

Feminicidio y derecho penal*

Femicide and criminal law

Feminicídio e direito penal

FECHA DE RECEPCIÓN: 2014/10/15 FECHA CONCEPTO EVALUACIÓN: 2015/01/28 FECHA DE APROBACIÓN: 2015/03/22

Farid Samir Benavides Vanegas

Doctor en Ciencia Política.
Director del Área de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología,
Facultad de Derecho, Universidad de los Andes,
Bogotá, D. C., Colombia.
fs.benavides@uniandes.edu.co

Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo: Benavides, F. S. (2015). Feminicidio y derecho penal. *Revista Criminalidad*, 57 (1): 75-90.

RESUMEN

El delito de homicidio tiene un agravante, que se configura cuando se comete por el hecho de ser mujer. En Colombia, solo hasta el 4 de marzo del 2015 la Corte Suprema de Justicia se ocupó por primera vez de un caso, en el cual se daba aplicación al agravante, mediante la determinación de los elementos que son importantes para su configura-

ción. Se analiza el concepto de feminicidio, dentro de un contexto más amplio de violencia contra la mujer, al igual que los conceptos de violencia de género, de violencia contra la mujer y, finalmente, violencia sexual y feminicidio, todo ello con el propósito de mostrar los diferentes elementos que están alrededor de este fenómeno.

PALABRAS CLAVE

Derecho penal, violencia de género, violencia contra las mujeres, derechos de las mujeres, feminicidio (fuente: Tesouro de política criminal latinoamericana - ILANUD).

* Este texto es parte del proyecto “La respuesta institucional a la violencia contra las mujeres en Colombia: entre cifras y ficciones”, financiado por la Universidad del Valle y la Universidad de los Andes, como resultado de la convocatoria para financiar proyectos de investigación en el área de estudios de género. Agradezco la ayuda de las estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes Gabriela Duque, Tatiana García, Ximena Dávila, Lina Carrero y Juliana Laguna, quienes hicieron un excelente trabajo de investigación documental.

ABSTRACT

Homicide as a crime has an aggravating factor when it is committed simply and solely when and because the victim is a woman. In Colombia, only until March 4 2015 the Supreme Court of Justice for the first time took into account a case where the application of this aggravating factor took place, by determining the elements that are essential in the configuration of this type of crime. The recently introduced concept of femicide (“the killing of a woman”

as opposed to homicide, i.e. ‘the killing of a man’) is analyzed within a broader concept of violence against women, just as other notions of gender-based violence, and, ultimately, sex-and/or-gender-oriented violent conducts and murder, all this for the purpose of revealing the different elements lying around and behind the femicide phenomenon afflicting us today.

KEY WORDS

Criminal law, gender-based violence, violence against women, women’s rights, femicide/feminicide (Source: Tesouro de política criminal latinoamericana - ILANUD).

RESUMO

O crime do homicídio tem um agravante, que é configurado quando é cometido pelo fato de ser mulher. Na Colômbia, só até o 4 de março de 2015 o Supremo Tribunal de Justiça ocupou-se pela primeira vez de um caso, no qual aplicava-se o agravante, por meio da determinação dos elementos que são importantes para sua configuração. O

conceito do feminicídio é analisado, dentro de um contexto mais amplo da violência contra a mulher, assim como os conceitos da violência de gênero, da violência contra a mulher e, finalmente, a violência sexual e feminicídio, tudo a fim de mostrar os diferentes elementos que tem relação com este fenômeno.

PALAVRAS - CHAVE

Direito penal, violência de gênero, violência contra as mulheres, direitos das mulheres, feminicídio (fonte: Tesouro de política criminal latinoamericana - ILANUD).

Introducción

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha denunciado cómo las mujeres en Colombia enfrentan una grave situación de violencia, de discriminación y de altos niveles de pobreza y exclusión. En Colombia, las mujeres no son solo víctimas del conflicto armado, sino también de formas de violencia común, que afectan su seguridad y que les impide ejercer plenamente sus derechos. Entre los años 2002 y 2009, de acuerdo con Sánchez (2010), el número de homicidios de mujeres era de 2.283 en el 2002 (8 % de todos los homicidios), y en el 2009, de 1.523 (8,6 % de todos los homicidios). Estos datos nos muestran solo la violencia directa o física, pero no sabemos nada, por estas cifras, de los actos de violencia simbólica, económica o estructural en contra de las mujeres colombianas.

De acuerdo con los datos de la Policía Nacional, en el 2003 los homicidios contra mujeres fueron 1.852 (de 22.518 homicidios en total, o sea, el

8,22 %), en tanto que en el 2013 llegaron a ser 1.191 (de 14.968 homicidios en total, es decir, el 7,95 %). La diferencia no es sustancial en relación con las cifras presentadas por las organizaciones de mujeres. Pero las cifras de la Policía Nacional nos permiten ver otro tipo de datos de suma importancia. Así, en el último año se cometieron más delitos de homicidio contra las mujeres en las ciudades de Cali (133) y Bogotá (129). El arma más utilizada ha sido la de fuego (739 homicidios), seguida del arma blanca (292) y la contundente (108). En cuanto a la modalidad, en el 2013 fueron atacadas por las bandas criminales 24 mujeres, y 16 por los grupos guerrilleros (en el 2003 las guerrillas atacaron 102 mujeres). Han muerto más mujeres por riña (407), sicariato (sic) (391), asfixia (44), en atracos (50) y por degollamiento (23). El domingo fue el día en el que más mujeres murieron (222), y el jueves, en el que menos lo hicieron (149). Y las causas principales fueron el ajuste de cuentas

(219), los problemas pasionales (187), los problemas personales (309) y la intolerancia social (111)¹.

Es difícil determinar cuántos de estos homicidios fueron actos de feminicidio, pero sí es posible establecer que en un porcentaje alto se han dado fallas en la protección por parte del Estado, pues en varios casos se trataba de mujeres víctimas de lesiones personales y de actos de violencia doméstica, en los que la protección que las víctimas necesitaban no fue prestada².

En un estudio de la Corporación Humanas se presenta un análisis diferente, que permite no solo establecer la modalidad de acción, sino quiénes son los principales perpetradores:

De acuerdo con la información consignada por el INMLCF (Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses), en el período 2002-2009 se registraron 627.610 hechos de violencia en contra de las mujeres. A diario, 245 mujeres colombianas fueron víctimas de alguna forma de violencia. Por violencia de pareja, 101 mujeres; por lesiones personales, 100 mujeres; por violencia sexual, 40 mujeres, y 4 mujeres fueron asesinadas. En síntesis, cada minuto 6 mujeres fueron víctimas de algún tipo de violencia. Al analizar estos hechos de violencia en contra de las mujeres de acuerdo con el agresor, se pudo establecer que en los casos de violencia de pareja son sus esposos, compañeros o exesposos los principales responsables. En los casos de violencia sexual los principales agresores son los familiares, la pareja y los amigos cercanos. Y en el contexto del conflicto armado la fuerza pública es el principal posible agresor. Así mismo, más del 40 % de las mujeres asesinadas, en el periodo analizado, murió a manos de sus familiares y en circunstancias de violencia interpersonal (venganzas, ajustes de cuentas, riñas y delitos sexuales). La situación que refleja este conjunto de estadísticas permite establecer que el hogar es uno de los espacios más inseguros para las mujeres, en él se encuentra en peligro su integridad y su vida. Al consolidar los datos para el periodo 2005-2009, se registró la muerte de 864 mujeres a manos de la fuerza pública, la insurgencia y los paramilitares (correspondiente al 7,2 % sobre el total de homicidios en contra de las mujeres reportados para el mismo periodo), siendo las fuerzas armadas y de policía las principales responsables, muy por enci-

ma de los grupos guerrilleros y de las organizaciones paramilitares (Sánchez, 2010: 84).

Según el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, las cifras para el año 2013 son las siguientes: se presentaron 14.294 homicidios, para una tasa de 30,33 por cada 100 mil habitantes, de los cuales 1.163 fueron mujeres. En cuanto a las lesiones no fatales, la violencia interpersonal presentó 158.798 casos, para una tasa de 337 x 100 mil habitantes. La violencia intrafamiliar tuvo 68.230 casos y una tasa de 144,8 x 100 mil habitantes, y los exámenes por presuntos delitos sexuales –lo que no significa que en todos los casos se haya concluido que se dio la comisión de uno de estos– fueron de 20.739 y una tasa de 44,01 x 100 mil habitantes.

En cuanto a la violencia de pareja en el 2013, 44.743 personas resultaron víctimas de este tipo de violencia, de las cuales 39.020 fueron mujeres. La mayor parte de los casos se presentaron en el rango de 25 a 29 años de edad (9.726 casos). De los agresores se estableció que en su mayor parte fueron el compañero (20.126) y el excompañero (9.223).

Pese a que nos brindan la ilusión de los números, las estadísticas oficiales no nos dicen nada acerca de la naturaleza del acto, solo nos informan que el delito ha sido cometido en contra de una mujer, pero no tenemos forma de determinar, con base en esos datos, que el hecho ha sido cometido por el hecho de ser mujer, tal y como lo dispone el art. 26 de la Ley 1257 de 2008, que adiciona el art. 104 de la Ley 599 de 2000 (Código penal colombiano). Además, en estas cifras se observa también una confusión entre las distintas clases de violencia, de género, contra las mujeres y sexual.

En este texto se quiere dar respuesta a las siguientes preguntas: ¿Qué es la violencia contra las mujeres? ¿Cuál ha sido la reacción del Estado colombiano frente a actos de violencia contra la mujer? ¿Cómo un acto de feminicidio constituye uno de violencia contra la mujer? ¿Cómo distinguir el feminicidio de un acto de homicidio en donde la víctima es una mujer? Todas estas preguntas parten de la base de que la violencia contra la mujer es compleja, y que el feminicidio es solamente el acto más extremo de violencia, pero no la única forma que se encuentre contra la mujer.

Violencia de género y violencia contra las mujeres

Los estudios sobre la seguridad ciudadana se han ocupado de mostrar cómo las mujeres están en más peligro en sus casas que en las calles. El sesgo

1 Agradezco a los revisores anónimos el haberme proporcionado estas cifras, de la Dirección de Investigación Criminal e Interpol de la Policía Nacional de Colombia.

2 Sobre la caracterización del feminicidio en la ciudad de Medellín, vid. Vélez (2012).

machista de las estadísticas sobre seguridad ciudadana hace que se mida con más frecuencia el delito callejero, y se dejan invisibilizadas otro tipo de inseguridades, como la violencia contra la mujer (PNUD, 2010). Como lo muestra Naredo, en la producción de datos oficiales se obvia una perspectiva de género, y se adoptan de manera equivocada cuatro aspectos, que esta autora denomina mitos: la confusión de las necesidades del hombre propietario con las del ciudadano/a tipo; la suposición de que lo público es inseguro y lo privado seguro, de modo que solo se persigue el delito callejero; la identificación entre exclusión social y peligrosidad, con lo cual la atención se concentra en los sectores más vulnerables, que terminan siendo definidos como delincuentes, y la confianza absoluta en los datos oficiales para la determinación de la política pública, pese al hecho de sus limitaciones. Esto no significa que se formule la política sin datos, sino todo lo contrario, obliga a que tengamos mejores sistemas de información para lograr una mejor política pública (Naredo, 2009).

Son diversas las formas como puede afectarse la seguridad de las mujeres. La violencia física en contra de ellas es uno de los extremos, pero el espectro de violencia está dado por actos como el acoso sexual o el laboral, la violencia intrafamiliar o la sexual, la trata de mujeres, la prostitución forzada y el feminicidio. Todos estos hechos se caracterizan por el ejercicio de actos de violencia, y por darse dentro del marco de una relación de subordinación y de dominación. La violencia de género es un elemento constitutivo para el mantenimiento y la reproducción de los privilegios masculinos, y la subordinación de las mujeres. En ese sentido, la violencia doméstica es un problema de género, no solo por sus víctimas, sino por su contribución a esa estructura de dominación.

Para Rico (1996: 7), la violencia de género está vinculada a la desigual distribución del poder y a las relaciones asimétricas que se establecen entre varones y mujeres en nuestra sociedad. Esta violencia perpetúa la desvalorización de lo femenino y su subordinación a lo masculino. La cuestión de la vulnerabilidad es central para entender esta clase de violencia y poder distinguirla de otro tipo de agresiones.

La forma más extrema de la violencia de género es el feminicidio o femicidio. El término fue introducido públicamente por Diane Russell, en su testimonio sobre los asesinatos de mujeres ante el Tribunal Internacional sobre Crímenes contra las Mujeres, que sesionó en Bruselas en 1976. Tiempo después Radford & Russell (1992) lo definieron como “el asesinato misógino de mujeres cometido por hom-

bres”, y fue considerado por Radford como una forma de violencia sexual. En el año 2001, Russell lo definió como el asesinato de mujeres por hombres por el solo hecho de ser mujeres, pero destacó que se cometía en contextos de relaciones desiguales entre los dos sexos.

De acuerdo con Caputi & Russell (1992: 15), el *feminicidio* está en el extremo de una serie continua de terror contra las mujeres, que incluye una amplia variedad de abuso verbal y físico, tal como la violación, la tortura, la esclavitud sexual (particularmente en la prostitución), el abuso infantil incestuoso y extrafamiliar, la agresión física y emocional, el hostigamiento sexual (en el teléfono, en las calles, en la oficina y en la sala de clase), la mutilación genital (cliterectomía, supresión, infibulación), las operaciones ginecológicas innecesarias (histerectomías gratuitas), la heterosexualidad forzada, la maternidad forzada (criminalización de la contracepción y el aborto), la negación de alimentos a las mujeres en algunas culturas, la cirugía cosmética, y otras mutilaciones en nombre de la belleza. Siempre que estas formas de terrorismo den lugar a la muerte, se convierten en feminicidios³.

El feminicidio, como se ha visto, es una forma extrema de violencia contra la mujer. La cuestión es qué entendemos por violencia contra la mujer. Para poder comprender su significado podemos acudir a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, de 1994 (incorporada en la legislación colombiana mediante la Ley 348 de 1995), también conocida como Convención de *Belem do Pará* (en adelante la Convención), en donde se define la violencia contra la mujer.

La Convención parte de la base de que la violencia contra las mujeres constituye una violación de los derechos humanos, y que limita total o parcialmente a la mujer en el reconocimiento, goce y ejercicio de sus derechos. Considera que es una violación de la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder desiguales entre hombres y mujeres. Basado en lo anterior, el art. 1.º de la Convención la define de la siguiente manera:

3 Las formas de feminicidio que la literatura presenta son: feminicidio íntimo: aquellos asesinatos cometidos por hombres con quienes la víctima tenía o tuvo una relación íntima, familiar, de convivencia, o afines a estas; feminicidio no íntimo: asesinato cometido por hombres con quienes la víctima no tenía relaciones íntimas, familiares, de convivencia o afines a estas. Con frecuencia, este feminicidio involucra un ataque sexual previo, y feminicidio por conexión: hace referencia a las mujeres que fueron asesinadas “en la línea de fuego” de un hombre tratando de matar a una mujer. Son los casos de mujeres, niñas, parientas que intervinieron para evitar el hecho, o que, simplemente, fueron atrapadas en la acción del feminicida (Barcaglioni & Cisneros, 2007).

Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.

Y luego, en el art. 2.º, establece:

Se entenderá que la violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:

- a) *Que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual;*
- b) *Que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y*
- c) *Que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, dondequiera que ocurra.*

Desde el año 1993 se tienen cifras de una violencia extrema en contra de las mujeres de Ciudad Juárez. La respuesta estatal fue inexistente, y en más de una ocasión se culpó a la víctima, justificando su muerte acudiendo al calificativo de prostituta (Santillán & Varea, 2008: 9). El caso de los asesinatos de Ciudad Juárez fue llevado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para que se declarara la responsabilidad del Estado mexicano por el incumplimiento de sus obligaciones de respeto y de garantía de los derechos humanos de las mujeres. El caso fue decidido por la Corte, y condenó al Estado mexicano por no cumplir con sus obligaciones de prevenir, investigar y sancionar estos crímenes.

En el caso González y otras (conocido como Caso Campo Algodonero), la Corte Interamericana de Derechos Humanos decidió, en el año 2009, sobre el caso de feminicidios en Ciudad Juárez, en México, y en especial se ocupó de analizar la violencia contra la mujer dentro del contexto de la Convención. La Corte aclara que no todo hecho de violación de los derechos humanos constituye por sí mismo un acto de violencia contra la mujer. Sin embargo, lo será si se da dentro del marco de una cultura de discriminación en contra de las mujeres, y si se demuestra la existencia de un patrón de violencia contra las mujeres.

Para la Corte, la violencia contra las mujeres es una forma de discriminación, y es ello lo determinante al momento de configurarla como tal. En el

Caso Campo Algodonero, la Corte no solo da cuenta de los ataques en contra de las mujeres de Ciudad Juárez, sino que destaca la desidia del Estado para investigar estos hechos, y encuentra que esa negligencia es el resultado de una cultura de discriminación contra las mujeres. Afirmó la Corte en este caso:

390. *La Comisión señaló que “[e]s esencial entender el vínculo entre la violencia contra las mujeres y la discriminación que la perpetúa, para apreciar el alcance del deber de debida diligencia en el presente caso”. Según la Comisión, “actitudes discriminatorias contra las mujeres por parte de funcionarios estatales influenciaron en la investigación de estos asesinatos”.*

391. *Los representantes señalaron que “más allá de la violencia por su género, las niñas y las mujeres juarenses sufren una doble discriminación, ya que el origen humilde de Claudia, Laura y Esmeralda, como las niñas y mujeres asesinadas o que son reportadas como desaparecidas, así como de las madres y familias de estas mujeres, también genera una discriminación de clase social”. Añadieron que los daños generados por los hechos del caso “se intensifican porque tienen como causa mantener la desigualdad y la discriminación de las mujeres” y que “entre otras condiciones de vulnerabilidad, los daños se amplían pues la impunidad creada y propiciada desde el Estado [m]exicano sustenta y legitima los patrones de discriminación y violencia contra las mujeres”.*

(...)

395. *El CEDAW ha declarado que la definición de la discriminación contra la mujer “incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer [i] porque es mujer o [ii] que la afecta en forma desproporcionada”. El CEDAW también ha señalado que “[l]a violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre”.*

396. *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró en el caso Opuz vs. Turquía que “la falla del Estado de proteger a las mujeres contra la violencia doméstica viola el derecho de ellas a igual protección de la ley y esta falla no necesita ser intencional”. La Corte Europea consideró que aunque la pasividad judicial general y discriminatoria en Turquía no era intencional, el hecho de que afectaba principalmente a las mujeres permitía concluir que la violencia sufrida por la peticionaria y su madre podía considerarse violencia basada en género, lo cual es una forma de discriminación en contra de las mujeres.*

Para llegar a esta conclusión, el Tribunal aplicó el principio según el cual una vez que se demuestra que la aplicación de una regla lleva a un impacto diferenciado entre mujeres y hombres, el Estado debe probar que se debe a factores objetivos no relacionados con la discriminación. La Corte Europea constató que en el lugar en que vivía la peticionaria se presentaba el número más alto de víctimas de violencia doméstica, que las víctimas eran todas mujeres, que la mayoría de las víctimas eran del mismo origen y, además, que las mujeres víctimas enfrentaban problemas cuando denunciaban la violencia, como el hecho que los policías no investigaban los hechos sino que asumían que dicha violencia era un “tema familiar”.

397. En el caso del Penal Castro Castro Vs. Perú, la Corte señaló que las mujeres detenidas o arrestadas “no deben sufrir discriminación, y deben ser protegidas de todas las formas de violencia o explotación”, que “deben ser supervisadas y revisadas por oficiales femeninas”, que las mujeres embarazadas y en lactancia “deben ser proveídas con condiciones especiales”. Dicha discriminación incluye “la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada”, y que abarca “actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad”.

398. En el presente caso, el Tribunal constata que el Estado señaló ante el CEDAW que la “cultura de discriminación” de la mujer “contribuyó a que [los] homicidios [de mujeres en Ciudad Juárez] no fueran percibidos en sus inicios como un problema de magnitud importante para el cual se requerían acciones inmediatas y contundentes por parte de las autoridades competentes”. Además, el Estado también señaló que esta cultura de discriminación contra la mujer estaba basada “en una concepción errónea de su inferioridad” (supra párr. 132).

Para la Corte, los siguientes elementos permiten calificar los asesinatos como homicidios cometidos por razones de género: el contexto, pues en Ciudad Juárez se daba una situación de violencia contra la mujer, que había sido reconocida por el Estado y que reconocía que los homicidios eran influenciados por una cultura de discriminación contra la mujer; el perfil de las víctimas, pues eran mujeres jóvenes, de escasos recursos, trabajadoras o estudiantes, como muchas de las víctimas de Ciudad Juárez, y la modalidad de los crímenes, pues las jóvenes fueron desaparecidas en un campo algodonerero, y se había probado que sufrieron graves agresiones físicas y pro-

bablemente algún tipo de violencia sexual antes de su muerte (Villanueva, 2013: 261).

En todo caso, como lo señala Toledo (2014), la obligación del Estado no se limita a investigar y sancionar, sino que debe desplegar todos los esfuerzos para prevenir, esto es, para evitar que haya actos de violencia de género y que estos terminen en femicidio:

Sin embargo, el énfasis en la protección de la víctima más que en la sanción del agresor no puede ser reducido a la sola “anomalía” desde la perspectiva penal, sino que debe ser considerada desde la perspectiva de las obligaciones del Estado en materia de violencia contra las mujeres, y del deber de prevención de la misma. Cuando se reconoce la existencia de la criminalidad íntima y familiar, con características estructuralmente diferentes a las de la criminalidad común, por una parte, así como las obligaciones del Estado en materia de garantía de los derechos humanos, específicamente en relación a la violencia contra las mujeres, por otro, entonces es necesario reconocer que los presupuestos tradicionales del derecho penal deben ser también ajustados a esta realidad, históricamente excluida del imaginario y la reflexión penal. Aquellos presupuestos, en efecto, son difícilmente compatibles con la noción contemporánea de Estado de Derecho, que justifica la existencia del Estado en función de la garantía de los derechos fundamentales de las personas (Toledo, 2014: 77).

Para la Corte, el Estado mexicano violó los derechos de las víctimas del femicidio en Ciudad Juárez, por no adoptar medidas de protección a las víctimas, pese al pleno conocimiento de la existencia de un patrón de violencia de género y la falta de diligencia en la investigación y juzgamiento de los hechos, y en la adopción de medidas de reparación para las víctimas. Adicionalmente, la Corte consideró que la comisión de los crímenes se dio en un contexto de discriminación en contra de las mujeres, y que fue la cultura de discriminación la que influyó en la comisión de estos crímenes. La Corte sostuvo:

285. Además, la Corte considera que el Estado no demostró haber adoptado normas o implementado las medidas necesarias, conforme al artículo 2 de la Convención Americana y al artículo 7.c de la Convención Belém do Pará, que permitieran a las autoridades ofrecer una respuesta inmediata y eficaz ante las denuncias de desaparición y prevenir adecuadamente la violencia contra la mujer. Tampoco demostró haber adoptado normas o tomado medidas para que los funcionarios

responsables de recibir las denuncias tuvieran la capacidad y la sensibilidad para entender la gravedad del fenómeno de la violencia contra la mujer y la voluntad para actuar de inmediato. (...)

401. En similar forma, el Tribunal considera que el estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. Teniendo en cuenta las manifestaciones efectuadas por el Estado (*supra* párr. 398), es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como ocurrió en el presente caso. La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer.

El feminicidio se ve así no como un crimen cometido por un partícipe en contra de una mujer, sino como algo más grave. Como un crimen de Estado, en el que el Estado, al tolerar con la impunidad la conducta, manda un doble mensaje: para la mujer, que hay una línea que no debe saltarse, pues el precio es la propia vida; para el hombre, que si comete el homicidio, no habrá sanción ni persecución alguna por el Estado. Algunas autoras sugieren no confundir el feminicidio con la violencia de género, pues en uno y en otro caso estamos hablando de realidades diferentes, y sobre todo podríamos estar sugiriendo que se trata de un crimen que puede afectar por igual a hombres y mujeres (Berlanga, 2010).

La Corte, en este caso, deja sentadas las bases de lo que debemos entender por violencia contra la mujer, como un acto de violación de la Convención Americana de Derechos Humanos y de la Convención de Belem do Pará. Para la Corte, la violencia contra las mujeres no solo es el resultado de patrones de discriminación, sino que afecta a la vez su derecho de acceder a la justicia, tal y como se mostró en el Caso Campo Algodonero. En el peritaje rendido por Lagarde (2009: 11) ante la Corte en este caso, se muestra cómo se configura esta violencia a partir de los datos oficiales. Para la autora, este concepto de violencia contra la mujer se desarrolla al

correlacionar los homicidios dolosos y culposos con otras muertes violentas y muertes evitables: accidentes y suicidios, así como con muertes evitables producto de enfermedades: cáncer, VIH/

sida, las llamadas muertes maternas (por falta de salud y atención integral durante la gestación, el aborto, el parto, el puerperio). Desde luego, la violencia, los crímenes y las muertes violentas y evitables de mujeres fueron analizados en su compleja relación con formas de exclusión, discriminación y explotación de las mujeres no sólo [por] género, sino [también por] edad, clase, etnia, condición social territorial (regional y municipal). Y, de este conjunto de articulaciones, se analizó a la luz de la inseguridad, la ilegalidad y la delincuencia imperantes en su sitio de vida o derivadas de situaciones de riesgo como la exclusión, la marginación y la migración. El conocimiento del problema que inició con homicidios de niñas y mujeres permitió correlacionar las muertes violentas con formas de violencia familiar, sexual, física, psicológica, patrimonial y económica y también con la violencia institucional. La ley recoge el conjunto de muertes violentas en la modalidad de violencia feminicida.

En la definición de esta violencia debe destacarse el elemento de la impunidad, pues no basta con la construcción social discriminatoria, sino que también se da un componente de ausencia de justicia, que afecta de ese modo el derecho de las mujeres a acceder a la justicia. El valor comunicativo de la pena (Jakobs, 2008, 1996; Duff, 2001) se pierde al no sancionarse o investigarse este tipo de actos, con lo que se afirma que estos no son tan graves como para merecer la intervención del Estado o, incluso, que tienen un valor positivo, pues responden a la cultura de dominación masculina, de modo que se responsabiliza a las mujeres por la violencia que sufren.

En el caso, la Corte ha destacado la necesidad de que el Estado desarrolle una política para eliminar la desigualdad estructural, no solo porque en sí misma es violenta, sino porque es un factor generador de violencia. Los análisis de la sentencia muestran cómo en el sistema interamericano de derechos humanos se pasa de una concepción de la igualdad como meramente formal a una concepción de una igualdad sustancial. De acuerdo con Abramovich (2010),

se avanza desde una idea de igualdad entendida como no discriminación, hacia una noción de igualdad como la protección de grupos subordinados. Eso significa que se evoluciona desde una noción clásica de igualdad, que apunta a la eliminación de privilegios o de diferencias irrazonables o arbitrarias, que busca generar reglas iguales para todos, y demanda del Estado una suerte de neutralidad o “ceguera” frente a la diferencia. Y se desplaza hacia una noción de igualdad sustantiva, que demanda del Estado un rol activo para

generar equilibrios sociales, la protección especial de ciertos grupos que padecen procesos históricos o estructurales de discriminación. Esta última noción presupone un Estado que abandone su neutralidad y que cuente con herramientas de diagnóstico de la situación social para saber qué grupos o sectores deben recibir en un momento histórico determinadas medidas urgentes y especiales de protección.

(...)

El empleo de la noción de igualdad material conlleva una definición sobre el rol del Estado como garante activo de los derechos, en escenarios sociales de desigualdad. Es además una herramienta útil para examinar las normas jurídicas, las políticas públicas y las prácticas estatales, tanto su formulación, como sus efectos. Además tiene consecuencias directas en el debate sobre remedios efectivos, pues es sabido que las obligaciones positivas son más difíciles de exigir, por ejemplo, por la vía judicial doméstica. En especial cuando se exigen comportamientos positivos para resolver conflictos de naturaleza colectiva.

Esto lleva a que se establezca un deber de parte del Estado de proteger a estos grupos vulnerables y de tomar todas las medidas necesarias para que desaparezca la situación de discriminación. En la siguiente sección veremos el tipo de respuestas que ha dado el Estado y cómo se ha concentrado en la respuesta penal, pasando por alto otras medidas que impiden o impedirían que la situación llegará a un feminicidio.

La respuesta del Estado

Las respuestas del Estado a la violencia contra la mujer son recientes, pues en el pasado simplemente se daba cuenta de los delitos cometidos en contra de las mujeres, pero con excepciones, como, e. g., la no aceptación por la jurisprudencia y la doctrina de la existencia de la violencia sexual dentro del matrimonio o en contra de prostitutas, en tanto en el primer caso se trataba del cumplimiento de prestaciones matrimoniales (o de cumplimiento del contrato matrimonial), y en el segundo se afirmaba que no había afectación al bien jurídico, pues al caer las prostitutas, según estos análisis, de honor sexual, no se les podía lesionar o poner en peligro ese bien jurídico (Valencia, 1989). De hecho, como lo menciona la magistrada Cuéllar en la decisión de la Corte Suprema de Colombia sobre feminicidio, el Código penal de 1890 daba impunidad absoluta a los ataques feminicidas. El código consideraba una exigencia de responsabilidad:

cometer el homicidio en la persona de su mujer legítima, o de una descendiente del homicida, que viva a su lado honradamente, a quien se sorprenda en acto carnal con un hombre que no sea su marido; o el que cometa con la persona del hombre que encuentre yaciendo con una de las referidas; y lo mismo se hará en el caso de que los sorprenda, no en acto carnal, pero sí en otro deshonesto, aproximado o preparatorio de aquel, de modo que no pueda dudar del trato ilícito que entre ellos existe (Art. 591-9).

Sin embargo, existían otras formas de violencia económica y simbólica, que poco a poco estaban siendo abordadas por la legislación. Así, con la Reforma Constitucional de 1936 se le permitió a la mujer ser elegida a los concejos municipales, se autorizó la formación de la mujer campesina como maestras, y se acordó que las mujeres casadas con extranjeros no perderían su nacionalidad colombiana. Pero es solo hasta 1981 que se adopta, mediante la Ley 51 de 1981, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 18 de julio de 1979. La convención fue reglamentada por el Decreto 1398 de 1990, que define la discriminación de la siguiente manera:

Art. 10. *Definición de discriminación.* Entiéndese para los efectos del presente decreto, por “discriminación contra la mujer”, toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de 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.

Parágrafo. *La discriminación puede ser directa o indirecta.*

Existe discriminación directa cuando una persona recibe un trato menos favorable que otra por razón de pertenecer a uno u otro sexo.

Se entiende por discriminación indirecta la aplicación de condiciones de trabajo, que aunque iguales en un sentido formal, en la práctica favorecen a un sexo o al otro.

Art. 20. *Igualdad de derechos entre el hombre y la mujer.* El Estado colombiano garantiza al hombre y a la mujer igualdad en la titularidad y goce de todos los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos.

Art. 30. *Reconocimiento del aporte de la mujer a la sociedad.* El Estado colombiano reconoce el gran aporte de la mujer al bienestar de la familia y

al desarrollo de la sociedad; exalta la importancia social de la maternidad y la función de los padres en la familia y en la educación de los hijos.

Art. 40. *No discriminación por la procreación y responsabilidad conjunta en la educación de los hijos. El papel de la mujer en la procreación de los hijos no debe ser causa de discriminación en Colombia. La educación de los hijos exige la responsabilidad conjunta entre hombres y mujeres y la sociedad en su conjunto.*

Art. 50. *Protección jurídica de los derechos de la mujer. Establécese la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre la base de la igualdad jurídica con los del hombre. Las autoridades garantizarán la protección efectiva de los derechos de la mujer, contra todo acto de discriminación.*

En desarrollo de los principios sentados por la Convención de 1979 se expide la Ley 23 de 1982, que representa un avance significativo en materia de lucha contra la discriminación de las mujeres. Mediante esta ley se reconocen los derechos civiles para las mujeres en Colombia. Esta ley, conocida también como de emancipación de la mujer, establece que cada cónyuge conserva la libre administración y disposición de los bienes durante el matrimonio. En esta ley se establece también que la mujer casada, mayor de edad, puede comparecer libremente en juicio y que no necesita la autorización marital o judicial para disponer de sus bienes, teniendo la libre representación de sí misma (en el régimen anterior el representante legal era el padre o el marido).

El régimen de igualdad se ratifica con la Constitución de 1991, que en su art. 43 establece lo siguiente:

Art. 43. *La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.*

El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.

De esta manera, la legislación colombiana –que no necesariamente las políticas públicas– enfrentaba la cuestión de la desigualdad económica entre hombres y mujeres, con lo que se apuntaba a la eliminación de la violencia económica. Sin embargo, la situación de desigualdad persiste, pues pese al acceso de las mujeres al mercado de trabajo, a la educación, y a altos cargos en la empresa privada y en el Estado, la brecha salarial se mantiene, con lo que la diferencia y la discriminación económicas reales persisten.

Para Sabogal (2012):

En Colombia, las mujeres tienen salarios menores que los hombres pese al aumento en su participación laboral, al mayor número de horas trabajadas y a la igualación entre hombres y mujeres de ciertas características observables, tales como la educación, durante las últimas tres décadas. En efecto, la Tasa Global de Participación (TGP) femenina en las 7 principales ciudades colombianas pasó de 40,6 % en 1984 a 55,0 % en 2006, mientras que la TGP masculina se ha mantenido constante durante el período. El promedio de horas trabajadas al mes por las mujeres pasó de 213 en 1985 a 218 en 2006, y el promedio de años aprobados de educación sobrepasó al promedio de los hombres a partir de 1987. A nivel regional, en América Latina sucede un fenómeno similar: la mujer ha equiparado al hombre en términos de educación; de hecho, actualmente las mujeres tienen mayores probabilidades de enrolarse en la educación secundaria y terciaria que los hombres...

Pero el desarrollo legislativo no se había ocupado de la violencia directa contra la mujer, pues se pensaba que todo ello constituía parte de la esfera privada y, por tanto, debía ser objeto de medidas de conciliación o de disposiciones propias del derecho de familia. Sin embargo, como consecuencia del aumento de los actos de violencia intrafamiliar en el país se aprobó la Ley 294 de 1996, que dicta normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar. En la ley se establece un procedimiento de protección de las mujeres en contra de todo acto de violencia dentro del núcleo familiar, con intervención de la comisaría de familia. En la misma ley (art. 22) se creó el delito de violencia intrafamiliar, que se define así:

Art. 22. *Violencia intrafamiliar. El que maltrate física, síquica o sexualmente a cualquier miembro de su núcleo familiar, incurrirá en la prisión de uno (1) a dos (2) años.*

Art. 23. *Maltrato constitutivo de lesiones personales. El que mediante violencia física o síquica, trato cruel o intimidatorio o degradante, cause daño en el cuerpo o en la salud psicológica a un integrante de su grupo familiar, incurrirá en la pena privativa de la libertad prevista para el respectivo delito, aumentada de una tercera parte a la mitad.*

Parágrafo. Para los efectos de este artículo, obligar o inducir al consumo de sustancias sicotrópicas a otra persona o consumirlas en presencia de menores, se considera trato degradante.

Art. 24. *Maltrato mediante restricción a la libertad física. El que mediante la fuerza y sin causa razonable restrinja la libertad de locomoción a otra*

persona mayor de edad perteneciente a su grupo familiar, incurrirá en arresto de uno (1) a seis (6) meses y en multa de uno (1) a dieciséis (16) salarios mínimos mensuales, siempre y cuando este hecho no constituya delito sancionado con pena mayor.

Para la Corte Constitucional, en la sentencia C-285 de 1997, con la tipificación de este delito se buscaba dar mayor protección a las víctimas de violencia por parte de otro integrante de la familia. Se trata de una protección no solo de la salud de la persona, sino, sobre todo, de la armonía y la unidad de la familia.

En la ley se penaliza la violencia sexual entre cónyuges y compañeros/as permanentes, con lo que se abandona la vieja doctrina penal sobre este delito, y se considera que la violencia sexual es un atentado contra la libertad sexual y no contra el honor sexual. De esta manera, ya en el Código penal de 2000 (Ley 599 de 2000) se introduce el bien jurídico libertad y formación sexual, por lo que todo acto que atente contra esa libertad, con independencia de la condición social o la situación profesional de la víctima, es considerado un acto de violencia sexual. Sin embargo, la norma da un tratamiento privilegiado frente al delito de violencia sexual, pues solo se sanciona con una pena privativa de la libertad de seis meses a dos años, con lo que admite ejecución condicional de la pena y medidas de libertad, y solo se procede mediante querrela, dejando a la víctima sometida a las amenazas de su agresor para evitar la presentación de la correspondiente querrela. Sobre este punto se ocupó la Corte Constitucional en la sentencia C285 de 1997, y declaró inconstitucional la norma mencionada, por las siguientes razones:

En relación con el bien jurídico protegido en los “delitos sexuales” la legislación ha tenido significativas variaciones: inicialmente, la protección se refirió a la honestidad, lo cual llevó a considerar que quienes tenían una conducta social que no se ajustaba a los cánones socialmente mayoritarios, no eran objeto de dicha protección. En última instancia lo que se perseguía con las prohibiciones era imponer una determinada moral sexual; más recientemente, se viene considerado que el bien jurídico protegido es la libertad sexual, criterio que parte del reconocimiento del carácter pluralista de la sociedad, en virtud del cual no resulta legítimo imponer una concepción específica de la moral, siendo deber del Estado sancionar las conductas que imposibiliten el libre ejercicio de la sexualidad, entendida ésta de manera positiva, como el ejercicio de las potencialidades sexuales, y, en sentido negativo, como la prohibición

para involucrar en un trato sexual a otro, sin su consentimiento. Algunos autores han propuesto denominar el bien jurídico protegido como indemnidad sexual, por considerar que en relación con algunas personas, como los menores y los incapaces, no puede hablarse de una válida facultad para disponer de su sexualidad.

A la luz de la Constitución de 1991, el interés jurídicamente protegido con las normas no puede ser la honestidad ni la moral, pues cada quien tiene derecho a conducir su vida sexual según sus propias decisiones. La legislación vigente (Ley 360 de 1997), en armonía con esta consideración, consagra como bienes jurídicos protegidos la libertad sexual y la dignidad humana.

Respecto a la tipificación de las conductas de violencia sexual, cuando entre los sujetos que intervienen en el hecho existe un vínculo matrimonial, las consideraciones también han variado con el tiempo. Estas han sido las principales posturas: 1) la conducta del agresor es inmoral, pero no ilícita, pues dado que el matrimonio tiene por objeto la procreación, y siendo la cópula el medio necesario para lograrla, mal puede responder el cónyuge por un acto que es conforme a derecho; 2) el hecho es típico, pero está justificado por el derecho que le asiste al cónyuge sobre el otro; 3) se distinguen casos especiales en los cuales la pareja puede negarse al trato sexual y, en consecuencia, la conducta del agresor resulta criminal, como en los eventos en que media divorcio, separación de cuerpos, o cuando la negativa obedece a motivos de higiene, o a la pretensión del otro de realizar actos contra natura. Las distinciones anteriores se han hecho a partir de un mal entendimiento del débito conyugal, y no comprenden, por ende, las relaciones maritales. 4) Por último, se acepta que la conducta es punible, por la ausencia de facultad que le asiste al cónyuge para ejercer el empleo de la fuerza sobre el otro. La negativa del cónyuge a sostener relaciones sexuales da derecho al divorcio, pero no a la violación.

De conformidad con los principios constitucionales que nos rigen, sólo la última de las posturas descritas es aceptable. La libertad sexual del cónyuge no puede considerarse disminuida por el hecho del matrimonio, pues de lo contrario se estaría en presencia de una forma de servidumbre, proscrita por la Constitución (art. 17). Con el matrimonio se adquieren deberes civiles, pero no se enajena la persona. Por tanto, la conducta del agresor es tan injusta cuando la violencia sexual se ejerce sobre su cónyuge como cuando la víctima es un particular.

La violación, cualquiera [sic] sean los sujetos que intervienen en el hecho, supone privar a la víctima de una de las dimensiones más significativas de su personalidad, que involucran su amor propio y el sentido de sí mismo, y que lo degradan al ser considerado por el otro como un mero objeto físico. La sanción de las conductas de violación parte del reconocimiento del derecho a disponer del propio cuerpo, y constituyen un mecanismo tendente a garantizar la efectividad del mismo.

(...)

En resumen, el bien jurídico protegido con la sanción de los delitos de acceso y acto carnal violentos es la libertad sexual y la dignidad de las personas; tales bienes jurídicos no pueden entenderse disminuidos por la existencia de un vínculo matrimonial, de hecho o por el simple conocimiento sexual anterior.

(...)

Si bien el derecho penal constituye el mecanismo de control más gravoso para la libertad de las personas, es también la forma de tutela más eficaz de los bienes y derechos fundamentales de los individuos. Por ello cuando el legislador, por razones de política criminal, opta por recurrir a ese medio de control, para garantizar un bien jurídico determinado, todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias, tienen el derecho a recibir igual protección. En otros términos, aunque es cierto que al legislador le corresponde ponderar la necesidad de utilización del derecho penal para resolver los conflictos que se presenten entre las personas, cuando hace uso de ese mecanismo para proteger un bien en particular, no está autorizado para hacer distinciones que no estén fundadas en razones legítimas.

(...)

... La consagración de un tipo penal privilegiado para los delitos de acceso y acto carnal violento, cuando se ejecutan contra el cónyuge, o la persona con quien se cohabite o haya cohabitado o con quien se haya procreado un hijo es desproporcionada, y en consecuencia, vulnera el derecho a la igualdad.

Son varias las leyes que se ocupan de dar mayor participación a las mujeres en el mercado de trabajo, en la vida pública y en la educación, todo ello con el fin de eliminar todo tipo de discriminación estructural⁴. Sin embargo, pese a ello, o tal vez precisamente

por ello, los ataques físicos en contra de las mujeres adquirirían mayor notoriedad.

Como consecuencia de estos ataques en contra de las mujeres, se comenzó a analizar acerca de esta nueva modalidad de violencia de género, en la cual la víctima era asesinada por el solo hecho de ser mujer. Es así que en Colombia se discute, en el año 2008, acerca de la inclusión de un nuevo tipo penal de feminicidio. En ese año, la Ley 1257, en su art. 26, incluyó una nueva agravante al delito de homicidio, cuando el hecho se cometiere por el solo hecho de ser mujer.

El objeto de la Ley 1257 es la adopción de normas que permitan garantizar a las mujeres una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado. También impone al Estado la obligación de desarrollar políticas públicas que conduzcan a la realización de los derechos de las víctimas. La ley define qué se entiende por violencia contra la mujer y por daño contra la mujer, clasificándolo en daño psicológico, físico, sexual y patrimonial. Introduce una norma sobre los derechos de las mujeres víctimas de estas formas de violencia y la obligación al Estado de tomar medidas de sensibilización y de prevención. También introduce modificaciones a los siguientes artículos del Código penal: art. 104 (homicidio agravado); art. 135 (homicidio en persona protegida); art. 170 (secuestro extorsivo agravado); art. 210A (acoso sexual); art. 211 (circunstancias agravantes de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales); art. 216 (circunstancias de agravación de los delitos de explotación sexual), y art. 230 (maltrato mediante restricción a la libertad física), de modo que se agrava la conducta cuando de cometa en contra de la víctima por el hecho de ser mujer o se incluye a los cónyuges o compañeros permanentes como beneficiarios de la protección penal.

La tipificación del delito de feminicidio forma parte de una ola de criminalización de esta conducta, partiendo de la base de que en la legislación penal no existe un tipo penal capaz de recoger todo el desvalor de resultado que la conducta supone. Sin embargo, esta ola de criminalización se ubica de manera paradójica en una tensión entre el uso mínimo del derecho penal –propio de un pensamiento crítico– y los reclamos de más derecho penal por parte de los colectivos sociales (Van Swaaningen, 1989; Abadía, 2014).

Sin embargo, el derecho penal se ha definido como un mecanismo de control social que tiene como propósito la protección de los bienes jurídicos más importantes en contra de los ataques más graves. Pero, como lo señala Hassemer, la dialéctica de la

4 Algunas de esas normas son el Decreto 2200 de 1999, la Ley 581 de 2000, la Ley 679 de 2001, la Ley 731 de 2002, la Ley 755 de 2002, la Ley 823 de 2003, la Ley 984 de 2005, la Ley 1009 de 2006, la Ley 1023 de 2006, el Decreto 4685 de 2007, el Decreto 164 de 2010, la Ley 1448 de 2011, la Ley 1496 de 2011, la Ley 490 de 2012 y el Decreto 001 de 2013.

modernidad ha transformado el derecho penal de un principio negativo a uno positivo de criminalización, “lo que se formulaba clásicamente como una crítica al legislador de que no podría crear delitos donde no existiera bien jurídico, se ha transformado en una exigencia de que criminalice determinadas conductas” (Hassemer, 1991). De este modo, el derecho penal deja de ser el límite de la política criminal, para pasar a ser el fundamento y el instrumento por excelencia de una política criminal punitiva.

Las funciones instrumentales del derecho penal pasan a un segundo plano y entran a desempeñar un papel más simbólico. En vez de solucionar los problemas de seguridad ciudadana, el derecho y el sistema penal acuden a una parodia de solución y se valen de la pena privativa de la libertad –o de la amenaza de ella– para dar la impresión de que realmente se está haciendo algo al respecto. Así, al lado del populismo punitivo estatal nos vemos hoy en día enfrentados a un populismo punitivo proveniente de las organizaciones sociales, que cada vez reclaman más cárcel y más derecho penal para garantizar una protección igualitaria de sus derechos:

El Derecho penal simbólico no aligera este proceso sino que lo fortalece. La ganancia preventiva que lleva consigo no se produce respecto de la protección de bienes jurídicos sino respecto de la imagen del legislador o del “empresario moral”. Lo que se consigue cuando el Derecho penal simbólico efectúa este engaño entre funciones latentes y manifiestas es que la pregunta crítica sobre la capacidad real del Derecho penal para proteger bienes jurídicos ni siquiera se plantea.

La legislación penal y la ejecución penal como pura fanfarronada: no hace falta fundamentar extensamente porque esta salida al dilema de la prevención es una vía equivocada. Un Derecho penal simbólico que ceda sus funciones manifiestas en favor de las latentes traiciona los principios de un Derecho penal liberal, especialmente el principio de protección de bienes jurídicos, y mina la confianza de la población en la Administración de Justicia.

Queda por ver, en tanto el carácter de apariencia acompañe al Derecho penal y a la política criminal, cómo este puede cumplir las supuestas funciones preventivas en vez de cederlas.

Precisamente en un periodo en el cual predominan las tendencias preventivas y las necesidades sociales globales, el Derecho penal podría tener la misión de reanimar la tradición de orientarse hacia las acciones concretas de lesión a un bien jurídico (Hassemer, 1991: 30).

Por ello, no se pueden tomar medidas estandarizadas, como son las propias del derecho penal,

sino que estas deben reconocer la realidad a la cual se aplican. Esto significa aplicar la respuesta penal, pero también una amplia gama de medidas que apunten a prevenir la comisión del delito y a garantizar entornos seguros para todas las personas.

Laurenzo (2008) analiza los efectos que ha tenido la espiral punitiva en la que se ha caído como consecuencia de los reclamos punitivos de un sector de los movimientos sociales. Él afirma que al acudir al derecho penal se somete a un ordenamiento que en muchos casos hunde sus raíces en los falsos universalismos propios de la sociedad patriarcal, y sostiene que parece difícil que un delito que pone sexo a la víctima –y al victimario– pueda eludir las sospechas de excepcionalidad.

La tendencia a criminalizar con mayor frecuencia los hechos asociados a la violencia doméstica ha llevado a que se intervenga en situaciones que no son de violencia intrafamiliar y a que se deje de lado la cuestión de desigualdad estructural que está en la base de estos problemas. Esto no significa que no se deban sancionar estos homicidios, sino que destaca la importancia de distinguir entre actos entre sujetos iguales y aquellos que son el resultado de contextos de dominación. Laurenzo (2008: 37) agrega que

con la llamada constante al Derecho penal, el movimiento feminista (oficial) se vuelve conservador y renuncia a su posición destacada en el engranaje del cambio social. Al depositar toda su confianza en uno de los instrumentos más importantes para el mantenimiento del statu quo, en una herramienta básicamente opresora y autoritaria que controla los conflictos a base de limitaciones de derechos, las asociaciones de mujeres con mayor presencia en la vida pública española corren el serio riesgo de traicionar los grandes postulados del feminismo que siempre han estado asociados a la lucha por una sociedad más justa, menos autoritaria y con mayor espacio para las libertades.

Pese a las críticas que se pudieran formular, lo cierto es que el legislador colombiano introdujo la figura del delito de homicidio con la agravante de ser cometido en contra de una persona por el hecho de ser mujer. Claramente, esta agravante busca tener en cuenta el contexto de discriminación, pero no se entiende por qué solo se incluye a las mujeres y no a otros colectivos, como la población LGTBI o los afrodescendientes o los indígenas. Es claro que con esto se quiere incluir los delitos de odio que terminan en homicidio en la legislación colombiana, pero se pasa por alto que este tipo de delitos se fundamentan en

la necesidad de proteger a todos los grupos de cualquier tipo de discriminación⁵.

Sin embargo, la jurisprudencia colombiana se ha ocupado principalmente de los casos de violencia sexual, y solo de manera reciente ha analizado la cuestión de la violencia de género o de la violencia contra la mujer, como un marco más amplio de interpretación. Esto se dio en un caso ocurrido el 17 de noviembre del 2012, en el cual el procesado ADJOR asesinó con arma blanca a su compañera sentimental SPC en una habitación de un hotel ubicado en la ciudad de Medellín. El cadáver de la víctima fue encontrado por los empleados del hotel. Posteriormente, el 20 de noviembre, el compañero sentimental de la víctima compareció ante la URI y confesó ser el autor de la muerte de la señora SPC. El juzgado de primera instancia lo condenó por las agravantes contenidas en los numerales 1° y 11° del artículo 104 del Código penal colombiano⁶. El defensor del procesado apeló la sentencia condenatoria aducien-

do que se trataba de un crimen pasional y que, por tanto, correspondía reconocerle circunstancias atenuantes y no agravantes de la pena. En la sentencia de segunda instancia, el Tribunal de Medellín revocó la sentencia de primera instancia, acogiendo los argumentos del defensor.

Los apoderados de la víctima, al momento de solicitar la casación de la sentencia, establecen las normas que constituyen lo que se denomina un fuero de género, esto es, todas las normas orientadas a buscar el reconocimiento y la efectiva igualdad de derechos para las mujeres (Arts. 13, 42, 43, 93 y 94 de la Constitución Política de Colombia de 1991). Estas normas son la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres (CEDAW); la Convención americana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres (Convención de Belem do Pará); la Ley 1257 de 2008, por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos penal, de procedimiento penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones; la Declaración universal de los derechos humanos, arts. 1 y 2; la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre (Declaración americana), preámbulo y art. 2; el Pacto internacional de derechos civiles y políticos, arts. 2, 3 y 26; la Convención americana sobre derechos humanos (Convención americana), arts. 1 y 24. Las apoderadas de la víctima citan un estudio de la Corporación Humanas, en donde se define el feminicidio de la siguiente manera:

Como patrones de riesgo del feminicidio de este tipo específico de feminicidio es decir el que ocurre en contextos de pareja hemos identificado cuatro: (i) la existencia de una historia de violencias, (ii) el ejercicio por los agresores de acciones de instrumentalización y cosificación de las vidas y cuerpos de la mujer, (iii) la presencia de relaciones de dominio o poder de los agresores sobre la mujer y (iv) la impunidad continuada de las violencias contra la mujer cuando estas lo han denunciado porque también aceptamos que por razones varias, en muchos casos las mujeres no denuncian (pág. 2).

Al analizar el caso muestran la existencia de ese patrón de violaciones, como un intento de homicidio anterior que fue calificado de manera sorprendente por la fiscalía como lesiones personales (la víctima fue atacada con cuchillo por el agresor ADJOR y recibió nueve puñaladas); la calificación de la víctima como “suya y solo suya”; las relaciones de dominio que se ejercían sobre ella, y la impunidad continuada. En contra de la calificación como un

5 La Ley 1482 de 2011 tipifica dos delitos, con el fin de sancionar penalmente la discriminación a personas pertenecientes a grupos protegidos de manera especial. El objetivo de la ley es la protección de las personas, los grupos, las comunidades o pueblos que son víctimas de actos de racismo o de discriminación, entendiéndose que el racismo es un tipo de exclusión especial. Los delitos tipificados son los siguientes:

Art. 134A. Actos de racismo o discriminación. El que arbitrariamente impida, obstruya o restrinja el pleno ejercicio de los derechos de las personas por razón de su raza, nacionalidad, sexo u orientación sexual, incurrirá en prisión de doce (12) a treinta y seis (36) meses y multa de diez (10) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Art. 134B. Hostigamiento por motivos de raza, religión, ideología, política u origen nacional, étnico o cultural. El que promueva o instigue actos, conductas o comportamientos constitutivos de hostigamiento, orientados a causarle daño físico o moral a una persona, grupo de personas, comunidad o pueblo, por razón de su raza, etnia, religión, nacionalidad, ideología política o filosófica, sexo u orientación sexual, incurrirá en prisión de doce (12) a treinta y seis (36) meses y multa de diez (10) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, salvo que la conducta constituya delito sancionable con pena mayor.

Art. 134C. Circunstancias de agravación punitiva. Las penas previstas en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad cuando:

1. La conducta se ejecute en espacio público, establecimiento público o lugar abierto al público.
2. La conducta se ejecute a través de la utilización de medios de comunicación de difusión masiva.
3. La conducta se realice por servidor público.
4. La conducta se efectúe por causa o con ocasión de la prestación de un servicio público.
5. La conducta se dirija contra niño, niña, adolescente, persona de la tercera edad o adulto mayor.
6. La conducta esté orientada a negar o restringir derechos laborales.

6 Art. 103. Homicidio. El que matare a otro, incurrirá en prisión de trece (13) a veinticinco (25) años.

Art. 104. Circunstancias de agravación. La pena será de veinticinco (25) a cuarenta (40) años de prisión, si la conducta descrita en el artículo anterior se cometiere:

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

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

crimen pasional, que hacen tanto el defensor del procesado como el Tribunal Superior de Medellín, afirman:

En este contexto, el crimen pasional, la celotipia y las emociones no controladas, se constituyen en un dispositivo malsano de género, que minimiza la violencia contra las mujeres, a quienes, paradójicamente, se les ha tildado de emocionales, en contra de la racionalidad atribuida naturalizantemente a los varones. Los crímenes y homicidios por celos son crímenes de misoginia. Un tribunal que lo aplica, no solo revictimiza, sino que además discrimina.

Siguiendo a Myriam Jimeno, el crimen pasional es una construcción cultural, y en sus palabras esta construcción está inmersa: “En ese complejo que llamo configuración emotiva están imbricadas las creencias, los sentimientos y su verbalización, con la estructura de las jerarquías sociales. Pese a ello, ciertos dispositivos discursivos presentan tal crimen como si obedeciera a una propensión o inclinación natural ocultando sus resortes culturales” (pág. 2).

(...)

La violencia contra las mujeres no es un problema privado, sino un problema político y social que, tal y como establece el preámbulo de la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, se manifiesta “como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas por sus agresores carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión”. En el propio texto legal se hace referencia a una definición técnica del síndrome de la mujer maltratada que consiste en “las agresiones sufridas por la mujer como consecuencia de los condicionantes socioculturales que actúan sobre el género masculino y femenino, situándola en una posición de subordinación al hombre y manifestadas en los tres ámbitos básicos de relación de la persona: maltrato en el seno de las relaciones de pareja, agresión sexual en la vida social y acoso en el medio laboral” (pág. 39).

La Corte aceptó el caso para casación, y el 4 de marzo del 2015, con ponencia de la Magistrada Patricia Cuéllar, dictó sentencia casando la sentencia de segunda instancia y estableciendo unos criterios para entender y aplicar la agravante contenida en el numeral 11 del art. 104. Al momento de analizar la agravante sostiene:

Una de esas agravantes, asociada al homicidio, como ya se dijo, fue la de causar la muerte a una mujer “por el hecho de ser mujer”. E inscrita la misma en una ley dirigida a prevenir y a erradicar la violencia contra las mujeres que se origina principalmente en las relaciones de desigualdad históricas con los hombres, no puede tener el alcance que le dio el Tribunal Superior de Medellín, que la hizo corresponder al feminicidio o asesinato de mujeres por razones de género, un delito que a su juicio se encuentra motivado por la misoginia, es decir, por el desprecio y odio hacia ellas.

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

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

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.

Particularmente, en contextos de parejas heterosexuales –que conviven o se encuentran separadas–, el maltrato del hombre para mantener bajo su control y “suya” a la mujer, el acoso constante a que la somete para conseguirlo, la intimidación que con ello le produce, el aumento en la intensidad de su asedio y agresividad en cuanto

ella más se aproxima a dejar de “pertenerle” y la muerte que al final le causa “para que no sea de nadie más”, claramente es el homicidio de una mujer por el hecho de ser mujer o “por razones de género”.

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

En el caso analizado la Corte demuestra la existencia de un patrón de violaciones a los derechos de SPC, a quien sometió a constante acoso e incluso a un intento de homicidio debido a los celos que sentía. Sin embargo, la Corte muestra que esos supuestos celos forman parte de un patrón de dominación y de violencia en contra de la víctima. De esta manera, se establecen criterios claros para la demostración de que el delito de homicidio se ha cometido por el hecho de ser mujer, esto es, como consecuencia de un patrón de discriminación.

Conclusión

La violencia contra la mujer es un concepto amplio, que no puede ser reducido a la violencia sexual y que no puede ser tampoco confundido con el feminicidio. Este es el acto extremo de violencia, pero en el medio encontramos otras formas, como la violencia simbólica, estructural y económica.

El feminicidio fue tipificado en el art. 26 de la Ley 1257 de 2008, pero solo hasta el 4 de marzo del 2015 la Corte Suprema de Justicia profirió una sentencia que sentaba las bases para la comprensión de la conducta y para configurarla en toda su gravedad. Al contrario de lo que se afirmó en la sentencia de segunda instancia analizada, los celos no constituyen un acto pasional, sino que son parte del patrón de dominación, y por ello no se pueden reconocer como atenuantes, sino como agravantes. Se ha recorrido un largo camino por la igualdad real entre hombres y mujeres, pero aún queda un largo camino por recorrer para la eliminación de la violencia y la discriminación.

Referencias

- Abadía, M. (2014). *Feminismos y sistemas penales: retos contemporáneos para una legitimación del sistema penal*. Tesis doctoral. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Abramovich, V. (2010). Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso Campo Algodonero en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario de Derechos Humanos*. Santiago de Chile.
- Barcaglioni, G. M. & Cisneros, M. S. (2007). *El feminicidio: un recorrido desde la comunicación y el derecho*. Ponencia presentada al III Congreso sobre Género y Derechos Humanos de las Mujeres. Buenos Aires, 29 y 30 de noviembre.
- Berlanga, M. (2010). Las fronteras del concepto feminicidio: una lectura de los asesinatos de mujeres de América Latina. Consultado en <http://elbagre-antioquia.gov.co/apc-aa-fil/es/38353661633561373234346163363831/feminicidios-mariana.pdf>.
- Caputi, J. & Russell, D. (1992). *Femicide: Sexist Terrorism against Women*. En Radford Jill & Russell Diane. *Femicide: the Politics of Woman Killing*. New York: Maxwell McMillan.
- Duff, A. (2001). *Punishment, communication and community*. Oxford/New York: Oxford University Press.
- Laurenzo, P. (2008). *Género, violencia y derecho*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Hassemer, W. (2012). *Introducción a la criminología y a la política criminal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Hassemer, W. (1991). Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. *Revista Nuevo Foro Penal*, 51: 17-30.
- Jakobs, G. (2008). *Teoría Funcional de la pena y de la culpabilidad: Seminario con Gunther Jakobs en la UAM*. Madrid: Thomson - Civitas.
- Jakobs, G. (1996). *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Lagarde, M. (2009). Peritaje en el caso Campo Algodonero. Consultado en <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/expedientes/Lagarde.pdf>.
- Naredo, M. (2009). Adecuación de las políticas públicas de seguridad a las necesidades de las mujeres: una cuestión urgente. En Género, seguridad pública y violencia machista. *Revista Catalana de Seguridad Pública*, 20: 61-73.

- PNUD (2010). *Informe de Desarrollo Humano para América Central 2009-2010*. Panamá: PNUD.
- Radford, J. & Russell, D. (Eds.) (1992). *Femicide: the Politics of Woman Killing*. New York: Maxwell McMillan.
- Rico, N. (1996). Violencia de género: un problema de derechos humanos. *Serie Mujer y Desarrollo* 16. CEPAL.
- Sabogal, A. (2012). Brecha salarial entre hombres y mujeres y ciclo económico en Colombia. *Revista Coyuntura Económica: Investigación Económica y Social*, XLII (1): 53-91.
- Sánchez, O. A. (2010). *¿Será que a las mujeres nos matan porque nos aman? Femicidios en Colombia 2002-2009*. Bogotá: Ruta Pacífica de las Mujeres.
- Santillán, A. & Varea, S. (2008). Estrategias y políticas de inclusión (¿asimilación?) de pandillas en Ecuador: dos modelos de ciudades, dos visiones sobre las potencialidades de los/as jóvenes pandilleros/as. *URVIO - Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*, 4: 81-98.
- Toledo, P. (2014). *Feminicidio/Femicidio*. Buenos Aires: Ediciones Didot.
- Valencia, J. E. (1989). *Estudios de Derecho Penal Especial*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Van Swaaningen, R. (1989). Feminismo, criminología y derecho penal: una relación controvertida. *Papers d'Estudis i Formació* (5).
- Vélez, G. Y. (2012). Femicidios en Medellín, 2010-2011: conceptualización, caracterización y análisis. *Revista Criminalidad*, 54 (2): 13-26.
- Villanueva, R. (2013). Femicidio y Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En Fernando Mariño Menéndez & Amparo Alcoceba Gallego (Eds.). *Feminicidio: El fin de la impunidad*. Valencia: Tirant lo Blanch.