norma rectora y en ella se materializa la importancia que tiene para el derecho penal, el principio constitucional fundamental de la dignidad humana (artículo primero de la carta), constituyéndose así en valioso instrumento que conduce a la interpretación de los textos legales. De él se derivan sin duda alguna, el carácter de última ratio, del derecho penal, su función protectora de bienes jurídicos vinculados constitucionalmente y el rango superior que ostenta el principio de culpabilidad.

Un Estado que se fundamente en la dignidad humana tiene que tener como objeto principal, y con más razón cuando se trata de la utilización del derecho penal, la protección del individuo. No solo de aquel cuyos bienes jurídicos han sido vulnerados, sino también de quien ha llevado a cabo el acto delictivo:

El Derecho penal no solo debe defender a las personas contra los delitos sino que tiene también que garantizar los derechos individuales, que son entonces límites del poder punitivo.

De esta manera, el proyecto de ley se orientó para dar bases constitucionales al mismo, principalmente, con lo cual, como así lo afirma la misma exposición (1998, pág. 4), de tal forma, el legislador no encasilló la redacción del Código, a una corriente dogmática penal en especial. “La idea general es que la doctrina y la jurisprudencia perfilen la ubicación y permitan flexiblemente la adecuación de la interpretación a la evolución de modernas corrientes” (pág. 4).

Visto de esta manera, la Ley 599 de 2000 es el resultado de la construcción de un Derecho penal constitucionalizado, en vista de que sus fundamentos filosóficos parten de la concurrencia de éste con el modelo de estado imperante desde 1991, y aún más garantista de los derechos fundamentales a partir del establecimiento de una serie de normas rectoras las cuales son criterios de interpretación que el juez, de manera imperiosa, debe aplicar a cada acto que juzgue.

Ahora bien, si bien es cierto que el Código Penal de 2000, es un régimen de los delitos y de las penas concordantes con la constitución del 91, no menos cierto es que éste también se encuentra enmarcado dentro de una tendencia de dogmática penal de clara influencia alemana. Aunque la redacción de la exposición de motivos del mencionado régimen penal, se adscribe a una tendencia por el garantismo derivado de la Constitución, es claro también que los redactores, dieron su toque dogmático. El finalismo y el funcionalismo, son posturas dogmáticas que podemos ver en el desarrollo de la parte general del Código.

En Colombia, la construcción de esta Teoría del Delito se ha visto influenciada por diferentes teorías foráneas, especialmente las diseñadas en Alemania, y que surgieron a partir de la finalización de la segunda guerra mundial. Teorías como el finalismo, basado en la concepción de la acción y la voluntad del autor en la realización final de su intención, fue expuesta por Hans Welzel en los años siguientes a la posguerra, criticada fuertemente por Roxin, al encontrar que dicha exposición teórica no podría resolver preguntas sobre los delitos imprudentes o los de omisión, la expansión explicativa que da del injusto penal en su vertiente objetiva, el error de atribuir a los elementos normativos del tipo penal significados

sociales del injusto, que al basar la teoría en fundamentos ontológicos, esto impide que se presenten soluciones jurídicas a acciones producidas por el hombre y el juicio de reproche en la culpabilidad, sin que exista del por qué se le reprocha al autor su actuar. (Ferré Olivé, Núñez Paz, & Ramírez Barbosa, 2010, págs. 38-40).

Del otro lado está la teoría propuesta por Roxin, fundamentada en criterios de política criminal, es decir, sobre la finalidad del Derecho penal. Se entenderá el derecho penal desde la constitución, entendida esta última desde los aspectos jurídicos y desde la democracia misma.

De esta manera se puede afirmar que para Roxin, los fundamentos teóricos totales de la democracia permiten establecer límites al poder punitivo del estado, razón por la cual el estado no podrá castigar todo lo que quiera sino aquellas conductas que atenten contra la seguridad y libertad del ser humano (pág. 41). A esta tutela, Roxin denomina bien jurídico, razón por la cual tarea principal del Derecho penal será la protección de los bienes jurídicos, que el mismo Estado, estimó su protección, siendo entonces el legislador el titular de esa enunciación de bienes.

La concepción de Roxin, también tiene como figura central el principio de intervención mínima del derecho penal, dado que el *Ius Puniendi* que tiene en Estado, es subsidiario a la protección de bienes jurídicos, es decir, las demás disciplinas del Derecho tienen el mismo carácter de protección de éstos, siendo entonces el Derecho penal la última de ellas para ser utilizadas, reservada entonces para la protección de derechos vitales o de mayor relevancia para el ser humano.

De lo anterior se deriva que existen dos concepciones sobre el Derecho penal: la primera se refiere a la concepción del legislador y su función dentro del Estado, y la segunda a la dogmática penal. Nos detendremos sobre la segunda concepción de Roxin, ya que respecto de la primera se desarrollará en el marco de la análisis que se hará de los tipos penales existentes en materia de violencia contra la mujer, así como los proyectos de reforma que buscan la tipificación del feminicidio como delito autónomo.

La imputación objetiva, es el criterio central de tesis defendida por Roxin, en cuyo caso, dado el carácter teleológico del sistema penal y de la protección subsidiaria de éste, la concepción del injusto está en prohibir la generación de riesgos que el mismo Derecho no ha permitido crear, en cuyo caso, la realización de éstos se entienden como la lesión del bien jurídico que se protegía. Así las cosas, la acción se transforma como típica, no con criterios causales o de la acción final, sino porque con el accionar del ser humano se creó un riesgo no permitido. (Roxin, 1997, págs. 119-134)

Por su parte, Jakobs, desde una propuesta teórica-sistémica, propone que el Derecho penal tiene como fin la estabilización de la norma, es decir, su contenido. Así, el injusto penal se encuentra en la pérdida de vigencia de la norma penal dada a través del accionar del ser humano que niega la vigencia de ésta en el caso en concreto (Jakobs, 1996, págs. 19-58), siendo la pena la confirmación de aquella negación y a su vez la reivindicación de la misma. De tal forma, el Derecho penal busca refutar la contradicción de la norma social que determinan su identidad, con lo cual, el régimen penal confirma la identidad.

Restrepo (1998), menciona dentro de su investigación que la ley 599 de 2000, tiene sus fundamentos filosóficos en el neokantismo, con una clara estructuración dogmática penal del funcionalismo moderado, propio de la exposición que defiende Claus Roxin. Entonces, de una revisión de la codificación de la Ley 599, en comento, se pueden verificar varias de las posturas dogmáticas arriba descritas, veamos:

Y es que desde la misma exposición de motivos (Congreso de la República de Colombia, 1998, pág. 5) señalada, e incluso con fundamento con parámetros de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, se marcan elementos propios de las teorías arriba expuestas.

1. Se habla de la creación de un riesgo prohibido en lo tocante al establecimiento del dolo eventual: “el obrar dolosamente presupone más bien un ‘reconocimiento de un riesgo tanto no permitido como no controlado’”;
2. En lo referente a la culpa, la infracción al deber objetivo de cuidado como elemento estructurante del principio de culpabilidad (Roxin, 1997, págs. 999-1001), teoría aceptada por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 1997, radicado 12655 y la Corte Constitucional en sentencia C 425 del mismo año, como acertadamente lo expone el proyecto;
3. La regulación de los delitos de omisión impropia o de comisión por omisión, como formas de comportamiento que merecen reproche del Estado;

4. Se incorpora en un solo texto normativo las causales de exclusión de responsabilidad, entre ellas el error de tipo, que excluye el elemento subjetivo del tipo, y el error de prohibición (Corte Suprema de Justicia, 2013; Congreso de la República de Colombia, 1998, pág. 6)

De lo anterior podemos concluir que dos son los criterios de fundamentación que tiene el actual Código Penal, de un lado una fundamentación constitucional, reflejado en las normas rectoras que irradia toda la codificación, la cual es consecuente con los fines del Estado y del ejercicio del poder punitivo de éste, y que a la vez permite limitar dicho poder, basado en el respecto a la dignidad del ser humano y la vigencia de los derechos fundamentales y del bloque de constitucionalidad; del otro, una clara influencia del finalismo en la concepción del dolo y de la acción, y del funcionalismo, en gran parte de Roxin, sobre otros aspectos de la conducta punible.

3.2.El bien jurídico tutelado como límite al legislador en materia penal

Presentar una definición de bien jurídico, es ya tarea difícil de realizar (Roxin, 1997, pág. 54)⁶, como lo dijera Welzel (Welzel, 1956, págs. 491, 509), hablar del bien jurídico sería enfrentarnos a Proteo, quien cambiaba de forma dependiendo del momento, ya que cada autor tiene un concepto de éste según el momento en que lo analiza.

⁶ “la cuestión teórica del concepto material de delito sigue sin estar clara, pues hasta ahora no se ha logrado precisar el concepto de ‘bien jurídico’ de modo que pudiera ofrecer una delimitación jurídicamente fundada y satisfactoria por su contenido”

Para Von Litz, los bienes jurídicos son aquellos intereses protegidos por el Derecho, es decir, el interés jurídicamente protegido. “Todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad. El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del Derecho eleva el interés vital a bien jurídico” (2007). Roxin (1997, págs. 55, 56), precisa que los bienes jurídicos son aquellos contenidos en la Constitución, en cuyo caso, éstos deben ser entendidos como

... los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema (pág. 56).

De esta manera, a diferencia de Von Litz, el interés se cambia por “circunstancias dadas o finalidades”, que permiten abarcar aquellos bienes anteriores del ser y reconocidos por el Derecho y todos aquellos reconocidos por éste.

Por su parte, Jakobs (1995, pág. 52), propone como concepto de bien jurídico, no toda norma que regule un situación, sino aquella que desempeñará alguna función para la sociedad o para sus subsistemas, incluido el ciudadano.

En contraria posición, se ha entendido al bien jurídico como todo aquella norma que protege intereses jurídicos colectivos o individuales. Así, Bacigalupo (1999), explica que el Derecho penal de la modernidad se ha desarrollado desde esa idea, entendida como desde la óptica de que “el legislador amenaza con pena las acciones que vulneran (o ponen en peligro) determinados intereses de una sociedad determinada”. Así:

La vida, la libertad, la propiedad, etcétera, son intereses o finalidades de la sociedad que el legislador quiere proteger amenazando a quienes los ataquen con la aplicación de una pena; de esta forma, tales intereses se convierten, a través de su reconocimiento en el orden jurídico positivo, en bienes jurídicos. (págs. 44, 45)

En ese mismo sentido, Velásquez (2010, pág. 380), indica que la norma penal tiene como objetivo la protección de todos aquellos bienes jurídicos que el Estado ha entendido debe brindar tutela. Ésta debe ser entendida en sentido negativo, es decir, el ser humano debe abstenerse de realizar los elementos que describen la conducta lesiva del bien jurídico tutelado⁷.

Por otro lado, Ferrajoli (2005), explica que la idea de bien jurídico que se remite al principio de ofensividad de los delitos como condición necesaria de la justificación, de las prohibiciones penales se configura como límite axiológico externo -con referencia a los bienes considerados políticamente primarios- o interno, con referencia a bienes estimados constitucionalmente

Fernández Carrasquilla (2011, pág. 269), quien trae a la discusión a Mir Puig, Cobo y a Vives, menciona que el bien jurídico es un concepto que no tiene límites claros y que es “desinterpretado”, para hacerlo ver en un sentido meramente formal o legal, siendo que el contenido de esta noción deviene de los intereses de la persona y de la misma democracia liberal. Entonces, continua el autor, el bien jurídico es un *bien del Derecho*, dado que su

⁷ Apunta Welzel, que “Esa tutela de los bienes jurídicos la obtiene prohibiendo y castigando las acciones que tienden a lesionarlos; es decir, evitando o tratando de evitar el disvalor del resultado con la punición del disvalor del acto” (1956, pág. 2), así, el objetivo de estos bienes sería “El mero amparo de bienes jurídicos sólo tiene una finalidad negativo-preventiva, policial-preventiva.” (pág. 3)

misión es la regulación de un orden justo dentro de la esfera de un Estado democrático, fundado en la dignidad humana, la libertad del ser humano y la igualdad, y la protección de los derechos fundamentales, es decir, la indisponibilidad de los mismos.

El Derecho penal colombiano, la exposición de motivos de la Ley 599 de 2000, determinó que los bienes jurídicos a proteger son aquellos que están contenidos en la Constitución, y que se transforma en una forma de control social, donde el legislador, a través de la utilización del sistema penal, los protege.

En síntesis, hablar en dogmática penal sobre bienes jurídicos es entrar en una discusión donde cada jurista tiene una posición distinta, influida por su concepción filosófica, política o ideológica, aunque lo cierto es que la doctrina mayoritaria adopta como criterio que el Derecho penal, conformado bajo la configuración que hace el legislador, está destinado a la protección de los bienes jurídicos que el mismo Derecho ha identificado como vitales para la convivencia y respeto de derechos fundamentales de determinada sociedad.

3.3.El tipo penal de homicidio en Colombia

En el Derecho penal, la vida ha sido protegida a partir de la ordenación negativa del homicidio, contenida en el artículo 103 del Código Penal, bajo la descripción típica “El que matare a otro...”. Comenta Velásquez (2013), que este delito es considerado como el más típico, natural y permanente de todos.

La sanción penal, fue establecida en un mínimo de 13 años y en máximo de 25 años, contrario a la regulación que se derogaba con la entrada en vigencia de esta norma, ya que el Decreto Ley 100 de 1980, artículo 323, instituía una pena privativa de la libertad en un mínimo 25 a 40 años. Esta reducción punitiva, se fundamentó en los fines que tienen la pena, la dignidad humana y su contenido dentro de un Estado Social de Derecho, en donde no es aceptable la institución de este tipo de penas de larga duración, cuyo único fin estaría centrado en la retribución. (Congreso de la República de Colombia, 1998).

Posteriormente, la Ley 890 de 2004, incrementó todas las penas de los tipos penales de la parte especial del Código Penal (Ley 599 de 2000)

Artículo 14. Las penas previstas en los tipos penales contenidos en la Parte Especial del Código Penal se aumentarán en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo. En todo caso, la aplicación de esta regla general de incremento deberá respetar el tope máximo de la pena privativa de la libertad para los tipos penales de acuerdo con lo establecido en el artículo 2° de la presente ley. Los artículos 230A, 442, 444, 444A, 453, 454A, 454B y 454C del Código Penal tendrán la pena indicada en esta ley.

De tal forma, la pena definitiva y que actualmente se encuentra en el Código Penal, es de 17,3 a 37,5 años de prisión, con lo cual, en tan sólo cuatro años, se modificó este tipo, alcanzando dosificaciones punitivas parecidas a las del año 1980.

3.3.1. Función del tipo penal

El tipo penal tiene como funciones del tipo penal, esto es, sus tareas, sus cometidos: en primer lugar, el tipo cumple una función garantizadora, esto es, es la garantía jurídico-política que dota de seguridad jurídica al ciudadano, es una garantía de libertad, que se obtiene con desarrollo del principio de legalidad. El tipo penal cumple una función garantizadora cuando apunta a la protección de los bienes jurídicos más importantes y es, además, una garantía sustantiva, procesal y de ejecución penal.

En segundo lugar, el tipo cumple una función fundamentadora, ya que como dice Cousiño “los tipos están empapados de antijuridicidad”. El tipo es el presupuesto de ilicitud, dado que una conducta no puede ser calificada como punible mientras el legislador no la haya descrito y conminado previamente con una sanción penal. El tipo es el fundamento de ilicitud.

En tercer lugar, el tipo también cumple una función sistematizadora, ya que enlaza la parte especial y la parte general del Código Penal, es un puente de unión que nos permite realizar un estudio sistemático de las diversas figuras delictivas a partir de sus características peculiares. Así por ejemplo, cuando en la parte especial se habla de servidor público, debemos remitirnos al artículo 20 que se encuentra en la parte general del Código Penal o cuando en la parte especial se habla de modalidad culposa de la conducta (Arts. 400, 126, 109, 120), tenemos necesariamente que remitirnos al artículo 23, que define la culpa.

En cuarto lugar, el tipo tiene una función motivadora, ya que motiva al individuo a configurar su comportamiento de una determinada manera.

En quinto lugar tenemos la función valorativa del tipo que se da porque éste encierra una valoración respecto a los actos de los sujetos, implica necesariamente comprometer (obligar) al sujeto de una determinada sociedad con un determinado valor.

Por último, en sexto lugar, se dice que el tipo tiene una función indiciaria, ya que el tipo es el fundamento de cognición de la antijuridicidad, es indicio de ella. Cuando M. E. Mayer sostiene que los tipos son indicios de la antijuridicidad, como el humo y el fuego, está sentando los postulados de la teoría de la *ratio cognoscendi*, que sostiene que los tipos son sólo el material del cual se vale el legislador para hacer las normas jurídicas.

A continuación se analizará los elementos que constituyen este tipo y los factores que lo agrava.

3.3.2. Elementos del tipo penal

Por tipo penal entenderemos al precepto contenido en una norma jurídica, creada por el legislador que describe de manera clara, precisa y estricta, las conductas que pueden ser producidas por el ser humano y que son lesivas de bienes jurídicos que el Estado busca proteger. Así, el tipo penal es “un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva, que tiene por función la individualización de las conductas humanas” (Zaffaroni, Alagia, & Slokar, Manual de Derecho Penal. Parte General, 2005), y su concepción es múltiple. En su significado más extenso simboliza el tipo total, esto es, el conjunto de los presupuestos de la punibilidad. (Welzel, 1956)

Por su parte, para Jakobs (1995), el tipo penal es una acción es injusta cuando no es tolerable socialmente hablando, y aquellas acciones que no constituyen injusto se pueden diferenciar de las acciones antijurídicas de dos maneras: 1. No pueden ostentar los elementos de las acciones antijurídicas, entonces por ejemplo, si alguien disparara al aire y puede predecir que no van a existir consecuencias pues no existirá acción alguna relativa a lesiones o a homicidio; y, 2. Pueden ostentar todos los elementos de las acciones antijurídicas, pero también otros elementos adicionales, los elementos de justificación que, transforman en tolerable lo socialmente reprochable, por ejemplo se permitirán las lesiones dolosas siempre y cuando exista una legítima defensa frente al ataque antijurídico.

Así, se lee en el Código Penal que:

Artículo 10. Tipicidad. La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal. (Subrayado fuera del texto)

Indica Velásquez (2010), que el tipo penal puede ser entendido como un instrumento legal, ya que pertenece a un texto legal, siendo entonces un dispositivo plasmado en la ley. En segundo lugar es lógicamente necesario, porque para saber si una conducta es delictiva no se puede prescindir de tal herramienta. Además, se dice en tercer lugar, que es predominantemente descriptivo, porque a la hora de consignar las conductas en la ley, el legislador suele acudir a descripciones valiéndose de:

- Figuras lingüísticas apropiadas o elementos descriptivos, que se perciben mediante los órganos de los sentidos;

- Figuras que utilizan dicciones que se remiten o sustentan en gran medida en juicios de valor de carácter jurídico;
- De contenido extrajurídico, esto es, elementos normativos.
- Figuras que usan elementos de índole puramente subjetiva cuya redacción, lo mismo que las anteriores, debe ser compatible con la exigencia de taxatividad o de determinación que emana del principio de legalidad de los delitos y de las penas. (pág. 340)

Y en cuarto lugar, continúa el autor, se postula que la función del tipo penal es individualizar conductas humanas penalmente prohibidas o mandadas, porque él es el encargado de otorgar relevancia penal a los diversos comportamientos valorados de manera negativa por el legislador.

3.3.3. Tipo penal objetivo

De esta manera, y de acuerdo con lo visto en párrafos anteriores, el homicidio en Colombia, es la acción que realiza una persona indeterminada que da como resultado la pérdida de la vida de otra, utilizando los medios idóneos para la consumación, con intención y voluntad de producir el resultado.

Así, el tipo lleva inmerso un aspecto objetivo y otro subjetivo. Tipo objetivo se refiere a la acción de hecho con el resultado eventual y las eventuales condiciones y características

objetivas de autor; tipo subjetivo de injusto es el dolo con elementos subjetivos particulares de autoría. Abarca la mayor parte del tipo total (Welzel, 1956).

Dentro del tipo objetivo, se hace el estudio de la acción desplegada por el posible autor o partícipe, que ha causado un resultado cuya prohibición está claramente expresada por el legislador a través de una descripción claramente definida, y que la misma se acople a la norma penal. La acción u omisión que produce resultados antijurídicos debe realizar todos y cada uno de los elementos integrantes del tipo penal, y ser producida por una persona que reúna las condiciones del sujeto activo.

Roxin (1997), señala que a esta parte del tipo, le corresponde invariablemente la referencia de un sujeto activo del delito, de una acción típica y por regla general también la descripción del resultado penado. De esta manera por ejemplo, un tipo estructurado de modo especialmente sencillo: "el que... dañe o destruya una cosa ajena"): el vocablo "el que" simbolizará al sujeto activo, mientras que acción y resultado se relatan como el daño o destrucción de un determinado objeto de la acción, aquí sería "una cosa ajena". Según que cualquiera pueda ser autor de un delito (como ocurre en los tipos que comienzan con "el que") o que la autoría esté limitada a determinados grupos de personas (como en los delitos de funcionarios públicos.), se diferencia entre delitos comunes y delitos especiales. Si se exhorta un efecto separado de la acción típica, se habla de delito de resultado; y si falta dicho resultado, estamos ante un delito de mera actividad.

Continúa el autor diciendo que el rol jurídico más fuerte que el tipo objetivo le traza a la Parte general radica en fabricar los principios, no específicos de cada delito, que rigen

para la acción típica en los delitos de resultado; es decir: en la Parte general hay que explicar qué circunstancias han de tener la relación entre sujeto activo y resultado para que se le pueda imputar al sujeto activo el resultado como acción suya, para que se cumpla el tipo no basta con la concurrencia de una persona que actúe de un determinado modo y de una cosa dañada, sino que ha de comprobarse que el resultado es la obra del autor.

Jakobs (1995), argumenta que el tipo objetivo es la parte externa del delito; con el tipo objetivo surge el delito, como magnitud social, y por tanto penalmente relevante, Sin embargo, el tipo objetivo por sí solo no constituye injusto, ya que en sí no contiene ninguna acción típica y consiguientemente no cumple las condiciones mínimas del injusto. El tratar de él con anterioridad al tipo subjetivo responde a una razón predominantemente expositiva: El tipo objetivo es el objeto del tipo subjetivo; en su configuración anticipada, dolo, imprudencia, el tipo objetivo es una parte de la psique del autor y por tanto, si se procediese de otro modo, debería exponérsele a partir de su reflejo psíquico, es decir, indirectamente.

De tal manera, se deben comprobar las siguientes fases: inicialmente, se debe verificar si concurren determinados efectos externos de alguna actuación (tipo objetivo), para después, precisar si estos efectos externos constituyen la realización de una acción determinada por ellos (el tipo subjetivo referido al tipo objetivo). Naturalmente se podría tomar lo objetivo del tipo objetivo aún de modo más objetivo, estimando suficiente todo obrar corporal, es decir, prescindir del acto voluntario y partir exclusivamente del aspecto externo del movimiento corporal. Las soluciones equivaldrían por completo, porque el tipo subjetivo debe ser al menos congruente con el objetivo: sí el tipo objetivo se concibe con mayor amplitud que aquí, entonces el tipo subjetivo excluye del injusto oras realizaciones de tipo

objetivo más. En todo caso, hay que huir de la suposición de que la realización de un tipo objetivo sea ya una parte del injusto; si al tipo objetivo le falta el correlato subjetivo, no es cualitativamente injusto: en las descripciones de los distintos tipos no se está aludiendo en absoluto a los efectos externos sin correlatos subjetivos. El modo de exponer aquí elegido divide la acción constitutiva de injusto en dos partes que son jurídicamente irrelevantes si se consideran aisladamente.

De tal suerte, al referirnos al homicidio, el tipo penal describirá al **sujeto activo**, quien podrá ser cualquier persona, razón por la cual el tipo es monosubjetivo dado que no se requiere a otra persona para su realización, como tampoco se solicita que éste reúna condiciones especiales que concurren en él; el **sujeto pasivo**, será quien sufre el daño, que para el caso del tipo penal estudiado es la lesión en la vida de ésta, aunque en los casos en que la conducta conlleve a situaciones que agraven las consecuencias jurídicas, pueden concurrir especiales condiciones en este sujeto, por ejemplo, ser mujer o ser pariente del sujeto activo (artículo 104, numerales 1, 9 y 11 Código Penal); **la conducta**, que en este caso será el verbo “matar”, consumándose la acción de manera instantánea (resultado material), pero admitiendo la tentativa como una circunstancia que permite ampliar el tipo penal debido a la existencia de una acción incompleta; y por último un **nexo de causalidad y de imputación objetiva**, en donde la acción y el resultado muerte puedan ser imputados al autor o partícipe que desplega el acto.

3.3.4. El tipo subjetivo

En la actualidad se ha implantado que aparte de los elementos objetivos, existe un tipo subjetivo, el cual se compone del dolo y en su caso de otros elementos subjetivos del tipo adicionales al dolo. Históricamente se reconocieron primero los elementos subjetivos del injusto como componentes del tipo; y la ubicación del dolo, originariamente concebido como pura forma de la culpabilidad, en el tipo sólo se efectuó más tarde por influencia de la teoría final de la acción. No obstante, sistemáticamente debe anteponerse el dolo, como elemento general del tipo subjetivo, a los específicos elementos subjetivos del tipo, que no se dan en todos los tipos y revisten formas diversas. (Roxin, 1997)

Aporta Jakobs (1995), que en el tipo subjetivo pertenecen precisamente aquellas circunstancias que convierten la realización del tipo objetivo en acción típica; es decir, el dolo e imprudencia, así como aquellos otros elementos subjetivos del injusto que menciona la ley para caracterizar el injusto o establecer un determinado quantum de injusto. El tipo subjetivo debe concurrir en el momento de emprender la acción ejecutiva. La acción ejecutiva es la realización de aquella acción con la que el autor deja salir de su ámbito de organización el curso causal conducente al resultado, realmente (consumación), o según su representación (tentativa).

No basta que el tipo subjetivo concorra solo antes de la acción ejecutiva, (no existe el *dolus antecedens*). Tampoco el correlator subjetivo del tipo que aparece tras la realización del hecho complementa el acontecer objetivo hasta convertirlo en el tipo de delito; en especial el (dolo) posterior no puede contemplar la previa acción ejecutiva (no existe el *dolus subsequens*)

De acuerdo con lo anterior, el elemento subjetivo del tipo en el homicidio del artículo 103 que hemos estudiado, será el dolo, por mandato legal de acuerdo con lo instituido en el artículo 21 así:

Artículo 21. Modalidades de la conducta punible. La conducta es dolosa, culposa o preterintencional. La culpa y la preterintención sólo son punibles en los casos expresamente señalados por la ley.

Siendo entonces que estos homicidios culposos y preterintencionales se encuentran en los artículos 105 y 109 del Código Penal.

4. El feminicidio en las normas penales colombianas

Explica Arocena y Cesano (2014, pág. 83), que la tipificación del delito de feminicidio conlleva a afirmar que es la muerte que se produce a una mujer, de manera dolosa, causada por un hombre, cuyas circunstancias de realización tiene que ver o están directamente relacionadas con la violencia que se puede ejercer contra la mujer.

En Colombia, a diferencia de otros países de Latinoamérica⁸, la sanción penal por la muerte de una mujer, en razón a su género femenino, solo fue posible a través de la reforma introducida por el artículo 26 de la Ley 1257 de 2008, al artículo 104 de la Ley 599 de 2000, no como delito autónomo y alterno al homicidio, sino como causal de agravación de del homicidio regulado en el artículo 103. Así, existe feminicidio cuando se realiza una conducta

⁸ Una explicación muy clara sobre la construcción de delito de feminicidio en Latinoamérica la hace Velásquez (2013, pág. 140) y en profundo estudio que hace Toledo (2009, pág. 57 y ss).

por parte del sujeto activo, donde una mujer pierde la vida, siendo causa de esta muerte la condición de mujer del sujeto pasivo⁹.

Ese tipo penal tiene como elementos constitutivos del mismo los siguientes: i) objetivo, recae sobre un ser humano cualificado, toda vez que para la realización de la acción delictual quien pierde la vida debe ser una mujer¹⁰; ii) el dolo como factor subjetivo del tipo, el cual debe recaer sobre varios elementos constitutivos de la descripción penal, entre ellos, el conocimiento y la voluntad del sujeto activo, como componentes del actuar doloso debe estar dirigido al resultado muerte en la persona de una mujer, pero con la especial connotación de que este dolo debe estar generado por causas de violencia contra la mujer, misoginia, discriminación o dominación, ya sea física o psicológica, todas o cualquiera de ellas. Esto de acuerdo con la exposición de motivos de la mencionada ley. (Congreso de la República de Colombia, 1998).

⁹ Ley 599 de 2000 (julio 24). Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio.

Por la cual se expide el Código Penal

ARTICULO 103. HOMICIDIO. <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El que matare a otro, incurrirá en prisión de doscientos ocho (208) a cuatrocientos cincuenta (450) meses

ARTICULO 104. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION. <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> La pena será de cuatrocientos (400) a seiscientos (600) meses de prisión, si la conducta descrita en el artículo anterior se cometiere:

...

11. <Numeral adicionado por el artículo 26 de la Ley 1257 de 2008. El nuevo texto es el siguiente:> Si se cometiere contra una mujer por el hecho de ser mujer.

...

¹⁰ En este punto nos separamos de los criterios que el profesor Velásquez (2013, pág. 153), ha formulado, ya que para éste, constituye elementos objetivos del tipo penal de homicidio agravado el que recaiga sobre una mujer por su condición de género, siendo que la condición de género debe ser estudiada en el tipo subjetivo, dado que lo que convierte en delictual la conducta agravada son las especiales condiciones del dolo derivadas de la violencia contra la mujer.

De otro lado, los sujetos activos y pasivos son indeterminados, pero acá habría que hacer una claridad: si bien es cierto que la indeterminación del sujeto activo conlleva a la conclusión de que hasta una mujer podría causar la muerte a otra en razón a su condición de género, lo cierto es que la exposición de motivos del proyecto de ley, menciona que los únicos que pueden realizar este tipo de actos delictuales son los hombres.

Por último, este tipo penal de homicidio agravado sobre la mujer, no es un tipo autónomo sino simplemente un factor de incremento punitivo cuando se realiza la conducta punible por causas de violencia de género.

Luego, de esta tipificación de homicidio agravado en razón a la condición de género femenino, se dicta la Ley 1761 de 2015, en la cual se adiciona el artículo 104 A al Código Penal, creando así el tipo penal de feminicidio como delito autónomo, el cual a su vez trae circunstancias de agravación punitiva.¹¹

¹¹**LEY 1761 DE 2015**

(Julio 6)

Diario Oficial 49565 de julio 06 de 2015.

"Por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones"

(ROSA ELVIRA CELY)

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

Artículo 1°. Objeto de la ley. La presente ley tiene por objeto 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, así como prevenir y erradicar dichas violencias y adoptar estrategias de sensibilización de la sociedad colombiana, en orden a garantizar el acceso de las mujeres a una vida libre de violencias que favorezca su desarrollo integral y su bienestar, de acuerdo con los principios de igualdad y no discriminación.

Artículo 2°. La Ley 599 de 2000 tendrá un artículo 104A del siguiente tenor:

Esta nueva reforma a ley penal colombiana fue el fruto de una constante lucha por parte de un sector de la sociedad preocupado por el aumento en las cifras de criminalidad

Artículo 104A. Femicidio. 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 con la víctima, 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, cualquiera que sea el tiempo previo a la muerte de aquella.

Artículo 3°. La Ley 599 de 2000 tendrá un artículo 1046 del siguiente tenor:

Artículo 104B. Circunstancias de agravación punitiva del femicidio. La pena será de quinientos (500) meses a seiscientos (600) meses de prisión, si el femicidio se cometiere:

- a) Cuando el autor tenga la calidad de servidor público y desarrolle la conducta punible aprovechándose de esta calidad.
- b) Cuando la conducta punible se cometiere en mujer menor de dieciocho (18) años o mayor de sesenta (60) o mujer en estado de embarazo.
- c) Cuando la conducta se cometiere con el concurso de otra u otras personas.
- d) Cuando se cometiere en una mujer en situación de discapacidad física, psíquica o sensorial o desplazamiento forzado, condición socioeconómica o por prejuicios relacionados con la condición étnica o la orientación sexual.
- e) Cuando la conducta punible fuere cometida en presencia de cualquier persona que integre la unidad doméstica de la víctima.
- 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.
- g) Por medio de las circunstancias de agravación punitiva descritas en los numerales 1, 3, 5, 6, 7 Y 8 del artículo 104 de este Código.

contra la mujer, de ahí que con anterioridad a esta Ley 1761, por iniciativa de un grupo de mujeres en el Congreso colombiano, quienes hacían parte de la corporación, se presentara el proyecto de ley 49 Senado, donde se intentaba la regulación del feminicidio como delito autónomo, con gran impacto por lo que en la época estaba ocurriendo con la muerte de Rosa Elvira Cely (Congreso de la República, 2012).

Ahora bien, sustanciales fueron los cambios que sufrió el feminicidio desde el 2008 al 2015, unos de carácter de técnica legislativa como son la descripción de las acciones que constituyen el delito autónomo, así como las circunstancias que agravan la pena.

Sobre el primer aspecto, el sujeto activo aún sigue siendo indeterminado, aunque la exposición de motivos del proyecto de ley enfoca al hombre como el victimario dentro del feminicidio, y el sujeto pasivo recae sobre una mujer indeterminada pero con una modificación importante, y es que también puede ser víctima una persona que no necesariamente sea biológicamente mujer sino también aquellas que sean femeninas a través de la identidad de género. Sobre este concepto en particular, se entiende identidad de género el carácter subjetivo de una persona que recae en el sentir de ser hombre o mujer, siendo del sexo opuesto, en otras palabras, se refiere al sexo psicológico o psíquico de cada individuo (Monroy, 2002). De esta manera, la víctima no necesariamente tiene que ser mujer en el sentido biológico, sino que basta con su identidad sexual para que se configure el sujeto pasivo.

Respecto de las acciones que constituyen conductas feminicidas, estas tienen como ejes temáticos la violencia contra la mujer derivada de las relaciones de dominación,

misoginia, ejercicio del poder que tenga el victimario sobre la víctima, ya sea en ámbito público o privado, de amistad, cercanía, familiar, económico o laboral.

Sobre las circunstancias de agravación punitiva, estas giran sobre aspectos del victimario (calidad de servidor público, coautoría), sobre la víctima (edad, condición de discapacidad) o sobre el lugar de los hechos o las personas que presencian la acción delictual.

También, es necesario hacer referencia a la punibilidad de este delito autónomo, ya que mientras con la vigencia de la Ley 1257 de 2008, la pena en que incurriría el autor de la conducta feminicida estaba fijada entre 200 meses (25 años) y 480 meses (40 años), el legislador de 2015 incrementó dicha sanción, ya que el feminicidio, que podríamos llamar simple, tiene una pena de 250 meses (20,33 años) y 500 meses (41,66 años), el feminicidio agravado se sanciona con penas que oscilan entre los 500 meses (41,66 años) y los 600 meses.

Visto lo anterior, la lucha para erradicar la violencia de género y contra las mujeres, ha sido parte de la agenda internacional de los Estados partes de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), órgano que ha propendido por crear instrumentos legales de corte internacional que buscan crear compromisos de mayor protección de los derechos de esta parte de la población. Estos mismos tratados internacionales han sido la base de la política penal que el Estado colombiano ha formulado para la protección de los bienes jurídicos tutelados a las mujeres.

En ese desarrollo, a lo largo de la vigencia de la Constitución de 1991, se han creado diferentes legislaciones de protección de los derechos de la mujer, algunas de carácter preventivo, otras de corte sancionatorio, entre ellas la tipificación de delitos como la violencia

intrafamiliar y el feminicidio; todo ello bajo la concepción de los fines de pena, especialmente el de prevención general positiva.

La violencia intrafamiliar, con el fin de garantizar a las mujeres, una vida libre de violencia física, psicológica, sexual, económica, generada al interior del hogar, es decir, bajo la protección de la integridad personal (física y psíquica), aunque este tipo penal esté ubicado en el catálogo de delitos que atentan contra la familia. El segundo, con la implementación de las leyes 1257 de 2008 y 1761 de 2015, para prohibir la forma extrema de violencia en contra de las mujeres, con fines propios de protección de la vida, derecho fundamentalísimo que permite el goce y disfrute de otros tantos derechos.

En los últimos siete años, la política penal colombiana, de lucha para la eliminación de la violencia contra las mujeres, ha conllevado a que legislador proponga dos tipos diferentes de prohibición de la muerte de mujeres en razón a su condición de género: un factor de agravación punitiva al homicidio, cuando la muerte se produzca por razones de género, con una grave problemática en la técnica legislativa utilizada para la descripción del tipo, dado que dejaba a los operadores judiciales un gran margen de discrecionalidad en el juicio de tipicidad de la conducta, ya que la generalidad del tipo agravante no permite identificar cuándo estamos en presencia de este hecho o cuándo en otra casual de agravación. Cuestión diferente a la tipificación de los artículos 104 A y 104 B, que fueron introducidos por la Ley 1761 de 2015, dado que la descripción típica de la conducta buscó suplir esas necesidades ya detectadas en la Ley 1257. El resultado es el diseño de supuestos de hecho que constituyen violencia extrema contra la mujer, unos de contextos cuando se permite la verificación de situaciones anteriores a la conducta prohibida, otras en el marco de las

relaciones de poder que se supone se ejerce contra las mujeres en un contexto de subordinación o sometimiento al mando del hombre.

La tipificación del delito autónomo de feminicidio, fue ubicado dentro de la parte especial del Código Penal, en el libro segundo, título primero, capítulo segundo, “Del Homicidio”, es decir, el tipo penal quedó ubicado en los delitos que atentan contra la vida y la integridad personal, entendiéndose así que busca la protección de la vida de las mujeres por razón de su condición de género femenino.

Una última situación que se quiere señalar es que, pese al debate que se dio en medio de la creación del feminicidio y su diferenciación con el homicidio, por falta de técnica legislativa en el objetivo de la ley, se omitió crear un capítulo especial para el feminicidio, para así distinguirlo del homicidio, como era la pretensión inicial.

Capítulo III

BIENES JURÍDICOS TUTELADOS Y LEGÍTIMA DEFENSA EN EL FEMINICIDIO EN COLOMBIA

Hasta este punto se ha hecho un recorrido por la construcción de un fenómeno social, como es la violencia contra las mujeres y su forma extrema de expresión en el feminicidio, y la teoría del delito colombiana aplicada a la construcción del delito de homicidio agravado por la condición de mujer (Ley 1257 de 2008) y el feminicidio como delito autónomo, con sus correspondientes factores de agravación (Ley 1761 de 2015). Este capítulo propone estudiar los impactos que trae consigo esta nueva tipificación en categorías la teoría del delito, como son el bien jurídico tutelado y los eximentes de responsabilidad, en punto concreto de la legítima defensa de un derecho propio o ajeno.

1. ¿Un nuevo bien jurídico protegido: el género?

Como punto de inicio, se anticipará que el nuevo tipo penal autónomo de feminicidio, conlleva a afirmar que se creó un bien jurídico protegido, el cual es el género femenino. Para sustentar dicha afirmación, se hace necesario abordar la conceptualización del bien jurídico tutelado.

El concepto de bien jurídico tutelado no siempre ha sido claro, pese a ser fundamental para el Derecho penal, dado que debemos partir que éste está constituido a través de un

sistema jurídico con fundamentación antropológica; de esta manera, la existencia de un objetivo de protección que acompañe a toda prohibición resulta tanto fundamental como elemental. Por ello la concepción de bien jurídico en el Derecho penal, debe partir de plantear la necesidad de castigar de forma racional un determinado comportamiento.

Acota Ferrajoli (1995), que la problemática que se plantea alrededor del bien jurídico, no es otra cosa más que la misma problemática que surge de justificar los fines del Derecho Penal; y al plantearse el problema sobre los fines, nos enfrentamos a soportes ideológicos tradicionales del Derecho penal, los cuales, vienen siendo cuestionados en razón a los efectos producidos por una realidad que hace evidente la distancia entre las pretensiones garantistas de la dogmática jurídico-penal y los efectos negativos que impactan a la sociedad, así como a los individuos en materia de la criminalización. En los últimos tiempos, asistimos a la transformación del Derecho penal, en donde se continúa con la visión de que éste sirve a intereses de lucha contra la delincuencia, pero también se viene utilizando como instrumento de violencia institucional.

Por su parte, Zaffaroni (2002), ha propuesto una definición, en el entendido de la relación entre el sujeto y el derecho; así “bien jurídico penalmente tutelado es la relación de disponibilidad de un individuo con un objeto, protegida por el Estado, que revela su interés mediante la tipificación penal de conductas que le afectan”. Misma concepción que fuera formulada por Feuerbach, en el sentido en que la lesión al bien jurídico protegido, es parte importante del acontecer en Derecho penal, ya que dicho quebranto a la ley, conlleva a que es necesaria, ante todo, la prueba de que lesiona intereses materiales de otras personas, es decir, de que lesiona bienes jurídicos.

De lo anterior se puede concluir que identificar el bien jurídico tutelado aquel cuya función particular y preponderante es la protección de las relaciones interindividuales y sociales, protección esta que incluye los intereses particulares de los sujetos con un grado de trascendencia social. Siendo así, el bien jurídico tendrá como contenido la relación de disponibilidad de un sujeto con el correspondiente objeto que se ha protegido mediante una norma penal. Entender otra concepción de éste, estaríamos en presencia de la protección de bienes jurídicos de contenido abstracto, cuya significación puede dársele por cualquier persona, produciendo una inestabilidad jurídica (la moral social, orden público, moral pública), ya que según el intérprete le daría una connotación a dicha abstracción, dependiendo de los aspectos subjetivos del ser humano (ideas políticas, concepción filosófica, grado de escolaridad, etc.). Una posición de este tipo, permite que el legislador actúe desde un norte claro a la hora de definir los bienes jurídicos tutelados que busca proteger a través de normas prohibitivas o de mandato, como es la ley penal, cumpliendo con el mandato constitucional de razonabilidad, necesidad y utilidad del Derecho penal.

2. Qué, cuándo y cómo castigar. El principio de mínima intervención penal

Como hemos visto, el Derecho Penal en su acepción más tradicional, se identifica como una forma de control social de reacción, siendo el más violento de todos los métodos que un determinado Estado pueda utilizar para la consecución de sus fines constitucionales. De esta manera, y en atención a la gravedad del control penal, no se puede afirmar que pueda ser utilizado frente a todas las situaciones. Piénsese en un Estado en donde la única forma de control social regulado por un ordenamiento jurídico fuera la amenaza de

pena; el Estado dejaría de ser de Derecho, los ciudadanos estarían y vivirían bajo la amenaza del castigo, desnaturalizando el modelo de estado, y pasando a ser un Estado vigilante, policivo, y hasta arbitrario.

Ahora bien, el universo de opciones que tiene el Estado para regular comportamientos de sus asociados, el Derecho Penal no es el único medio de control social, y en muchos casos el menos efectivo; y al no serlo, por qué hacer uso extensivo de este medio de intervención.

Es claro que los bienes jurídicos tienen en la tutela penal una herramienta para su amparo, pero no el único. Este derecho de castigar, no interviene en las primeras fases del delito sino una vez que este se ha manifestado. Dicho de otra manera, al ser el Derecho penal *ultima ratio*, entonces también el Derecho penal debe ser mínimo, el cual está fundado desde la perspectiva de llevar a la esfera de aplicación del derecho a castigar, el mínimo de conductas transgresoras de bienes jurídicos, pero con la carga de trasladar las más gravosas, es decir, aquellas que atenten o pongan en peligro el bienes de especial atención para el ser humano.

La idea del bien jurídico conlleva necesariamente a referirnos al principio de la ofensividad de los delitos como condición necesaria que justifica cualquier prohibición o mandato penal. Se configura entonces como un límite axiológico externo e interno del Derecho Penal. Así, el bien jurídico tiene dos aspectos que se deben tener en cuenta para su conformación o protección: *a)* en un sentido político criminal, respecto de aquellas tutelas que buscan proteger bienes de extremada importancia para el ser humano, para lo cual se utilizan los criterios de *lege ferenda*; *b)* desde un sentido dogmático, el cual describe con

claridad las razones de tutela de bienes, respecto de la protección que busca generar el legislador, *lege lata*.

Ferrajoli (1995), explica que es un muy difícil la identificación de los bienes jurídicos objeto de tutela penal, desde el sentido axiológico que justifique la prohibición que sufrirá una o varias conductas que ofende dicho bien. Critica fuertemente el pensamiento iluminista, el cual utiliza el principio de utilidad para la identificación de los delitos, atándolos con criterios de orden social o subjetivo, e incluso, presentado objeciones a las doctrinas de corte fascista, las cuales dependían de dichos criterios ético-estatalistas para defender el mismo estado.

Así, y siguiendo al profesor Ferrajoli, el:

Derecho Penal puede justificar solamente prohibiciones dirigidas a impedir ofensas a los bienes fundamentales de la persona, entendiendo por ofensa no solo el daño sufrido sino también el peligro corrido. Obviamente el problema es qué entender por "bienes fundamentales de las personas". Es claro que se trata de una noción que incluye todos los "derechos fundamentales", no solo los clásicos derechos individuales y liberales sino también los colectivos y o sociales, como los derechos al ambiente, a la salud, etc. Pero también incluye bienes que no son derechos, como el interés colectivo en una administración no corrupta de los asuntos generales, interés ciertamente fundamental para todas las personas. Entonces podemos llamar principio de ofensividad personal a ésta reformulación del concepto axiológico de bien jurídico penal, tanto porque con base en él no se conciben objetos o sujetos dañables que no sean o no se refieran más o menos directamente a las personas, como por qué en base en él cualquier cosa es un bien, sólo si lo es para las personas y refleja los intereses individuales o colectivos de éstas (1995).

Es claro entonces, que el qué, cómo y cuándo penar, conlleva a ser un estudio sobre los valores supremos que determinado Estado quiera garantizar, lo cual depende de los bienes fundamentales que éste ha reconocido a sus gobernados a través de la carta de derechos propias de una constitución moderna, así como de los tratados internacionales sobre derechos humanos. Pero, dado que, como lo hemos sostenido, el Derecho penal es la forma extrema de violencia que el Estado como forma de control social, pero en esa medida, se debe ponderar los bienes jurídicos que se buscan proteger por intermedio de las prohibiciones penales, respecto del grado de afectación de los derechos de libertad que se coartan con esas disposiciones prohibitivas protegidos.

Podemos afirmar con certeza, puesto que las praxis están siempre en un escalón más abajo que la legalidad formal, que la tutela efectiva de bienes jurídicos asegurada por cualquier Derecho Penal es siempre inferior a la legal; mientras que la suma de los costos efectivamente sufridos es siempre ampliamente superior respecto a los costos penales legalmente previstos (Ferrajoli, Derecho penal mínimo y bienes jurídico fundamentales, 1995).

3. ¿Nace un nuevo bien jurídico tutelado en Colombia, el género?

Después de haber estudiado la creación, o si se quiere la protección de bienes ya existentes, si se parte de la concepción naturalística de bienes propios del ser humano (vida, integridad personal, libertades, etc.), ahora analizaremos las dos reformas producida por legislador colombiano para la protección de las mujeres, con el fin de erradicar y sancionar las muertes de ellas por razones de género, y si de ahí podemos afirmar que se ha creado un nuevo bien jurídico tutelado: el género.

Lo primero sería mencionar que, como ya fue descrito en capítulo dos de la presente investigación, dos reformas penales en Colombia permiten hablar de feminicidio: el artículo 26 de la Ley 1257 de 2008, la cual creó una causal de agravación punitiva del homicidio, cuando éste se comete en una mujer por razones de género femenino; y la Ley 1761 de 2015, la cual creó los artículos 104A y 104B en la Ley 599 de 2000, los cuales tipifican el feminicidio y sus agravantes, con una descripción que acoge criterios sociológicos diseñados por Russell y Radford (2006), y añade otros creados de los tratados internacionales de derechos humanos.

Ahora bien, ambos desde criterios sociales distintos, ya que la primera se da en razón a los compromisos internacionales adquiridos por el Estado colombiano a través de la ratificación de las convenciones sobre *convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* de la ONU, y de la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer "Convención de Belem do Para"*, como del mismo texto de la exposición de motivos de la mencionada ley se puede deducir.

Del otro lado, se encuentra el contexto de la muerte de Rosa Elvira Cely, el 24 de mayo de 2012 en la ciudad de Bogotá, quien fue víctima de acceso carnal violento, empalada, golpeada múltiples veces y abandonada en el Parque Nacional de esa ciudad, y quien perdiera la vida 5 días después en un Hospital de la capital de Colombia.¹² De ahí, se

¹² Un relato con mayor información sobre este caso puede ser consultado en: <http://www.semana.com/nacion/articulo/la-muerte-rosa-elvira-cely-crimen-abominable/258867-3>, <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/noticias/sentenciado-a-48-anos-de-prision-homicida-de-rosa-elvira-cely/>,

presentó la iniciativa que, 3 años después se transformara en la legislación que describió el tipo penal de feminicidio.

Aunque por causas diferentes, las razones de ambos delitos, el factor de agravación y luego el feminicidio como delito autónomo, tiene las mismas motivaciones: la protección del género femenino.

Dos argumentos refuerzan esta afirmación: de un lado las exposiciones de motivos de las dos leyes, y del otro, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 2015, en donde se desarrolló la jurisprudencia sobre el factor de agravación punitiva correspondiente a la muerte de una mujer por razones de su género femenino.

La violencia contra las mujeres ha sido un tema que ha suscitado gran controversia en los últimos tiempos en Colombia, máxime cuando el Estado, no había cumplido con los compromisos en materia internacional de protección de los derechos de las mujeres, que como ya se dijo, se adquirió con la ratificación de los tratados internacionales. Es cierto que, como se dejó sentado en el capítulo primero de la presente investigación, la diferenciación que existe en las sociedades modernas entre hombres y mujeres, gran parte de los criterios diferenciales que desde su propia biología trae consigo, que algunas ocasiones también se traslada al plano de la diferenciación social o cultural, basta citar el ejemplo de procreación que tiene la mujer sobre el hombre, donde la primera es el único ser biológico capaz de concebir a otro ser humano, situación que conlleva a la vez a verla como el ser encargado de la crianza y cuidado de los niños (Jaramillo, 2000).

También se le ha considerado como un ser débil, con disposición al altruismo, a las tareas domésticas, que no genera violencia, la belleza; éstos como atributo del género femenino (Ibídem).

Siendo esto así, una parte de los movimientos feministas propugnan por la igualdad de género, es decir, en cerrar la brecha trazada por la sociedad que beneficia en mayor medida al hombre, como representante del género masculino, sobre la mujer, representante del género femenino, a través de la igualdad de oportunidades, de un lado, y del otro, por la igualdad de acceso a los recursos que el Estado les provee; otra parte de estos movimientos, con tendencias más radicales, se inclinan en postular que el problema de género radica en el poder, pues mientras éste radica racionalmente en los hombres, razón por la cual las mujeres no lo pueden ostentar (Jaramillo, 2000, págs. 37-38).

Así, a cada uno de estas teorías feministas, le corresponde un tipo de Derecho. Frente a la primera, el feminismo de igualdad, el Derecho debe crear instituciones jurídicas que busquen crear la igualdad de oportunidades de hombres y mujeres; frente a la segunda, el feminismo diferencial, las instituciones jurídicas deben estar creadas para significar la diferenciación entre la mujer y el hombre, que le permita a la primera la realización como persona; y frente a la tercera, el feminismo radical, el Derecho es instrumento de creación o desmonte de instituciones jurídicas que permitan a la mujer alcanzar los estatus de poder, y el rompimiento de la cosificación sexual de ella (Borrero, 2014, pág. 222)¹³.

¹³ Un debate interesante sobre las teorías del Derecho propuestas por el feminismo, y que complementan aquí los postulados de Borrero, están en (West, 2000) y (Facio, 1999). En estos textos se desarrollan interesantes posturas respecto de la función de una teoría del Derecho crítica desde la perspectiva

Es claro que el eje central de la discusión en el marco de la creación del tipo penal de feminicidio, ha sido la violencia que el hombre, históricamente, ha ejercido sobre la mujer, e incluso la transformación de ésta a lugares diferentes del hogar. Así, el reconocimiento de los derechos de las mujeres a nivel nacional e internacional, fue un primer inicio en esta lucha. El compromiso internacional que adquirieron los Estados, fue de suma importancia en el ámbito local para la contemplación de dichos derechos. También aclarando que el reconocimiento de estos derechos de las mujeres, no son sino un reforzamiento de los derechos que ya se les reconocían a todo ser humano, por el hecho de serlo.

Explica la exposición de motivos del proyecto de ley que se transformaría en la Ley 1257 de 2008, que la violencia contra la mujer es una clara violación de los derechos humanos, y que como tal, los Estados de velar por superar dichos quebrantamientos:

Considerar la violencia contra las mujeres como un problema que atañe a los Derechos Humanos implica reconocer que la violencia contra las mujeres constituye una violación de Derechos Humanos y aclara el sentido de las normas que asignan a los Estados las obligaciones de prevenir, erradicar y castigar los hechos de violencia y los hacen responsables en caso de incumplirlas.

La violencia contra las mujeres, por su condición de ser mujeres, constituye no solo una violación sistemática de sus Derechos Humanos, sino también uno de los obstáculos para el logro de la igualdad entre varones y mujeres y para el pleno ejercicio de la ciudadanía. Es una expresión de la valoración social de las mujeres como carentes de libertad y autonomía para

del feminismo, en especial, en las críticas que se le hace a la actual legislación y a las teorías del Derecho fundantes de éstas, ya que se basan normas jurídicas creadas por hombres, razón por la cual son androcéntricas.

decidir sobre sus proyectos de vida y es inaceptable, ya sea cometido por parientes o por extraños, por actores armados, por el Estado y sus agentes (Congreso de la República, 2006).

Por último, agrega que la violencia contra las mujeres nace de las relaciones desiguales de poder que tienen hombres y mujeres, y que ha trascendido del hogar, como ya lo habíamos anunciado, al campo privado y público de dichas relaciones.

La violencia basada en las relaciones de subordinación que viven las mujeres ocurre tanto en el ámbito público como en el privado, esto es, en el lugar de trabajo, en los centros de salud, en los centros educativos, en el espacio de la comunidad en general, en la relación de pareja y en las relaciones intrafamiliares (Ibídem).

Es menester aclarar que la Ley 1257 de 2008, es un marco general de protección de los derechos de las mujeres, y que tiene como fin último proveer de herramientas jurídicas que previenen, tipifican y castigan conductas que atentan contra los derechos a la vida y a la integridad personal de las mujeres, entre otros derechos, y cuyo objetivo principal es la erradicación de este tipo de conductas, pero que nos permite concluir que dicha ley busca la protección de los bienes jurídicos de las mujeres, es decir, aquellos que éstas tiene en razón a su condición de género, y que se ponen en peligro a través de las conductas prohibidas en dicha norma, en especial el homicidio en razón a condiciones de género. También se debe mencionar que el proyecto de ley fue presentado por un equipo de senadores, en donde se incluyeron de ambos géneros.

Dentro de un contexto más específico, el proyecto de ley 49 de 2012 Senado, presentado por la senadora Gloria Inés Ramírez, presenta la problemática de la violencia

contra la mujer de manera más puntual, respecto de las muertes de mujeres de forma violenta y la violencia que se ejerció sobre ellas durante periodos de tiempo que oscilan por los 10 años. Con base en estadísticas, la justificación del proyecto se enfoca en poner fin a la violencia contra mujer en su exteriorización extrema, el feminicidio. Para ello se utilizan las cifras del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencia Forenses, la doctrina nacional e internacional en materia de violencia de género y contra la mujer. Veamos apartes de las justificaciones utilizadas:

(...) las mujeres que sufren violencia en la familia o que intentan dejar a sus parejas violentas, están en riesgo significativo. En este sentido, las violencias en la familia no pueden separarse de los feminicidios, en particular en países en donde las mujeres son asesinadas por sus maridos y compañeros.

(...)

De acuerdo con el Instituto de Medicina Legal, es ilustrativo ver cómo los entornos que deberían ser protectores se convierten en escenarios de la violencia sexual. De los Informes periciales realizados por presunto delito sexual, durante 2009 el 62.43% (13.291 casos), tuvieron como escenario del hecho la vivienda u otros lugares de cuidado, como los centros educativos (502 casos), los centros de cuidado de personas, los centros de reclusión. Los centros de atención médica representaron el 31.8% (Congreso de la República, 2012, págs. 12-13).

En ese sentido, el proyecto de ley indica que el nicho de violencia natural que sufre la mujer es el mismo hogar, lugar que debería ser su cuna de protección sin que ello sea así, queriendo significar que los victimarios de las mujeres son sus propios parientes. Siendo el caso más sonado, como bien se dejó enunciado con anterioridad, el homicidio de Rosa Elvira Cely:

Hechos de luto nacional como el cruel feminicidio, violación, tortura y empalamiento de ROSA ELVIS (sic) CELY recientemente ocurrido, visibilizan y ponen en evidencia las formas más crueles de violencia basada en género, que compelen a que el Congreso de la República adopte una ley que penalice ejemplarmente el feminicidio y todas las formas de violencia contra las mujeres, por el hecho de ser mujeres (Congreso de la República, 2012, pág. 13).

Una de las férreas conclusiones a las que lleva la motivación de esta iniciativa legislativa radica en que, de un lado, la Ley 1257 de 2008, vigente a la hora de presentar el proyecto de ley en comento, había recibido fuertes críticas en su implementación¹⁴, entre ellas, que la política dictada en la ley y el esfuerzo en su implementación solo hacían ver la iniciativa como protectora de la familia y de la niñez, y las verdaderas beneficiarias, las mujeres, no habían recibido la protección que la misma ley buscaba (Congreso de la República, 2012).

Así mismo, menciona el proyecto que:

Señala también que “(...) **las violencias en contra de las mujeres no son hechos fortuitos y aislados sino prácticas generalizadas y sistemáticas** llevadas a cabo por los varones para controlar, intimidar y subordinar a las mujeres. **El factor de riesgo es la diferencia sexual, o sea, ser mujer.** En este sentido, las violencias en contra de las mujeres y el feminicidio en

¹⁴ Para ver el primer informe sobre la implementación de la Ley 1257 de 2008, se puede consultar <http://www.rednacionaldemujeres.org/index.php/publicaciones/mesa-por-la-ley-1257?download=8:informe-de-la-mesa-sobre-la-implementacion-de-la-ley-1257-y-su-estado-actual-de-cumplimiento>. El segundo informe, puede ser consultado en <http://www.convergenciadnoa.org/images/Documentospdf/informesddhh/Informe%20Ley%201257.pdf>

la sociedad colombiana son claramente expresiones de poder del patriarcado para sostenerse, reproducirse y perpetuarse atentando en contra de la libertad y el cuerpo de las mujeres¹⁵.

Así, el objetivo último del proyecto de ley radica en la creación de un tipo autónomo de feminicidio y sus casuales de agravación específica, con el fin de garantizar el ejercicio de derechos que tiene la mujer, los cuales se ven transgredidos o puestos en peligro a través de la violencia que el hombre genera contra ésta, en vista de su posición dominante.

En el intermedio de estas propuestas de tipo legislativo en Colombia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, haciendo uso de su facultad de unificación de la jurisprudencia, y en atención de una demanda de casación presentada contra la sentencia de segunda instancia proferida por Tribunal Superior de Medellín, tuvo la oportunidad de estudiar la agravación del numeral 11 del artículo 104 del Código Penal, a la cual le dio el siguiente alcance, el cual se hace importante para saber los fines que tiene la tipificación del delito de feminicidio en Colombia.

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.

¹⁵ Es de advertir que este texto corresponde a un cita literal que hace el proyecto de ley 49 de 2012, Senado, tomada de los resultados de investigación de Olga Amparo Sánchez, la cual puede ser consultada en <http://www.rutapacifica.org.co/descargas/publicaciones/feminicidios.pdf>; también se puede consultar <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-10847491>. En el texto, se respeta el énfasis que hizo la senadora Gloria Inés Ramírez, haciendo uso de la negrilla y subrayado en la escritura.

Significa lo precedente que no todo asesinato de una mujer es feminicidio y configura la causal 11 de agravación del artículo 104 del Código Penal. Se requiere, para constituir esa conducta, que la violencia que la cause esté asociada a la discriminación y dominación de que ella es objeto.

Entonces, la protección de la mujer se centra en que el tipo penal busca reivindicar la igualdad entre la mujer y el hombre, ya que el dolo en la conducta estaría enfocado al conocimiento de esas relaciones de poder que generan desigualdad, que conlleva a la subordinación de ella respecto de él.

Por último, está el proyecto de ley 107 de 2013, cuya iniciativa estuvo a cargo de la Comisión Legal Para la Equidad de la Mujer del Congreso de Colombia. Este proyecto es el que en definitiva se discute en el Congreso de la República de Colombia, y es sancionado como la Ley 1761 de 2015.

Ya desde su exposición de motivos es propositiva, y deja ver la verdadera pretensión de la iniciativa, al mencionar que:

Se trata de propiciar no solo un cambio de paradigma en el derecho penal colombiano frente a los derechos de la mujer, sino también la institucionalización de acceso a un recurso judicial efectivo de protección y exigencia en la aplicación del principio de la “debida diligencia” y el compromiso del Gobierno colombiano y de sus instituciones jurídico políticas de garantizar el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencias y que los crímenes cometidos contra ellas, no encuentren como actualmente sucede, obstáculos que ofenden su dignidad humana, vulneran las garantías constitucionales al debido proceso y en suma, dejan en la impunidad y en el silencio, crímenes que la comunidad internacional ha considerado como de Lesa Humanidad. (Congreso de la República, 2013, págs. 1-2). (El subrayado es propio)

Como se observa, el proyecto de ley busca la protección de una serie de derechos específicos de la mujer, última titular de la tutela penal que se busca regular, no solo por su condición de ser humanos (dignidad humana), sino por la clara desventaja que se causa frente a ella respecto de una sociedad de corte machista, con prevalencia de un claro patriarcado y de relaciones de poder en las esferas públicas y privadas. Queremos hacer énfasis en que la protección penal que se busca lograr con la tipificación del feminicidio, no corresponde única y exclusivamente a salvaguardar la vida de la mujer, pues, como bien se dijo, la violencia contra la mujer no solo desmejora las condiciones de acceso a una vida digna, sino que atañe a las garantías de ejercicio de otros derechos.

Una clarificación mayor de la creación de un nuevo bien jurídico tutelado con el feminicidio, se puede leer en el siguiente párrafo del proyecto de ley:

En el Estatuto Penal colombiano existe un vacío en la tipificación adecuada de esta conducta, en el análisis del contexto y la valoración justipreciada de las pruebas, razón por la cual se oculta el feminicidio como una conducta punitiva que niega la violencia sistemática y persistente de que son objeto las mujeres por el hecho de serlo, lo que compele al Sistema Penal y a sus operadores, a la necesidad de reconocer su gravedad por el continuum de violencias que lo genera, para de esa forma contribuir al proceso de construcción de una genealogía de las mujeres en materia penal (Congreso de la República, 2013).

Aunque en el apartado segundo de la exposición de motivos, se hace referencia a la distinción entre el bien jurídico tutelado con el feminicidio y el del homicidio, realmente son apartes que narran las estadísticas sobre violencia contra la mujer y que indican que en la mayoría de los casos, las muertes de mujeres provienen de su pareja actual o anterior, sin que

se ofrezca un solo elemento conceptual de distinción entre el bien jurídico tutelado en el homicidio y en el feminicidio (Congreso de la República, 2013, pág. 7).

Visto todo lo anterior, no cabe dudas en que con el delito de feminicidio en Colombia, se crea un nuevo bien jurídico tutelado en el Derecho penal, y es el género femenino, ya que el objetivo de la tipificación no se centra únicamente en la prevención de las muertes de mujeres en razón a su condición de género femenino o de aquel que se sienta mujer, pese a que biológicamente no lo sea, es decir, no solo salvaguarda el derecho a la vida, sino que en su construcción dogmática, se ha utilizado algunos elementos contextuales que son anteriores a la conducta feminicida, como es la violencia contra la mujer. Entonces, al ser así, no solo se protege la vida, sino que va más allá la ley, al pretender dar garantías a las mujeres de vivir una vida libre de violencias que atenten contra su integridad personal (física y psíquica), y en sí, de estar en igualdad de condiciones frente al hombre, ya que al ser necesaria el dolo respecto de elementos constitutivos del tipo penal, como es la subordinación y la discriminación, el mensaje que arroja el legislador a sus ciudadanos es prohibir ese tipo de intenciones, con lo cual, la mujer resurge como sujeto de derechos.

4. Problemas dogmáticos en el delito de feminicidio. La legítima defensa y la violencia contra la mujer

Con la introducción del delito autónomo de feminicidio y sus factores de agravación punitiva, y la correspondiente introducción implícita de un nuevo bien jurídico tutelado, nos enfrentamos a la revisión de algunas de las instituciones jurídicas de la teoría del delito colombiana, entre ellas las causales de justificación del artículo 32 del Código Penal, cuando

para la realización de éstas se hace necesario generar violencia en contra de quien propone el ataque a bienes jurídicos tutelados propios o ajenos. En concreto, este apartado se encargará de analizar la legítima defensa frente al delito de feminicidio, en especial respecto del contexto de violencia que se desarrolla en los literales a y e del artículo 104 A, de la Ley 599 de 2000, modificada por la Ley 1761 de 2015, en el artículo 2°.

Se escogen estas causales, debido a que frente a la descripción típica que se hace, para su configuración objetiva, se debe presentar un ciclo de violencia por parte del perpetrador, misma descripción que se hace en el literal e, por lo cual debe ser considerada desde el punto de vista de la mejor descripción típica. Y la escogencia no es caprichosa, ya que frente a las causales de feminicidio y respecto de la legítima defensa, se encuentra un común denominador: la violencia.

Frente a lo planteado, y en vista de nuestro ordenamiento jurídico, ¿qué pasaría en el caso en que una mujer agrede físicamente a un hombre, cuyos antecedentes sean de violencia contra ella mujer, en los términos descritos en la ley 1761 de 2015? ¿Podría presentarse causal de justificación de legítima defensa dadas estas condiciones? La respuesta se desarrollará a lo largo del presente capítulo.

4.1. Legítima defensa y postulados doctrinales

Por lo general, se designa a la defensa necesaria como causal de justificación de legítima defensa, y se entiende que son exactamente iguales, aunque para los autores que se proponen estudiar, prefieren ver este eximente de responsabilidad como la defensa necesaria,

ya que en esta se tiene en cuenta que, al hablar de defensa, sólo puede entenderse como legítima aquella que es necesaria.

El fundamento de la defensa necesaria (propia o de un tercero), se ve reflejado en el principio según el cual "el derecho no necesita ceder ante lo ilícito"; de éste nace una doble consecuencia: *no sólo se acuerda un derecho de defensa individual, sino también de ratificación del orden jurídico como tal*. Por tal razón, el agredido no está obligado, en principio, a evitar la agresión mediante un medio distinto de la defensa, siendo el ejemplo más clásico el huir de su agresor. Entonces, de esto nace el fundamento que sustenta la defensa necesaria, dado que la responsabilidad de la acción radica en aquella persona que produce la agresión que se repele legítimamente (Bacigalupo, 1.999).

Retomando lo anterior, se dice que el requisito básico de la legitimidad de la defensa recae en la necesidad de la misma. Pareciera entonces que, aparentemente, no importara el daño que se causa a la hora de defender el derecho, dado que el daño se justificaría únicamente en la necesidad de repeler el ataque, legitimando así comportamiento (Bacigalupo, Derecho penal. Parte general, 1999).

Pero sostener una postura de gran ambivalencia sería poco productivo a la hora de revisar un caso en concreto, porque se entraría a evaluar aspectos de carácter subjetivo del sujeto activo de la conducta, trasladándonos a un análisis de los elementos subjetivos de la conducta punible, en especial a la culpabilidad, Por eso, la doctrina penal ha diseñado una serie de elementos que constituyen la legítima defensa, como conducta excluyente de la responsabilidad penal.

Así, los requisitos de la defensa necesaria serían: *a)* Agresión ilegítima (actual o inminente); *b)* Necesidad racional del medio empleado; y *c)* La falta de provocación suficiente.

a) La agresión:

Según Bacigalupo (1999), cuando se enfrenta el estudio de un caso, cuyo objetivo es la exclusión de responsabilidad penal derivada de la defensa legítima, la agresión debe haber partido de la acción de un ser humano sobre otro, es decir, que la acción agresiva de *A* busca causar un daño en el bien jurídico tutelado de *B*, pudiendo realizarse manera activa (acción) o pasiva (omisión); quedando de súbito por fuera la defensa frente a animales. Este tipo de resguardo no se encuentra establecido dentro de la defensa necesaria; por el contrario, hace parte del estado de necesidad.

El autor plantea dentro en su texto ciertas problemáticas, dentro de ellas, una es, si se puede llamar agresión a la acción de un incapaz de culpabilidad o inimputable o del que obra por error. Al respecto cierto sector minoritario considera que en estos casos falta ya la agresión. Otro sector opina que en el supuesto de un enfermo mental, de un niño, se restringe la amplitud de la defensa, dado que, con relación a estos sujetos, falta de sentido la ratificación del orden jurídico como tal y sólo queda un derecho individual de defensa si no era posible eludir la agresión. En la práctica los resultados son similares. La doctrina española considera suficiente la antijuridicidad formal y puramente objetiva (Bacigalupo, Derecho penal. Parte general, 1999).

También se contempla la modalidad de realización de la acción agresora, dado que ésta puede ser intencional (dolo), o provenir de una acción realizada sin la debida diligencia (culpa).

Ahora bien, el ordenamiento penal contempla la posibilidad de la defensa de un tercero, ya que esta causal de justificación puede presentarse en personas que defienden derechos propios, como el ajeno. Aunque frente a esta figura, la defensa de un tercero presupone que éste quiera ser defendido. Quiere decir esto que la persona que presta ayuda debe hacerlo únicamente si la otra persona se está defendiendo o pretenda defenderse (Bacigalupo, Derecho penal. Parte general, 1999).

Esta postura es bastante complicada, porque en los casos de violencias en contra de la mujer, en donde el cónyuge o compañero este abofeteando a su pareja, y llegué un tercero a intervenir y termine hiriendo al agresor, y además la mujer termine hiriendo a la persona que llega defenderla; se estaría frente a una legítima defensa de un derecho de un tercero, pero se pregunta: como la señora no estaba pidiendo ser defendida, ¿se le culparía al tercero defensor de las lesiones producida al agresor de la mujer?

De poder seguir esta línea de argumentación que presenta Bacigalupo, se enfrentaría a un rompimiento conceptual de la teoría de la acción final defendida en el Código de 2000 colombiano, ya que la intención de producir las lesiones en el agresor de la mujer golpeada, no es otra que repeler el ataque que ésta sufre, tan solo por la solidaridad, si se quiere, principio del Estado Social de Derecho, o por la amistad que une al uno sobre ella, o por

múltiples sentimientos o situaciones del ser interno que se pueda producir al momento del ataque, y esperar a que ella pida auxilio, sería poner una carga adicional a la agresión, es decir, se necesitaría ser agredido y pedir ayuda, situación que la misma norma no contempla.

b) Necesidad de la defensa.

El requerimiento acerca de que la necesidad sea racional se explica así: la necesidad de la acción de defensa es racional cuando ésta es proporcional para el impedimento de la agresión.

Para constituir la necesidad de la acción es imperativo considerar las acciones que el autor tenía a su disposición para impedir la agresión antes de comenzar la defensa y establecer si la emprendida es realmente la que hubiera impedido la lesión amenazada por la agresión causando menos daño. “Por ejemplo: "A" tiene la posibilidad de impedir que "B" se apodere de una joya de su propiedad golpeándolo con un paraguas que tiene a mano pero, sin embargo, dispara con un arma de fuego que lleva consigo: la acción no es necesaria, pues cabría realizar otra menos dañosa” (Bacigalupo, Derecho penal. Parte general, 1999, pág. 369).

C) Falta de provocación suficiente.

Este requisito ha generado grandes controversias, ya que en la teoría es una cosa y en la práctica otra totalmente distinta; pero para que quede claro, esta provocación consiste

básicamente en un estímulo de una agresión antijurídica que no sea producida totalmente sin responsabilidad del agredido antijurídicamente; así es lógico pensar que se excluyen las acciones o provocaciones de ebrios, enfermos mentales, niños, pues no hay problema con la intencionalidad o no de la provocación (Bacigalupo, Derecho penal. Parte general, 1999).

Roxin (1997, pág. 608), por su parte, plantea que “el derecho a la legítima defensa actualmente vigente se basa en dos principios: la protección individual y la prevalencia del Derecho”. Quiere decir esto que la legítima defensa reconoce siempre que la acción típica sea necesaria para impedir una agresión antijurídica a un bien jurídico individual (Ibídem); la legítima defensa es para el "particular un derecho protector duro y enraizado en la convicción jurídica del pueblo".

De lo anterior se desprenden ciertos efectos interesantes para la legítima defensa, como por ejemplo que los bienes jurídicos de la comunidad no se pueden relacionar a la legítima defensa, ya que la comunidad no es un “otro”; porque de ser así entonces, cada persona podría instituirse como policía y así terminar con el privilegio de la violencia legítima que ejerce el Estado. "Por ello por regla general el ciudadano no puede hacer frente con la legítima defensa a una perturbación del orden público..., en la medida en que no sean simultáneamente lesionados sus derechos" (Roxin, Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, 1997, pág. 608)

Así mismo, el derecho a defender a terceros será reconocido únicamente en la medida en que el agredido quiera ser defendido; si éste no lo quiere, no es obligatoria su defensa; si el lesionado no quiere frenar o impedir la agresión pese a que tanto jurídica como

materialmente podría tomar esa decisión, tampoco tendrá un tercero derecho a imponer su auxilio y defender al otro (Roxin, Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, 1997).

Y, contra una tentativa inidónea, aunque sea punible, no cabe legítima defensa, pues la misma no pone en peligro ningún bien jurídico individual (Roxin, Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, 1997, pág. 608)

También sostiene este maestro, que al ser permitida por el legislador la defensa necesaria orientada a la protección del particular, persigue un fin de prevención general; ya que puede decirse que ansía un orden legal que proteja los bienes jurídicos individuales así no estén presentes los órganos estatales que garantizarían esa defensa (Roxin, Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, 1997).

Roxin manifiesta que “toda agresión repelida en legítima defensa pone de manifiesto que no se vulnera sin riesgo el ordenamiento jurídico y estabiliza el orden jurídico. A esa intención preventivo general es a lo que se alude cuando se habla del "prevalencimiento del Derecho" o de la "afirmación del Derecho" como idea rectora del derecho de legítima defensa” (Roxin, Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, 1997, pág. 609). También se debe al principio del prevalencimiento del Derecho el que se conceda la protección individual no sólo dentro del marco de la proporcionalidad, sino en principio con independencia de ello, de tal manera que el daño causado puede ser considerablemente mayor que el que se impide "Por último, las agresiones contra bienes jurídicos menos valiosos también constituyen simultáneamente agresiones

contra el ordenamiento jurídico como tal, que el que actúa en legítima defensa co-defiende simultáneamente" (Ibídem).

4.2. Legítima defensa y Corte Suprema de Justicia

La legítima defensa, proviene desde las épocas clásicas del Derecho penal. Se encuentra establecida en el código colombiano (ley 599 de 2.000, artículo 32), y significa la ausencia de responsabilidad para quien desarrolla el comportamiento prohibido por la ley, cuando obra en determinadas circunstancias que lo eximen de ser penado. Se define como el derecho de obrar en orden a proteger un bien jurídicamente tutelado, personal o de un tercero, ante el riesgo que deviene de una agresión antijurídica, actual o inminente, no resuelta racionalmente por vía distinta de la repulsa violenta, siempre que el medio empleado sea proporcional a la agresión.

El artículo 32 del Código Penal. Reza:

Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:

6. Se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión. Se presume la legítima defensa en quien rechaza al extraño que, indebidamente, intente penetrar o haya penetrado a su habitación o dependencias inmediatas

La Corte Suprema de Justicia (2002), con el radicado 11679, estableció que para admitir la legítima defensa, se requiere la concurrencia de cinco elementos:

- a) Que haya una agresión ilegítima, es decir, una acción antijurídica e intencional, de puesta en peligro de algún bien jurídico individual (patrimonio económico, vida, integridad física, libertad personal).
- b) Que sea actual o inminente. Es decir, que el ataque al bien jurídico se haya iniciado o inequívocamente vaya a comenzar y que aún haya posibilidad de protegerlo.
- c) Que la defensa resulte necesaria para impedir que el ataque injusto se materialice.
- d) Que la entidad de la defensa, sea proporcionada, tanto en especie de bienes y medios, como en medida, a la de la agresión.
- e) Que la agresión no haya sido intencional y suficientemente provocada. Es decir que de darse la provocación, ésta no constituya una verdadera agresión ilegítima que justifique la reacción defensiva del provocado.

Todos los casos de legítima defensa, no pueden ser tenidos en cuenta, ya que por factores subjetivos, el agente que repele el ataque puede estar obrando fuera de los parámetros de este tipo de justificación. El tribunal de casación colombiano, indicó los criterios que diferencian la legítima defensa pura y simple y la defensa putativa o subjetiva.

La legítima defensa se considera como causal excluyente de la antijuridicidad porque la conducta de quien obra en defensa de un derecho propio o ajeno, contra una agresión que es injusta, actual o inminente, no es pasible de juicio de reproche dado que en esas condiciones se afirma que el hecho es justificado; en cambio, en el error de prohibición no es acertado hablar de legítima defensa, sino de defensa putativa o supuesta, porque quien actúa lo hace bajo el errado convencimiento de que ha sido objeto de una injusta agresión, cuando en realidad no ha existido un ataque injusto, actual o inminente, luego la conducta del agente está determinada por una deformación de la verdad que da lugar a excusar la responsabilidad, pero siempre y

cuando el error sea invencible, dado que si fuere “vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa” (Corte Suprema de Justicia, 2007; 2015).

5. Una nueva visión sobre los elementos de la legítima defensa en el delito del feminicidio

Así las cosas, es claro que la doctrina y la jurisprudencia han diseñado los elementos que componen la legítima defensa de un derecho propio o ajeno; categorías éstas que deben ser tenidas en cuenta a la hora de enjuiciar una conducta basada en dicho eximente de responsabilidad penal. Veamos de qué manera afecta la nueva concepción del delito de feminicidio y el bien jurídico tutelado de género a estos elementos.

De acuerdo a la descripción típica del artículo 104 B del Código Penal, el cual fue incluido por la Ley 1751 de 2015, se incurre en feminicidio cuando se está en dos diferentes supuestos de hecho, independientes del sujeto activo productor de la conducta:

- Por razones de odio hacia el género femenino¹⁶, ya sea que la persona sea biológicamente un mujer, o cuando pese a ser biológicamente hombre, su ser psicológico es femenino.
- Cuando existe ciclo anterior de violencia contra la mujer víctima al interior del hogar, de su lugar de trabajo o cualquier otra situación que lo configure.

¹⁶ Aunque no queda claramente definido en el texto de la reforma, el odio es el componente básico de la conducta de quien termina con la vida de una mujer, y esta conclusión se desprende de la interpretación teleológica que se debe hacer en razón a la intención que tuvo el legislador al momento de tipificar esta conducta como autónoma del delito de homicidio, y claramente identificable en la exposición de motivos de la ley, como ya se ha venido diciendo a lo largo de esta investigación.

En estas condiciones, la agresión actual o inminente debe ser analizada, no solo desde la acción propiamente dicha, es decir, del momento en que es agredida la mujer posible víctima de feminicidio (*ex ante*), sino en el contexto de vida de la víctima, quien ha vivido un ciclo de violencia física, sexual, de subordinación económica o de poder. Así, *la legítima defensa de la mujer frente al feminicidio, respecto del elemento de agresión, debe ser vista desde la agresión actual o inminente, en el contexto de la violencia contra la mujer en que haya sido víctima quien defiende su derecho a la vida.*

Respecto de la necesidad de la defensa y proporcionalidad en los instrumentos utilizados, frente al primero, con la simple comprobación del ciclo de violencia contra la mujer víctima de la acción feminicida, se cumple con este presupuesto; sobre el segundo, se debe observar la equiparación de fuerzas que debe utilizar la mujer, ya que, como se vio en el capítulo primero, biológicamente la mujer tiene una desventaja física sobre la corporalidad del hombre, razón por la cual, los instrumentos que ella pueda utilizar para repeler el ataque feminicida, deben ser evaluados a la luz de ese menoscabo corporal. No se podría negar que una mujer que le quitó la vida a su compañero sentimental, utilizando para ello un arma corto punzante, lo hizo con exceso de fuerza o utilizando un instrumento que desproporcionó la acción, ya que ella solo sufrió heridas a la altura de su cuello, fruto de la asfixia mecánica que producía este con sus manos, más cuando existía contexto de violencia contra la mujer.

Sobre la ausencia de provocación del sujeto pasivo víctima de la agresión, este elemento debe ser omitido de su análisis, ya que quien sufre de violencia contra la mujer, se encuentra en alto grado de vulnerabilidad frente a la garantía de sus derechos, en muchos casos ejercida por la dominación que realiza el hombre por la mujer, razón por la cual, cualquier situación

puede ser entendida como provocación de ella sobre él, y se convertiría en excusa directa para deslegitimar la defensa del propio derecho.

Pero, ahora bien, también se puede pensar en que esa legítima defensa se dé en ese continuum de violencia, y que la mujer no se defiende en ese mismo instante de la agresión, sino que por las mismas faltas de garantías que el Estado debería ofrecer, ella se defiende y repele el ataque días o meses después. Se tendrían que entrar a analizar esos continuum de violencias y las clases de violencia ejercidas hacia la mujer, pero para criterio de la tesista si podría presentarse una legítima defensa de un derecho propio.

En conclusión, este tema del feminicidio abre las puertas para un gran debate penal sustancial y procedimental, ya que con su tipificación como delito autónomo se traen nuevas perspectivas y condiciones sociales que deben ser tenidas en cuenta para la aplicación penal de este delito.

CONCLUSIONES

- La violencia es una interacción humana que se exterioriza por medio de diferentes conductas o situaciones que, ya sean de manera deliberada, aprendida o mimética, producen o amenazan con generar daño o sometimiento grave, ya sea físico, sexual, verbal o psicológico, a un individuo o a un grupo de individuos.
- Existen tres tipos de violencia: la directa, o la física y verbal, que se detecta por los sentidos; la violencia estructural, la cual es generada por factores como la injusticia

y la desigualdad entre los seres humanos; y, la violencia cultural, que es generada y materializada por medio del ejercicio de creencias religiosas, ideológicas, el uso del lenguaje, el arte y las ciencias, etc.

- El género es el conjunto de características diferenciadas que cada sociedad asigna a hombres y mujeres, es una construcción social que cada sociedad asigna a las dos especies humanas, excluyéndose así la afirmación que la separación de roles es generada por las diferencias biológicas inherentes a estos dos sujetos.

- Mujer es el ser humano cuyo sexo recae al femenino, aclarando que esto es un aspecto meramente biológico. Esta definición se orienta exclusivamente en la forma de distinción entre hombres y mujeres en razón a los órganos que componen el cuerpo fisiológico de cada uno de ellos, pero que en el fondo, las diferencias van más allá del mero aspecto físico y de la diferenciación de los órganos reproductivos y de su funcionalidad.

- Violencia de género es un tipo de violencia física o psicológica que se ejerce en contra de cualquier persona, por razón de su sexo o género, cuyos efectos son la afectación de manera negativa de la identidad del afectado, así como su bienestar social, físico y psicológico.

- La violencia contra las mujeres, siempre ha sido una violencia invisible, que se presenta la mayoría de veces en el ámbito privado, es decir, con respecto a las

relaciones sentimentales; pero no se descarta que también existe violencia laboral, sexual, de subordinación, económica, que a lo largo de los años se ha venido legitimando más y más.

- La palabra feminicidio hace referencia a la muerte y ejecución de violencia extrema en contra de las mujeres por el hecho de serlo y se trata de una categoría política que ha sido acuñada por movimientos feministas y organizaciones internacionales para nombrar y reconocer los maltratos y daños ocasionados a las mujeres en un sistema de dominación masculina y desigualdad en las esferas públicas y privadas de las mujeres.
- Monárrez y Lagarde toman como base de su estudio sobre el feminicidio, la teorización de Russel y Radford, sosteniendo que la violencia contra la mujer se convierte en extrema cuando se comete la muerte de una de ellas por su condición de género, derivado de la misoginia y la rivalidad sexista del hombre hacia la mujer.
- El feminicidio ha venido presentando diversos cambios desde el año 2008 al año 2015, unos de carácter de técnica legislativa como son la descripción de las acciones que constituyen el delito autónomo, así como las circunstancias que agravan la pena.
- Con la tipificación del delito de feminicidio como delito autónomo se entra a estudiar la posibilidad de la existencia de un nuevo bien jurídico tutelado: el género, por medio del cual se busca la protección de la mujer y así mismo se busca la erradicación y eliminación de todas las formas de violencia que recaen sobre ella.

- La autonomía del delito de feminicidio también plantea interrogantes frente a las causales de justificación del código penal Colombiano, específicamente, la legítima defensa. Es bien sabido que faltan garantías estatales que le permitan a las mujeres vivir sin violencias, y que por ello de una u otra manera deben defenderse, es en este punto en donde se examina la legítima defensa.

Referencias bibliográficas

Aguilar, I., Rodríguez-Shadow, M., & Molinari, M. (2004). Procesos de significación de roles en la sociedad chatina. En J. Cháves Carapia, *Perspectiva de género* (págs. 161-181). México DF: Plazas Valdes.

Arocena, G., & Cesano, J. (2014). *El delito de femicidio. Aspectos político-criminales y análisis dogmático-jurídico*. Montevideo: B de F Montevideo - Buenos Aires.

Atencio, G. (02 de 09 de 2014). *Feminicidio-femicidio: un paradigma para el análisis de la violencia de género*. Obtenido de www.femicidio.net:

http://www.feminicidio.net/index.php?option=com_content&view=article&id=67&Itemid=8

- Bacigalupo, E. (1999). *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Bacigalupo, E. (1999). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Banco Mundial. (1993). *World Development Report: Investing in Health*. Nueva York: Oxford University Press.
- Beauvoieur, D., & Siomne. (2005). *El segundo sexo. Los hechos y los mitos*. Madrid: Cátedra.
- Bebel, A. (1879). *Woman and socialism*. New York: Socialist Literature Co.
- Bedel, A. (1977). *La ujer y el socialismo*. Madrid: AKAL.
- Berga, A. (2006). Jóvenes "latinos" y relaciones de género. En C. Feixa, Porzio, Laura, & C. Recio, *Jóvnnes latinos en Barcelona: espacio público y cultura gastronómica*. (págs. 215-222). Barcelona: Anthropos.
- Blanco Nieto, P., & Ruiz-Jarabo Quemada, C. (2002). Prevención de violencia contra las mujeres. En M. Serrano González, *Educación para la salud del siglo XXI: comunicación y salud* (págs. 307-330). España: Diaz de Santos.
- Blanco, P. (2004). *La violencia contra las mujeres: prevención y detección, cómo promover desde los servicios sanitarios relaciones autónomas, solidarias y gozosas*. Madrid: Ediciones Díaz de Santos.
- Borrero, C. (2014). *Explorando la sociología jurídica. Una propuesta de cátedra participativa*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia - Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales - UNIJUS.
- Bourdieu, P. (2000). *La dominación masculina*. (J. Jordá, Trad.) Barcelona: Aragrama.
- Calderon, P. (2009). Teoría de conflictos de Johan Galtung. *Revista Paz y Conflictos*(2), 60-81.

- Carcedo, A., & Sagot, M. (2000). *Femicidio en Costa Rica 1990-1999*. Obtenido de <http://mujeresdeguatemala.org/wp-content/uploads/2014/06/Femicidioen-Costa-Rica.pdf>
- Castellanos, G. (1995). ¿Existe la mujer? Género, lenguaje y Cultura. En L. Arango, M. León, & M. Viveros, *Género e identidad* (págs. 39-59). Bogotá: Tercer Mundo Editores.
- Castillo, E. (2007). *Feminicidio. Mujeres que mueren por violencia intrafamiliar en Colombia*. Bogotá: Torre Blanca.
- Congreso de la República. (2006). *Gaceta No. 561*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Congreso de la República. (2012). *Gaceta del Congreso No. 488*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Congreso de la República. (2012). *Gaceta No. 488*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Congreso de la República. (2013). *Gaceta del Congreso No.733*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Congreso de la República. (2013). *Gaceta No. 773*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Congreso de la República de Colombia. (1998). *Gaceta del Congreso No. 139, 6 de agosto*. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. (1998). Proyecto de ley número 40 de 1998 Senado. Por la cual se expide el Código Penal. *Gaceta del Congreso*(139), págs. 56-74.
- Corte Suprema de Justicia. (2002). *Sala de Casación Penal, radicado 11679, del 26 de junio*. Bogotá: MP. Arboleda Ripoll, F.
- Corte Suprema de Justicia. (2007). *Sala de casación penal, radicado 27910 del 29 de agosto*. Bogotá: MP. González de Lemos, M.
- Corte Suprema de Justicia. (2013). *Sala de Casación Penal. Sentencia del 30 de enero, radicado 40336*. MP. Castro Caballero, F.
- Corte Suprema de Justicia. (2015). *Sala de casación penal, radicado 42273 del 18 de febrero*. Bogotá: MP. González de Lemos, M.

- De Celis, E. (2011). Prevención de la violencia de género. En J. Pérez, & A. Escobar, *Perspectivas de la violencia de género* (págs. 73-93). Madrid: Grupo 5.
- De Vega Ruiz, J. (1999). *Las agresiones familiares en la violencia doméstica*. España: Arazandi.
- Facio, A. (1999). Hacia otra teoría crítica del derecho. En A. Facio, & Fries Lorena, *Género y Derecho* (págs. 201-233). España: American Univerity. Washington College of Law - Ediciones Lom.
- Fernández, J. (2011). *Derecho Penal. Parte General. Principios y categorías dogmáticas*. Bogotá: Ibañez.
- Ferrajoli, L. (1995). Derecho penal mínimo y bienes jurídico fundamentales. *Ciencias Penales. Revista de la asociación de ciencias penales de Costa Rica*(5), 2-8.
- Ferrajoli, L. (2005). *Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales*. Obtenido de http://www.juareztavares.com/textos/ferrajoli_bens_minimo.pdf
- Ferré Olivé, J. C., Núñez Paz, M. Á., & Ramírez Barbosa, P. A. (2010). *Derecho penal colombiano, parte general. Principios fundamentales y sistema*. Bogotá: Ibañez.
- Fisas, V. (1998). *Cultura de paz y gestión de conflicto*. Barcelona: Icaria Editorial-Unesco.
- Galtung, J. (1995). *Investigaciones teóricas. Sociedad y cultura contemporáneas*. Madrid: Técnos.
- Galtung, J. (2003). *Paz por medios pacíficos. Paz y conflicto, desarrollo y civilización*. (T. Toda, Trad.) Bilbao: Bakeaz.
- Gil Rodríguez, E., & Lloret, I. (2007). *Los derechos humanos y La violencia de género*. Barcelona: Editorial UOC.
- Heinamaa, S. (1997). Woman - Nature, product, Style? En L. Nelson, & J. Nelson, *Feminism, Science, and the Philosophy of Science*. Paises Bajos: Kluwer Academic Publishers.

- Huertas, O. (2013). Evolución y desarrollo del feminicidio. En O. Huertas Díaz, *Mirada retrospectiva al delito de feminicidio* (págs. 17-56). Bogotá: Ibañez.
- Huertas, O., & Jiménez, N. (2016). Feminicidio en Colombia: reconocimiento de fenómeno social a delito. *Pensamiento Americano*, 110-120.
- Huertas, O., Patiño, M., & Ruíz, A. (2015). Análisis de la problemática del feminicidio en un posible escenario del posconflicto. *Principia Iuris*, 186-215.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos. (2008). *Femicidio: más allá de la violación del derecho a la vida. Análisis de los derechos violados y las responsabilidades estatales en los casos de femicidio en Ciudad Juárez*. San José: IIDH.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos. (2013). *Situación de los derechos humanos de la población históricamente discriminadas en Costa Rica*. San José: IIDH.
- Jakobs, G. (1995). *Derecho penal, Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons.
- Jakobs, G. (1996). *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Jaramillo, I. (2000). La crítica al derecho. En R. West, *Género y teoría del derecho* (págs. 25-66). Bogotá: Uniandes - Instituto Pensar - Siglo del Hombre Editores.
- Kilmartin, C., & Alison, J. A. (2007). *Men's violence against women: theory, research and activism*. Routledge: Lawrence Erlbaum Associates, Inc.
- Lagarde de los Rios, M. (2008). Antropología, feminismo y política: violencia feminicida y derechos humanos de las mujeres. En M. Bullen, & C. Diez Mintegui, *Retos teóricos y nuevas prácticas* (págs. 209-239). Donostia: Ankulegi Antropologia Elkarte.
- Magallón, C. (2005). Epistemología y violencia. Aproximación a una visión integral sobre la violencia contra las mujeres. *Feminismo/s(6)*, 33-47.

- Monárrez, J. (2000). La cultura del feminicidio en Ciudad Juárez, 1993-1999. *Frontera Norte*, 12(23), 87-117.
- Monárrez, J. (2010). Las diversas representaciones del feminicidio y de los asesinatos de mujeres en Ciudad Juárez. 1993-2005. En J. E. Monárrez Fragosos, *Violencia contra la mujer e inseguridad ciudadana en Ciudad Juárez* (Vol. II, págs. 353-398). México: El Colegio de la Frontera Norte.
- Money, J. (1955). Hermaphroditism, gender and precocity in hyperadrenocorticism: Psychologic findings. *Bulletin of the Johns Hopkins Hospital*(96), 253-264.
- Monroy, A. (2002). La sexualidad en la adolescencia. En A. Monroy, *Salud y sexualidad en la adolescencia y juventud* (pág. 256). México: Pax.
- Munévar M., D. (2012). Delito de feminicidio. Muerte violenta de mujeres por razón de su género. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 14(1), 135-175.
- Muñoz, F. (2011). Protección de Bienes Jurídicos como Limite Constitucional al Derecho penal. En G. Quintero Olivares, & F. Morales Prats, *Comentarios al Código penal español* (pág. 561). Pamplona: Marcial Pons.
- Muñoz, F., & García, M. (2004). *Derecho Penal. Parte General*. España: Tirant Lo Blanch.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas Para los Derechos Humanos. (2002). *Derechos de la Mujer*. Bogotá: Nueva Ediciones Ltda.
- ONU. (2006). *Poner fin a la violencia contra la mujer. De las palabras los hechos. Estudio del Secretario General de Naciones Unidas*. New York: ONU.
- Organización de las Naciones Unidas. (1979). *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*.

- Organización Mundial de la Salud. (2013). *Estimaciones mundiales y regionales de la violencia contra la mujer: prevalencia y efectos de la violencia conyugal y de la violencia sexual no conyugal en la salud*. Organización Mundial de la Salud.
- Puleo, A. (2008). Introducción al concepto de género. En J. Plaza, & C. Delgado, *Género y comunicación* (págs. 13-32). Madrid: Fundamentos.
- Ramírez, C. (2008). "Concepto de género: Reflexiones". *Ensayos*(8), 307-314.
- Ramos, C. (2008). Veinte años de presencia: histografía sobre la mujer y el género en la historia de México. En L. Melgar, *Persistencia y Cambio: Acercamientos a la Historia de Las Mujeres en México* (págs. 31-54). México: El Colegio de México.
- Restrepo, J. (1998). *Codificaciones penales y realidad criminológica en Colombia*. Bogotá: USTA.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. Estructura de la teoría del delito* (Vol. I). (D.-M. Luzon Peña, M. Diaz y García Conlledo, & J. Remesal, Trads.) Madrid: Civitas.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. Estructura de la Teoría del Delito*. (D.-M. Luzon Peña, M. Diaz y García Conlledo, & J. Remesal, Trads.) Madrid: Civitas.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. (D.-M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo, & J. de Vicente Remesal, Trads.) Madrid: Civitas.
- Russel, D. E., & Harmes, R. (2006). *Feminicidio: una perspectiva global*. México: UNAM.
- Russel, D. E., & Radford, J. (2006). *Feminicidio: una perspectiva global*. México: UNAM.
- Sánchez, O. (2010). *¿Será que a las mujeres nos matan porque nos aman? Feminicidios en Colombia 2002-2009*. Bogotá: G2 Editores.

- Stolke, V. (1996). Antropología del género. El cómo y el para qué de las mujeres. En J. Prat, & A. Martínez, *Ensayos de Antropología Cultural. Homenaje a Claudio Esteva-Fabregat* (págs. 335-344). Barcelona: Ariel.
- Stoller, R. (1964). A Contribution to the Study of Gender Identity. *International Journal of Psychoanalysis*(45), 220-226.
- Toledo Vásquez, P. (2009). *Feminicidio*. México: OACNUDH.
- Tuñón, P. (2000). Género. En L. Baca Olamendi, *Léxico de la Política*. México: FLACSO.
- United Nations High Commissioner for Refugees. (2003). *Sexual and Gender-Based Violence against Refugees, Returnees and Internally Displaced Persons: Guidelines for Prevention and Response*. NY: UNHCR.
- Velásquez, F. (2010). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Velásquez, F. (2013). *Delitos contra la vida y la integridad personal*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Vera, R. (2012). Feminicidio, un problema global. *Jurídicas CUC*, 8(1), 35-56.
- Von Litz, F. (2007). *Tratado de Derecho Penal*.
- Welzel, H. (1956). *Derecho Penal. Parte General*. (C. Fontán Balestra, Trad.) Buenos Aires: Depalma.
- West, R. (2000). *Género y teoría del derecho*. Bogotá: Uniandes - Intituto Pensar - Siglo del Hombre Editores.
- World Health Organization. (15 de 09 de 2014). *What do we mean by "sex" and "gender"*.
Obtenido de World Health Organization: World Health Organization
- Zaffaroni, E., Alagia, A., & Sloka, A. (2002). *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Ediar.

Zaffaroni, E., Alagia, A., & Slokar, A. (2005). *Manual de Derecho Penal. Parte General*.

Buenos Aires: Ediar.