

SOBRE LA INTERPRETACIÓN DEL DELITO DE FEMINICIDIO Y EL ENFOQUE DE GÉNERO: ANÁLISIS COMPARADO DE LA JURISPRUDENCIA PERUANA Y COLOMBIANA MÁS IMPORTANTE

ON THE INTERPRETATION OF THE FEMINICIDE CRIME AND GENDER MAINSTREAMING: COMPARED ANALYSIS OF THE MOST IMPORTANT PERUVIAN AND COLOMBIAN JURISPRUDENCE

Julio Rodríguez Vásquez
Profesor de Derecho penal
Pontificia Universidad Católica del Perú

Ingrid Díaz Castillo
Profesora de Derecho Penal
Pontificia Universidad Católica del Perú

Fecha de recepción: 13 de octubre del 2019.

Fecha de aceptación: 1 de noviembre de 2019.

RESUMEN

El delito de feminicidio requiere para su interpretación de la incorporación del enfoque de género. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú ha realizado un primer -aunque no acabado- acercamiento a su integración a través del Acuerdo Plenario N° 001-2016/CJ-116; no obstante, en ordenamientos jurídicos como el colombiano, tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional han integrado el enfoque de género al análisis penal de tal manera que les ha permitido comprender el alcance del delito de feminicidio, impactando en la interpretación de las instancias inferiores de la rama judicial. El presente artículo analiza las interpretaciones hechas en ambos contextos y presenta un balance comparativo en relación a la comprensión de los elementos del delito de feminicidio.

ABSTRACT

The legal interpretation of the crime of femicide requires of the application of the gender perspective. In this regard, the Supreme Court of Justice of the Republic of Peru has made a first, although not finished, approach to its integration through the Plenary Accord N° 001-2016 / CJ-116. However, in legal systems such as the one in Colombia, both the Supreme Court of Justice and the Constitutional Court have integrated the gender approach into criminal analysis in such a way that has allowed them to understand the scope of the crime of femicide, influencing on the

interpretation of lower instances of the judicial branch. This article analyzes the interpretations made in both contexts and presents a comparative balance in relation to the understanding of the elements of the crime of femicide.

PALABRAS CLAVE

Violencia de género, Derecho penal, Femicidio, interpretación, jurisprudencia.

KEYWORDS

Gender violence, criminal law, femicide, interpretation, jurisprudence.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN. 2. EL TIPO PENAL DE FEMINICIDIO EN PERÚ Y COLOMBIA. 3. LÍNEAS INTERPRETATIVAS DEL DELITO DE FEMINICIDIO EN PERÚ Y COLOMBIA. 3.1. El Acuerdo Plenario N° 001-2016/CJ-116 de la Corte Suprema de Justicia de Perú: un acercamiento inconcluso al enfoque de género. 3.2. La Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional de Colombia en la interpretación del delito de femicidio y su impacto en sentencias de instancias inferiores: la integración del enfoque de género al análisis penal. 4. REFLEXIÓN FINAL. 5. BIBLIOGRAFÍA.

SUMMARY

1. INTRODUCTION. 2. THE CRIMINAL TYPE OF FEMINICIDE IN PERU AND COLOMBIA. 3. INTERPRETATIVE LINES OF THE FEMINICIDE CRIME IN PERU AND COLOMBIA. 3.1 The Acuerdo Plenario N° 001-2016/CJ-116 of the Supreme Court of Peru: an unfinished approach to the gender approach. 3.2. The Supreme Court of Justice and the Constitutional Court of Colombia in the interpretation of the crime of femicide and its impact on sentences of lower instances: gender mainstreaming to criminal analysis. 4. FINAL REFLECTION. 5. BIBLIOGRAPHY.

1. INTRODUCCIÓN

En el Perú, el delito de femicidio sanciona matar a una mujer *por su condición de tal*. La formulación del tipo penal ha generado una serie de interrogantes, dentro de las cuales se encuentran las siguientes: ¿Qué se entiende *por su condición de tal*? ¿Para la configuración del delito es necesaria la acreditación de que el sujeto activo odia a las mujeres o las desprecia? ¿Sólo los hombres pueden ser sujetos activos del delito? ¿Las mujeres *trans* pueden ser sujeto pasivo del delito? Ante estas preguntas, corresponde que el tipo penal sea interpretado no sólo desde el método literal, considerado insuficiente en Derecho penal (Meini, 2018; Silva, 2006), sino que es necesario recurrir a la interpretación teleológica y sistemática.

Por ese motivo, resulta indispensable conocer y estudiar los criterios de interpretación trabajados por la jurisprudencia penal al respecto. En el caso peruano, la Corte Suprema de Justicia de la República ha establecido criterios de interpretación del delito de feminicidio vinculantes para todas las instancias del Poder Judicial en el Acuerdo Plenario N° 001-2016/CJ-116. La interpretación que presenta el Acuerdo Plenario constituye un primer –aunque no acabado- acercamiento a un tipo penal que, como la propia Corte señala, requiere ser entendido en el contexto de la violencia de género. Este primer acercamiento es importante porque se reconoce el elemento contextual en el que se produce la muerte de la mujer, aunque el mismo no logra ser integrado al análisis penal.

En cambio, en países como Colombia, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional han incorporado el enfoque de género en la comprensión de los elementos típicos del delito de feminicidio en más de una sentencia y estas han impactado en la interpretación realizada por instancias inferiores. Por esa razón, resulta importante revisar las mencionadas resoluciones judiciales a fin de compararlas con el Acuerdo Plenario N° 001-2016/CJ-116 y determinar el alcance que la perspectiva de género juega en la comprensión y aplicación del tipo penal.

A ese objetivo se dirige el presente artículo, por lo cual, ha sido estructurado en 3 partes: La primera presenta la evolución legislativa del tipo penal de feminicidio en Perú y Colombia. La segunda, revisa la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Suprema de Justicia de Perú como la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional de Colombia, incluyendo dos fallos de instancias inferiores del sistema penal colombiano. A partir de los lineamientos interpretativos establecidos, la tercera parte un balance comparativo final.

2. EL TIPO PENAL DE FEMINICIDIO EN PERÚ Y COLOMBIA

En el Perú, el feminicidio fue tipificado por primera vez el 27 de diciembre de 2011, fecha en la que se publicó la Ley N° 29819. A través de esta se modificó el artículo 107° del Código Penal peruano (en adelante, CPP) y se definió el feminicidio como el matar, a sabiendas, a una mujer que es o ha sido cónyuge, conviviente o con quien se haya tenido relación análoga con el autor. La pena, para este caso, era la misma del parricidio: no menor de 15 años ni mayor de 35. Esta conceptualización del feminicidio fue abandonada por la Ley N° 30068 del 18 de julio de 2013 que incorporó el artículo 108-B al CPP. Así, se definió al feminicidio como el matar a una mujer por su condición de tal en el contexto de violencia familiar, coacción, hostigamiento o acoso sexual, abuso de poder, abuso de confianza o de cualquier otra posición o relación de autoridad o en cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de pareja.

La Ley N° 30068 marcó un hito importante, toda vez que se abandonó el modelo restrictivo asociado únicamente al feminicidio íntimo (Toledo, 2014, p. 217) y adoptó un modelo amplio (Díaz, Rodríguez y Valega, 2019, pp.42-43). A pesar de que después de 2013 se aprobaron 3 leyes que establecieron cambios en el artículo 108-B

del CPP -la Ley N° 30323 del 7 de mayo de 2015, el Decreto Legislativo N° 1323 de 6 de enero de 2017 y la Ley N° 30819 del 13 de julio de 2018-, el precepto legal ha mantenido sus características principales, variando únicamente respecto de algunos de los elementos de contexto y de las circunstancias agravantes específicas. En este sentido, en el ordenamiento jurídico-penal peruano actual el feminicidio es regulado de la siguiente forma:

Artículo 108-B.- Feminicidio

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años el que mata a una mujer por su condición de tal, en cualquiera de los siguientes contextos:

1. Violencia familiar.
2. Coacción, hostigamiento o acoso sexual.
3. Abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente.
4. Cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente.

En Colombia, la incorporación del delito de feminicidio fue anterior al caso peruano. A través de la Ley N° 1257 del 4 de diciembre de 2008 se adhirió una nueva causal al artículo 104° del Código penal (en adelante, CPC) que sanciona las modalidades agravadas del homicidio. Según esta causal, recogida en el inciso 11, la pena del delito de homicidio se agravaba de cuatrocientos a seiscientos meses de prisión *si aquel se cometía contra una mujer por el hecho de serlo*, es decir, en un contexto de subordinación o dominación, en los términos del memorando explicativo de la norma (Jolin, 2016, pp. 390-391).

Aunque el fundamento del inciso 11 fue avalado por algún sector de la doctrina por considerar que por primera vez el Código penal reconocía la posición histórica de la mujer en la sociedad (Munévar, 2012, p. 165), en el 2012 se inició el debate en torno a la conveniencia de tipificar el feminicidio como delito autónomo. Dicha discusión tuvo como preámbulo el caso de Rosa Elvira Cely, mujer que fue violada, torturada y asesinada brutalmente en 2012.

En ese contexto, se aprobó la Ley N° 1761 del 6 de julio de 2015 que tipificó el feminicidio como delito autónomo mediante la incorporación del artículo 104A al Código penal y la derogación del referido inciso 11 del artículo 104. La descripción típica del delito, vigente hasta la actualidad, posee la siguiente redacción:

Artículo 104A. Feminicidio

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

- a) Tener o haber tenido una relación familiar, íntima o de convivencia 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 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.

3. LÍNEAS INTERPRETATIVAS DEL DELITO DE FEMINICIDIO EN PERÚ Y COLOMBIA.

3.1 El Acuerdo Plenario N° 001-2016/CJ-116 de la Corte Suprema de Perú: un acercamiento inconcluso al enfoque de género

El 17 de octubre de 2017 se publicó el Acuerdo Plenario N° 001-2016/CJ-116 que analiza los alcances del delito de feminicidio. Este Acuerdo Plenario fue asumido por los integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República¹ y, por su propia naturaleza, vincula la interpretación de los jueces que integran el Poder Judicial peruano.

Como preámbulo al estudio de los elementos del tipo penal, el Acuerdo Plenario aborda el concepto de violencia de género, entendiéndola como la manifestación de una relación de poder asimétrica entre hombres y mujeres en la que estas últimas se encuentran subordinadas (207, fundamento 1-7). A partir de ello, la Corte reconoce la magnitud del fenómeno de la violencia contra las mujeres y remarca la importancia de utilizar en el análisis de estos casos, los enfoques reconocidos por la Ley N° 30364, entre ellos, el enfoque de género (2017, fundamento 16). Sobre este último punto, el Acuerdo Plenario no desarrolla lo que se entiende por enfoque de género ni cómo este debe ser incorporado por los operadores de justicia en la interpretación penal, sino que se limita a colocar la definición dada por la Ley N° 30364, a saber:

“a. Enfoque de género

Reconoce la existencia de circunstancias asimétricas en la relación entre hombres y mujeres, construidas sobre la base de las diferencias de género que se constituyen en una de las causas principales de la violencia hacia las mujeres.”

Seguidamente, la Corte Suprema de Justicia analiza los elementos del delito. Así, respecto al bien jurídico considera que el tipo penal únicamente protege la vida (2017, fundamento 37) pues no existen razones para considerarlo un delito pluriofensivo. A su consideración, el feminicidio no puede proteger la dignidad de la mujer o la estabilidad de la población femenina por cuanto la elección de un bien jurídico penal depende de la importancia que este reviste para el Estado y no de la frecuencia estadística con la que es vulnerado. (2017, fundamento 38).

De esta forma, la Corte Suprema coincide con un amplio sector de la doctrina nacional (Salinas, 2015, p. 103; Ugaz, 2012, p.148-151; Castillo, 2014, p. 77; Hugo, 2019, p. 52; Reategui, 2017, p. 79) que considera como bien jurídico protegido del delito a la vida; sin embargo, llama la atención que se distancie de la lógica consecuencia de establecer que sólo se proteja la vida, es decir, la ausencia de necesidad político criminal del tipo penal. Este impase argumentativo hubiera sido

¹ Sólo un magistrado no suscribió el Acuerdo Plenario N° 001-2016/CJ-116 por mantener reservas jurídicas sobre su contenido.

resuelto si se hubiese integrado al análisis el enfoque de género. Ciertamente, si como la propia Corte Suprema reconoce, el feminicidio se comete en circunstancias asimétricas de poder entre hombres y mujeres en las que estas últimas se encuentran subordinadas, resulta evidente que la conducta delictiva atenta no sólo contra la vida sino también contra la igualdad material, interés relevante para la sociedad reconocido constitucionalmente (Díaz, Rodríguez y Valega, 2019, pp.63-64; Pérez, 2018, p.189; Laporta, 2012,p.107; Alonso, 2008, p. 29; Defensoría del Pueblo, 2015,p. 65). . Desconocer lo anterior no es un tema estadístico de ausente relevancia penal (Benavides, 2017, p. 234), por el contrario, implica incurrir en discriminación por indiferenciación (Tribunal Constitucional del Perú, 2004, párrafo 6).

De otro lado, el Acuerdo Plenario aborda el elemento *por su condición de tal* aunque no lo explica desde una óptica de tipicidad objetiva. Así, cuando estudia el comportamiento típico se limita a establecer las pautas generales sobre el injusto de matar (2017, fundamentos 40-45) y, más bien, considera que el elemento *por su condición de tal* tiene un carácter meramente subjetivo que hace referencia a la minusvaloración, desprecio y discriminación por parte del hombre hacia la mujer (2017, fundamento 49). Al respecto, el Acuerdo Plenario considera en opinión compartida por un sector de la doctrina (Du Puit, 2017, p. 223) que este elemento adicional al dolo en vez de dotar de claridad al tipo penal lo complejiza haciendo más difícil, entre otras cosas, la actividad probatoria.

De ese modo, aunque el Acuerdo Plenario remarca que el dolo debe acreditarse a partir de indicios objetivos y no hurgando en la mente del sujeto activo, lo cual –en sus propios términos- resulta una tarea inconducente (2017, fundamento 47) llama la atención que concluya en la dificultad probatoria del tipo penal, sobretodo porque indica que el móvil de desprecio o minusvaloración de la mujer sólo puede deducirse de criterios objetivos (2017, fundamento 51). Por lo demás, si bien el Acuerdo Plenario no define expresamente qué se entiende por el elemento *por su condición de tal* en términos de tipicidad objetiva, es importante notar que toma como elementos para su acreditación a las relaciones de poder, jerarquía, subordinación e incluso, la actitud sub estimatoria del hombre hacia la mujer (2017, fundamento 50) lo que no hace más que avalar que dicho elemento objetivo puede interpretarse a partir del enfoque de género aunque en este caso, no logró ser incorporado al análisis penal.

Partiendo de las premisas de la Corte Suprema que reconoce la importancia de la Ley N° 30364, pudo observarse que el artículo 4° numeral 3 del reglamento de la referida ley define violencia contra la mujer *por su condición de tal*, como toda “manifestación de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de las mujeres de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad, a través de relaciones de dominio, de sometimiento y subordinación”. En esa medida, si las relaciones de dominio, sometimiento y subordinación se materializan a través de la imposición de estereotipos de género, es justamente ésta el fundamento de la autonomía del delito y el sentido del elemento normativo del tipo *por su condición de tal* (Díaz, Rodríguez y Valega, 2019, p. 69).

Finalmente, el Acuerdo Plenario N° 001-2016/CJ-116 ha hecho referencia a los sujetos activo y pasivo del delito. Al respecto ha señalado que el sujeto activo de feminicidio sólo puede ser un hombre, entendido en un sentido natural o biológico. En

ese extremo, el Acuerdo Plenario parece deducir de la definición de violencia de género que, como el género femenino se encuentra subordinado al masculino, necesariamente quienes actúan en contra de las mujeres para mantener el sistema de género subordinante son los hombres, cuando no existe mayor impedimento en que sea impuesto de mujer a mujer. En efecto, “las propias mujeres pueden juzgar, discriminar o violentar a aquellas que rechacen el guion de identidades dispuesto para todas” (Díaz, Rodríguez y Valega, 2019, p. 66).

A pesar de ello, el Acuerdo Plenario insiste en que, aunque el tipo penal no requiere que el sujeto activo posea una cualificación especial, esta se deduce de la *estructura del tipo* (2017, fundamento 33), término que parece hacer referencia al sistema de género que subordina a las mujeres y que es el contexto en el que se enmarca el delito. De ello, como en razón a la consideración que hombre es un elemento descriptivo del tipo que no requiere interpretación, se considera -además- que este elemento debe definirse desde la identidad sexual y no de género (2017, fundamento 34).

En cuanto al sujeto pasivo del delito, el Acuerdo Plenario señala que sólo puede ser una mujer, también definida desde su identidad sexual. Aunque no lo desarrolla en extenso, el Acuerdo Plenario aplica los mismos criterios utilizados para definir hombre, vale decir, entiende que mujer es un elemento descriptivo del tipo y, sin dar mayor explicación, asume que debe entenderse desde “lo natural”, es decir, desde la identidad sexual, para evitar la vulneración del principio de legalidad (2017, fundamento 35). Con ello, el Acuerdo Plenario limita la comprensión del sujeto pasivo a la mujer cisgénero. En esta interpretación de mujer como en la de hombre, la Corte Suprema no toma en cuenta que, de acuerdo con el Tribunal Constitucional peruano (2016, fundamentos 10-11) los términos hombre y mujer no pueden ser interpretados de manera estática, es decir, desde la identidad sexual sino desde la dimensión interpersonal del sujeto, por tanto, desde la identidad de género.

Como puede observarse el Acuerdo Plenario N° 001-2016/CJ-116 divide el análisis del delito de feminicidio en dos partes que no se conectan: la primera, referida a un acercamiento a la violencia de género y al enfoque de género de manera general; y, la segunda, la interpretación de los elementos del tipo penal sin tomar en consideración el contexto en el que se enmarca, es decir, la violencia de género contra la mujer. Por lo anterior, la Corte Suprema no encuentra respuesta a las interrogantes que plantea la interpretación del delito y pierde de vista su propio fundamento.

3.2 La Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional de Colombia en la interpretación del delito de feminicidio y su impacto en sentencias de instancias inferiores: la integración del enfoque de género al análisis penal

En Colombia, la situación ha sido distinta a lo ocurrido en Perú. Aunque en ese país no existe un supuesto homologable al Acuerdo Plenario, la calidad interpretativa de dos sentencias de la Corte Suprema de Justicia y una de la Corte Constitucional han marcado la interpretación del delito de feminicidio y han impactado en -cuando menos- dos sentencias de primera instancia recogidas para la elaboración de este

trabajo. A continuación, presentamos las referidas resoluciones judiciales narrando los hechos que las precedieron y el razonamiento establecido por los órganos de justicia.

a) *Sentencia 41557 de la Corte Suprema de Justicia- Caso de Alexander Ortiz Ramírez: la definición del elemento contra una mujer por el hecho de serlo*

La Sentencia 41557 de la Corte Suprema de Justicia se pronuncia sobre el significado del elemento *contra una mujer por el hecho de serlo* recogido en la primera versión del delito de feminicidio sancionado en Colombia en el inciso 11 del artículo 104° del Código penal. De acuerdo con los hechos del caso, Alexander de Jesús Ortiz Ramírez mató a su pareja, Sandra Patricia Correa. Previamente, Ortiz Ramírez había violentado a su pareja en diversas ocasiones. Así, en septiembre de 2009 le propinó nueve puñadas y, de manera similar, en septiembre de 2012 la golpeó luego de que la encontró conversando con otra persona a través de una red social. En esa oportunidad, el agresor indicó “*que por sobre el cadáver de él ella se conseguía a otra persona*”. Luego de este acto de violencia, Ortiz Ramírez se mudó a otro inmueble; sin embargo, comenzó a hostigarla, llamándola a su teléfono fijo y celular con el objetivo de confirmar que se encontraba sola. Más aún, los viernes, luego de embriagarse, se dirigía al hogar de su expareja y le profería insultos y amenazas contra su vida. Es en este contexto que el 17 de noviembre de 2012 Ortiz Ramírez y Sandra Patricia Correa fueron al motel Romantic Suites, ubicado en la ciudad de Medellín, y se hospedaron en la habitación 402. Una vez ahí, Ortiz Ramírez apuñaló nuevamente a su expareja, provocando esta vez su muerte.

El 18 de febrero de 2013 el Juzgado 4° Penal del Circuito de Medellín condenó a Alexander de Jesús Ortiz Ramírez a 280 meses de prisión y a la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual tiempo; sanción impuesta por la comisión del delito de homicidio agravado por el numeral 11 del artículo 104 del CPC (“cometer el homicidio contra una mujer por el hecho de ser mujer”). Esta sentencia fue apelada, de forma que el 15 de marzo de 2013 el Tribunal Superior de Medellín confirmó la condena por homicidio, pero excluyó la agravante 11 y redujo la pena de prisión e inhabilitación a 200 meses. De acuerdo con este órgano jurisdiccional, los hechos no permitían inferir un delito motivado por el género o la identidad de género, ya que este no tuvo como base la misoginia, que implica el desprecio y odio hacia las mujeres; en realidad, sostuvo el colegiado, los hechos analizados constituían un “crimen pasional originado en los celos”. Con ello, el Tribunal Superior de Medellín indicó que la aplicación del numeral 11 del artículo 104 vulneraba el principio de legalidad.

El 4 de marzo de 2015 la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia emitió la Sentencia 41557 – primera sentencia emitida por dicho órgano en materia de feminicidio -, a través de la cual se casó parcialmente la sentencia emitida por el Tribunal Superior de Medellín, aplicando la agravante 11 del citado artículo 104° y, por lo tanto, tipificando el caso como un supuesto de feminicidio.

En ese contexto, la Sala de Casación analizó si, como señaló el Tribunal Superior de Medellín, el elemento objetivo *contra una mujer por el hecho de serlo*, es decir, el fundamento del delito de feminicidio, se restringía a los casos en que el sujeto activo

odiaba o menospreciaba a las mujeres. Al respecto, partiendo de la definición dada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Gonzales y otros vs. México (Caso Campo Algodonero) señaló que si bien esta sentencia define el homicidio de una mujer por razones de género como aquel en cual el sujeto activo tiene aversión hacia las mujeres, este supuesto sólo constituye el ejemplo más evidente de homicidio por razones de género. Sin embargo, a consideración de la Corte, el feminicidio no se limita a los homicidios misóginos, sino que “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 y privado) y donde la causa está asociada a la instrumentalización de que es objeto” (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2015, fundamento 3). En este sentido, la Corte establece, como regla dogmática, que el *por su condición de ser mujer* se refiere a que el acto está determinado por la *subordinación y discriminación* contra las mujeres como expresión de una larga tradición de predominio del hombre sobre la mujer.

Así, el feminicidio no se caracterizaría por un elemento volitivo-psicológico, sino por la determinación de un contexto que vincula el homicidio con la subordinación de la mujer. A partir de ello, la Corte descartó que la muerte de Sandra Patricia Correa se tratara de un caso de homicidio por celos y, por el contrario, ratificó que este se cometió porque aquella transgredió el estereotipo de género, según el cual, “la mujer es posesión del varón”. Este razonamiento de la Corte se plasmó de la siguiente manera: Amparada en esta regla, la Corte establece lo siguiente:

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

Todo eso, claramente para la Corte, no es una historia de amor sino de sometimiento de una mujer por un hombre que la considera subordinada y se resiste al acto civilizado de entender que la debe dejar en paz porque ella ya no lo quiere, y elige ejecutar el acto más contundente de despotismo que es la eliminación de la víctima de la relación de poder.” (2015, fundamento 4).

En esta línea, la Sentencia 41557 indica que la muerte de una mujer se vincula a su subordinación cuando, por ejemplo, en el ámbito de la pareja la violencia empleada por el varón está orientada a mantener a su pareja bajo su control y a evitar que ella sea de “alguien más” (2015, fundamento 3). Esto coincide con visiones como la de Pérez Manzano, para quien el feminicidio íntimo opera como un instrumento que castiga a aquellas que no se comportan con el patrón de sumisión al control masculino socialmente exigido y, por tanto, mantiene a la mujer en una posición social de subordinación (2018, p. 176). Es decir, la violencia se despliega como un instrumento para preservar el “derecho” de exclusiva propiedad que el varón cree tener sobre su pareja femenina, afianzando lo que Carole Pateman llamó “el contrato sexual” (1995, pp. 183-185). En tal sentido, no es la intención del sujeto lo que delimita el feminicidio, sino el desvalor el tipo objetivo manifestado en la conducta que reafirma los patrones

culturales que subordinan socialmente a las mujeres (Pérez, 2018, p. 189; Díaz, Rodríguez y Valega, 2019, p. 69; Rivas, 2019, p. 43).

b) *La Sentencia C-297/16 y la Sentencia C-539/16 de la Corte Constitucional: La pluriofensividad del delito de feminicidio*

Como hemos señalado antes, el 6 de julio de 2015 se emitió la Ley N° 1761 “Por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones” (Ley Rosa Elvira Cely). Contra esta norma se presentaron dos demandas de inconstitucionalidad. La primera fue presentada por el ciudadano colombiano Juan Sebastián Bautista Pulido quien cuestionó el literal e) del artículo 104A del Código penal que establece como circunstancia típica del delito de feminicidio que a la muerte de la mujer hayan concurrido o antecedido indicios de cualquier tipo de violencia o amenaza en el ámbito doméstico, familiar, laboral o escolar o de violencia de género, independientemente de que el hecho haya sido denunciado o no.

A consideración del demandante el mencionado literal vulneraba el principio de legalidad y el derecho al debido proceso. Ello debido a que constituiría un tipo penal abierto en el que no se ha determinado de forma inequívoca y clara la motivación o intención del sujeto activo -el haber matado a la mujer por motivos de género-. Ante esta argumentación, la Corte Constitucional de Colombia emitió la sentencia C-297/16, en la cual señaló que los antecedentes o indicios descritos en dicho precepto legal *necesariamente hacen referencia a la violencia de género* (2016a, fundamento 59).

La otra demanda de inconstitucionalidad presentada contra la Ley N° 1761 fue promovida por Juan Pablo Acosta Navas, John Fredy Ríos Agudelo y Luis Felipe Villa García en contra del artículo 104A, en lo referido a la inclusión del término *por su condición de ser mujer*, y del artículo 104-B, literales a) y g). Es preciso recordar que el literal a) agrava la pena del delito de feminicidio *cuando el autor tiene la calidad de servidor público y desarrolla la conducta punible aprovechándose de esta calidad*, mientras que el literal g) agrava la pena cuando el autor coloca a la víctima en *una situación de indefensión o inferioridad* o se aprovecha de esta situación.

Más allá de resolver las cuestiones vinculadas a los vicios de inconstitucionalidad aducidos por los demandantes en las sentencias mencionadas. Estas son importantes porque se pronuncian en torno al bien jurídico protegido por el delito de feminicidio. Al respecto, comprendiendo que el tipo penal ocurre en un contexto de violencia de género, ambas sentencias reconocen que el delito no sólo protege la vida sino un interés adicional vinculado a la situación de discriminación estructural en la que se encuentran las mujeres.

Así, la Corte Constitucional de Colombia estableció, en la Sentencia C-297/16, lo siguiente:

“En este sentido, dado que los bienes jurídicos protegidos por la norma acusada van más allá de la vida y se encuentran ligados a la protección de las mujeres frente a patrones de discriminación que configuren la intención de matarlas por razones de género, esta Sala es enfática en establecer que el elemento esencial del tipo radica en el hecho de matar a una mujer por el hecho de serlo” (2016a, fundamento 13).

Como vemos, la Corte Constitucional de Colombia ha reconocido que existe un bien jurídico adicional a la vida y que se vincula directamente con la protección de las mujeres frente a la discriminación. Esta línea ha sido mantenida en la sentencia C-539/16, donde indicó lo siguiente:

“El móvil que lleva al agente a terminar con la existencia de la mujer comporta no solo a una transgresión al bien jurídico de la vida, como sucede con el homicidio, sino, según la exposición de motivos de la ley que creó el delito, la lesión a la dignidad humana, la igualdad, la no discriminación y el libre desarrollo de la personalidad de las víctimas (...) aunque el resultado sea el mismo que en el homicidio, la privación de la vida en este caso adquiere connotaciones y significados negativos distintos y por ello los sanciona también de manera diferente” (2016b, fundamento 6).

De esta forma, en ambos casos la Corte Constitucional de Colombia ha entendido a partir del contexto de violencia de género en el que se ha cometido el delito que el legislador ha optado por la autonomía del delito de feminicidio en tanto este posee un elemento adicional que lo hace distinto de los tipos de homicidio. En ese marco, la comprensión de que el tipo penal recoge la situación de discriminación estructural contra las mujeres le ha llevado a delinear como intereses posibles de defensa la dignidad, la igualdad, la no discriminación y el libre desarrollo de la personalidad de la víctima que, como se ha señalado antes son intereses relevantes para la sociedad reconocidos constitucionalmente por lo que pueden ser elevados a la categoría de bien jurídico penal.

En esta medida, la aplicación del enfoque de género evidencia que el feminicidio no solo se relaciona con la vida humana independiente, sino con el interés jurídico colectivo de las mujeres de no vivir en situación de discriminación estructural. Sobre este punto, Bodelón señala que la piedra angular para un Derecho no androcéntrico es admitir el contexto patriarcal en el que se vive y, por tanto, reconocer la necesidad de reconocer bienes jurídico-penales orientados a garantizar el derecho a la ausencia de subordinación social (2008, p. 287). En esta línea, el reconocimiento de la igualdad como bien jurídico es el que fundamenta que, desde la imputación objetiva, se limiten las acciones prohibidas a las que, por colocar en peligro a la igualdad material de las mujeres, suponen formas de violencia de género (2008, p. 31). Por tanto, resulta incoherente admitir que el feminicidio es una forma de violencia de género y, al mismo tiempo, negar que este delito protege, además de la vida humana, a la igualdad material.

c) Las sentencias de instancias inferiores: el impacto de la integración del enfoque de género en su argumentación

La primera sentencia que hemos revisado es Sentencia 281049 - caso de Rafael Uribe Noguera. De acuerdo a la acusación fiscal, en la mañana del 4 de diciembre de 2016 Rafael Uribe Noguera condujo su camioneta al barrio Bosque Calderón Tejada, ubicado en la ciudad de Bogotá. Una vez ahí, divisó a la niña Y.A.S.M. y le pidió que se acercase a su camioneta para hacerle una pregunta. Cuando la niña se acercó a Uribe Noguera, este la introdujo por la fuerza a su vehículo y se dio a la fuga. Posteriormente, llevó a la niña Y.A.S.M. al edificio Equus 64 y, luego, al apartamento 603 del edificio Equus 66. Después de unas horas, Uribe Noguera se fue a su residencia

ubicado en el edificio Equus 64 y, posteriormente, regresó al edificio Equus 66, del que finalmente se retiró en horas de la tarde.

A las 21:25 del mismo día, la policía judicial ingresó al apartamento 603 del edificio Equus 66, encontrando el cuerpo de Y.A.S.M. desnudo, sin vida, bañado de aceite de cocina y con una prenda de color rojo atada a la cintura con un moño. Según lo establecido por el informe pericial, la muerte de la niña se produjo por asfixia combinada por sofocación y estrangulamiento, asociados con signos de actividad sexual. Ante las contundentes evidencias, Uribe Noguera aceptó los cargos como autor de feminicidio agravado, secuestro agravado y acceso carnal violento agravado. Sin embargo, indicó que al momento de los hechos no era dueño de sus propios actos, debido a la ingesta de sustancias estupefacientes y alcohólicas que le provocaron, supuestamente, un tipo de inconciencia.

El 29 de marzo de 2017 el Juzgado 35 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá emitió la sentencia 281049, a través de la cual Rafael Uribe Noguera fue condenado a 622 meses de prisión y a la multa consistente en el pago de 100 unidades de salario mínimo mensual legal vigente. Dicha sanción fue establecida por la comisión de los delitos de feminicidio agravado, secuestro agravado y acceso carnal violento agravado en contra de la niña identificada como Y.A.S.M. Esta sentencia es importante porque en línea de lo resuelto en la Sentencia 41557 de la Corte Suprema de Justicia- Caso de Alexander Ortiz Ramírez desarrolla indicó que la muerte de una mujer antecedida de violación sexual supone un feminicidio, toda vez que esta forma de violencia expresa que las mujeres y sus cuerpos son objetos sexuales definidos por el placer masculino, es decir, sostuvo la imputación por feminicidio cuando la muerte de una mujer se fundamenta en la imposición de un estereotipo de género. En este punto, es interesante citar el siguiente fragmento de la mencionada sentencia:

El cuerpo es por esencia el lugar en el que se refleja, se materializan y se reproducen las interpretaciones culturales que la sociedad hace sobre los roles de ser hombre y de ser mujer. (...) Las mujeres como colectivas dominadas han sido apropiadas por los hombres y rebajadas al rango de objeto sexual. Las mujeres son sexualidad y nada más que sexualidad. Por ello justamente, a las mujeres no se les permite tener sexualidad de manera autónoma, sino ser sexualidad debidamente controlada. El control sobre la sexualidad femenina ressignifica su cuerpo: le niega la posibilidad de proporcionarse placer, lo convierte en objeto de satisfacción sexual masculina y, en el mejor de los casos, es solo una herramienta de reproducción. (...) (Juzgado 34 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento, 2017, p. 27)

De otro lado, conviene también mencionar en este acápite al Fallo N° 063. Radicación 412986000591201700156 – caso Davinson Erazo Sánchez. De acuerdo a la acusación del Ministerio Público, Y.A.S.M, mujer *trans*, era la dueña de un salón de belleza ubicado en el Barrio Las Mercedes de Garzón, Huila. En este contexto, Y.A.S.M conoce a Davinson Stiven Erazo Sánchez, quien era un cliente de su establecimiento. En agosto de 2016, Erazo Sánchez habría intentado agredir a Y.A.S.M con un machete; sin embargo, en dicha oportunidad no consumó el delito. Lamentablemente, el 9 de febrero de 2017 Erazo Sánchez ingresó al salón de belleza de propiedad de Y.A.S.M y le disparó con una escopeta, provocándole la muerte.

Ante estos hechos, el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Garzón dictaminó que la conducta de Davinson Stiven Erazo Sánchez

supuso un concurso heterogéneo entre el delito de feminicidio agravado y el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones. Aunque, el órgano jurisdiccional consideró que el delito había sido cometido en un estado de inimputabilidad penal, regulado en el artículo 33 del CPC, por cuanto se acreditó un trastorno mental en el procesado, esta sentencia es relevante porque considera que una mujer *trans* puede ser sujeto pasivo del delito de feminicidio. Es preciso destacar que, si bien el precepto legal del feminicidio contiene una referencia a que el feminicidio se puede cometer *por su identidad de género*, el sujeto pasivo es el mismo que el peruano: una mujer. Sin embargo, a diferencia del Acuerdo Plenario N°001-20016/CJ-116, el Juzgado Segundo argumentó lo siguiente:

“Destáquese de entrada que, la Fiscalía General de la Nación desde las audiencias preliminares pese a identificar a la víctima como L.A.R.C., que en principio respondería como a una víctima de “sexo” masculino, se presentó con claridad, que la identidad de género de está correspondía a la femenina: por las sencillas razones que, en un medio social, público y familiar, L.A. era una mujer *trans*. (...)

Del respeto a ésta individualidad, surge el derecho al libre desarrollo de la personalidad, y como uno de sus fundamentos, la identidad de género entendida, en un concepto mucho más amplio como: la vivencia interna e individual del género tal como cada personal experimenta profundamente, lo cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento (...) (2018, pp.10-11)

Destaca de la argumentación antes citada el uso de los Principios de Yogyakarta, los cuales, si bien son *soft law*, han sido empleados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Duque vs. Colombia) para dotar de contenido a los derechos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos (Lengua, 2018, p. 40). En esta medida, el reconocimiento de la identidad de género se desprende de los derechos reconocidos por la Convención Americana, debiendo ser aplicada por los jueces penales al momento de llenar de contenido a elementos del tipo como el referido a la víctima del delito de feminicidio.

En esta línea, la integración del enfoque de género al análisis del tipo penal debe visibilizar que el *telos* del feminicidio se orienta a proteger a las mujeres –sin importar que sean *cis* o *trans*- de los actos de violencia de género. En esta medida, una mujer *trans* puede ser violentada por su pareja por cuestionar estereotipos de subordinación o puede ser asesinada en un contexto de explotación sexual en el que se le impone el carácter de objeto sexual. Más aún, las mujeres transgénero expresan el cuestionamiento constante a un patrón social patriarcal (Perez, 2018, p. 181) y, por tanto, las coloca en una especial situación de riesgo frente a este delito.

3. REFLEXIÓN FINAL

La interpretación del delito de feminicidio implica entenderlo como una forma de violencia basada en género. Por tanto, es necesario utilizar el enfoque de género. En Perú, el Acuerdo Plenario N° 001-2016/CJ-116 desarrollado por la Corte Suprema supuso un importante avance, en la medida que se contextualiza al feminicidio en un contexto social de subordinación de las mujeres. Sin embargo, la Corte Suprema no integra el contexto antes referido con la interpretación del tipo penal. Como consecuencia de ello se producen problemas respecto al bien jurídico protegido – y

por lo tanto, con la justificación y el radio de acción del tipo penal-, el elemento *por su condición de tal* y el sujeto activo y pasivo del delito.

La revisión de la jurisprudencia colombiana más importante y el posterior análisis comparativo han develado que aquellas, frente al Acuerdo Plenario N° 001-2016/CJ-116, han integrado de manera más clara el enfoque de género y la interpretación del tipo penal. De esta manera, han admitido que el bien jurídico protegido por el feminicidio va más allá de la vida y, con ello, se aproxima a la doctrina que considera que estamos frente a un delito pluriofensivo que también protege la igualdad material de las mujeres. Este reconocimiento tiene una utilidad práctica, toda vez que ayuda a los jueces y juezas a excluir aquellas acciones que no suponen formas de violencia de género. Asimismo, la jurisprudencia colombiana ha desarrollado el *por su condición de mujer* sin emplear subjetivismos innecesarios y concibiéndolo como una forma de afirmar patrones o roles que subordinan a las mujeres. Más aún, ha desarrollado como este elemento se expresa en los actos de violencia en el ámbito de pareja y en el contexto de la violencia sexual. Finalmente, una reciente jurisprudencia colombiana ha incorporado dentro del círculo de sujetos pasivos a las mujeres *trans*. Esta interpretación es coherente con el *telos* de la norma penal y con el hecho de que las mujeres *trans* presentan una especial situación de vulnerabilidad de ser violentadas y asesinadas *por su condición de tal*.

4. BIBLIOGRAFÍA

- Alonso, M. (2008). "Protección penal de la igualdad y derecho penal de género", *Cuadernos de Política Criminal*, (95), pp. 19-52.
- Benavides, D. (2017). "Apuntes sobre la criminalización del feminicidio en Colombia a partir de la ley *Rosa Elvira Cely*: entre la atención a la violencia de género y el punitivismo". En Silva, C. (Coord.) *Género y Derecho Penal. Homenaje al Prof. Wolfgang Schöne*. Lima: Instituto Pacífico, pp. 227-243.
- Benavides, F. (2015). "Feminicidio y Derecho penal", *Revista Criminalidad*, Vol. 57, N° 1, Enero-Abril, pp. 75-90.
- Bodelón, E. (2008). "La violencia contra las mujeres y el derecho androcéntrico: perdidas en la traducción jurídica del feminismo". En: Lorenzo, P. Maqueda, M.L y Rubio, A. (Coords.) *Género, violencia y derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 273-299.
- Díaz, I., Rodríguez, J. y Valega, C. (2019). *Feminicidio. Interpretación de un delito de violencia basada en género*. Lima: Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. (<http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/166017/Feminicidio%2011-03-19.pdf?sequence=1&isAllowed=y>)
- Castillo, J. (2014). *El delito de feminicidio. Análisis Doctrinal y Comentarios a la Ley N° 30068*. Lima: Normas Jurídicas.
- Hugo, J. (2019). "El delito de feminicidio. Cuestiones críticas al tipo penal". En *El delito de feminicidio en el ordenamiento jurídico peruano*. Lima: Instituto Pacífico, pp. 47-68.

- Du Puit, J. (2017). "Feminicidio: Criterios Ideológicos y Recurso al Derecho Penal". En Silva, C. (Coord.) *Género y Derecho Penal. Homenaje al Prof. Wolfgang Schöne*. Lima: Instituto Pacífico, pp. 217-225.
- Jollin, N. (2016). "Gender-Based violence in Colombia: New Legislations Targets. Femicide and Acid Attacks", *Tulane Law Review*, Vol. 91, pp. 371-404.
- Meini, I. (2018). "Sobre la interpretación en Derecho Penal". En *Liber Amicorum. Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr. h. c. Juan Ma. Terradillos Basoco*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 157-170.
- Munévar, D. (2012). "Delito de femicidio. Muerte violenta de mujeres por razones de género", *Estudio Socio-Jurídicos*, Bogotá (Colombia), 14(1), Enero-Junio, pp. 135-175.
- Laporta, E. (2012). *El feminicidio/femicidio: reflexiones del feminismo jurídico* (Tesina para obtener el título de máster oficial en Estudios Avanzados en Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid). Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas.
- Lengua, A. (2018). *La transformación del Derecho: La Protección del Derecho a la identidad de las personas trans desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. (Tesis para optar por el título de Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú). Lima: Pontificia Universidad Católica de Perú.
- Pateman, C. (1995). *El contrato sexual*. México D.F: Anthropos.
- Peña, A. (2017). *Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Pérez, M. (2018). "La caracterización del feminicidio de la pareja o expareja y los delitos de odio discriminatorio", *Revista Derecho PUCP*, N° 81, pp. 163-196.
- Reátegui, J. (2017). "El delito de parricidio y de feminicidio en el Código Penal". En: Reátegui, J. y Reátegui, R. *El delito de feminicidio en la doctrina y la jurisprudencia*. Lima: Iustitia, pp. 11-118.
- Rivas, S. (2019) ¿Matar a una mujer es más grave que matar a un hombre? En: V.V.A.A., *El delito de feminicidio en el ordenamiento jurídico peruano*. Lima: Instituto Pacífico, pp. 9-45
- Salinas, R. (2015). *Derecho Penal. Parte Especial*. 6ta edición. Volumen 1. Lima: Iustitia.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (2016). Expediente N° 0047-2004-AI/TC.
- Silva, J.M. (2006). "Sobre la interpretación teleológica en Derecho Penal". En: Díaz, M. y García, J. (Eds.) *Estudios de filosofía del derecho penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 367-395.
- Toledo, P. (2014). *Femicidio/Feminicidio*. Buenos Aires: Didot.
- Ugaz, J. (2012). "El delito de feminicidio en el Perú: ¿excesiva victimización de la mujer? En: Ugaz, J. y Polarino-Orts, M. (Eds.) *Feminicidio y discriminación positiva en derecho penal*. Lima: ARA, pp. 146-165.