Sujeto activo del delito de feminicidio / femicidio: un paralelo entre Colombia y Argentina

Active subject of the crime of femicide / femicide: a parallel between Colombia and Argentina

Estefanía Osorio Hernández *

*Abogada de la universidad la Gran Colombia- Sede Armenia.Especialista en Derecho penal de la Universidad UPB. Especialista en Teorìa del Delito- Universidad Nacional de Rosario - Argentina. Candidata a Magister en Justicia Penal-Universidad de Salamanca - España. Defensora pública, Docente Universitaria, Abogada Penalista

Fecha de recepción: julio de 2021
Fecha de aprobación: abril de 2022

Para citar este artículo / To reference this article
Osorio, E. (2022) Sujeto activo del delito de feminicidio / femicidio: un paralelo entre Colombia y Argentina. Inciso, 24(1)

DOI: http://dx.doi.org/10.18634/incj.24v.1i.1231

Resumen

Lo pretendido con este artículo, más allá de aportar a dilucidar en el desacuerdo que existe en Latinoamérica sobre las diversas definiciones del delito de feminicidio/femicidio en Colombia y Argentina, distantes en territorio, muestra que los países se unen en pro de la lucha contra la violencia de género. Ambos comparten perspectivas respecto a si este neologismo, entraña que la definición del tipo penal implica que el sujeto activo sea indeterminado, por el contrario, cualificado. Esta discusión no ha sido pacífica por los teóricos de la materia. Es por ello, que el presente escrito traerá diversas definiciones que se han presentado del delito de femicidio/ feminicidio tanto desde un aspecto sociológico como jurídico. Posteriormente, se presentará el análisis del tipo penal objetivo del delito citado que se encuentra en ambas legislaciones. Anticipando un poco, se verá el tipo penal consagrado en el Código Penal Colombiano en el artículo 104ª. Continuaremos con el análisis al tipo penal objetivo del delito de femicidio, el cual se encuentra estipulado en el Código Penal Argentino en el artículo 80, este delito continúa

siendo un agravante del de homicidio con una particularidad: que el sujeto activo sí tiene una cualidad el cual señala “por un hombre”. De igual forma, se abordarán los motivos que llevaron a los legisladores argentinos a consagrar este agravante. Para finalizar, se analizará de conformidad con las diversas teorías sobre la materia, si el sujeto activo debe ser indeterminado o por el contrario debe tener una cualificación.

Palabras claves: Femicidio, feminicidio, sujeto activo, sujeto indeterminado o cualificado.

Abstract

What is intended with this article, beyond helping to elucidate the disagreement that exists in Latin America about the various definitions of the crime of feminicide/femicide in Colombia and Argentina, distant in territory, shows that the countries unite in favor of the fight against gender violence. Both share perspectives regarding whether this neologism implies that the definition of the criminal type implies that the active subject is indeterminate, on the contrary, qualified. This discussion has not been peaceful by theorists of the matter. It is for this reason that this document will bring various definitions that have been presented of the crime of femicide/feminicide both from a sociological and legal aspect. Subsequently, the analysis of the objective criminal type of the cited crime that is found in both legislations will be presented. Anticipating a little, we will see the criminal type enshrined in the Colombian Penal Code in article 104. We will continue with the analysis of the objective criminal type of the crime of femicide, which is stipulated in the Argentine Penal Code in article 80, this crime continues to be an aggravating circumstance of homicide with a particularity: that the active subject does have a quality the which indicates “by a man”. In the same way, the reasons that led the Argentine legislators to consecrate this aggravating circumstance will be addressed. Finally, it will be analyzed in accordance with the various theories on the matter, if the active subject must be indeterminate or, on the contrary, must have a qualification.

Key words: Femicide, feminicide, active subject, undetermined or qualified subject.

Definiciones femicidio/feminicidio

A lo largo de la construcción de esta locución han surgido diversas definiciones. Los primeros aportes para la definición del vocablo de femicidio (*Femicide*) fueron realizados por Diana Russel, Jane Caputti y Jill Radford. Russel y Caputti lo definen como: “El asesinato misógino de mujeres perpetrados por hombres” (Radford, 1992, p. 3).

Russel junto a Caputti lo definen como: “La más extrema forma de terrorismo sexista motivado por odio, placer o sentido de propiedad de la mujer” (Caputi, 1992, p. 15), posteriormente e iniciando la década de los noventa Karen Stou expuso este concepto como *“Initimate femicide”* haciendo referencia a los crímenes perpetrados por las parejas. Este fue tomando auge a medida en que avanzaba la década y fue en 1998 que Campbell y Runyan definen de una manera más amplia dicho concepto como: “Todo asesinato de una mujer sin importar el motivo o el estatus del perpetrador”, (Campell, 1998, pp. 347-352) .

ISSN: 1794-1598

Debido a toda esta tendencia que se fue generando, Latinoamérica no fue ajena en interesarse en el tema, por la evidente violencia contra la mujer que se ha venido desarrollando durante décadas y una de las situaciones más preponderantes fue el triste episodio del campo algodonero en ciudad Juárez, México y otros vejámenes que sucedieron en Guatemala y El Salvador.

En el momento que se genera la traducción de *Femicide* en concreto se han tomado dos vertientes "femicidio" o "feminicidio":

> La diferencia entre estas dos expresiones ha sido objeto de profunda discusión a nivel latinoamericano, y la mayor parte de las investigaciones sobre este tema en la región dedican un capítulo o sección a la distinción entre ambas, y aún en la actualidad se sostiene que no existe consenso a nivel teórico en cuanto al contenido de cada uno de estos conceptos· (Toledo, 2009, p. 25)

Lo que es notorio es que la mayoría de estos conceptos son desde una óptica sociológica y no pueden ser en gran parte aplicados en el ámbito penal, ya que no se puede olvidar el principio de legalidad, sin embargo, son importantes tenerlos como referencia para mirar la evolución histórica que ha tenido este vocablo hasta llegar a la definición estrictamente jurídica.

Una vez el concepto es adoptado en América Latina, se señala que el femicidio es: "Muerte violenta de mujeres, por el hecho de ser tales" o "asesinato de mujeres por razones asociadas a su género" (Chejter, 2005, p. 10). Es importante resaltar la expresión de muerte violenta, lo que nos hace reflexionar que no toda muerte de una mujer debe ser considerada femicidio/ feminicidio y debe tener una característica violenta para que se pueda tipificar el mismo en el ámbito de relaciones desiguales de poder.

Cuando nos adentramos al concepto es notoria la similitud de la expresión femicidio con el homicidio, y en las palabras de la antropóloga Marcela Legarde: "En castellano femicidio es una voz homóloga a homicidio" y "sólo significa asesinato de mujeres", por lo que afirma Legarde que dicha definición olvida la responsabilidad del Estado en estos crímenes y por eso manifiesta: "La inexistencia del estado de derecho, bajo la cual se reproduce la violencia son límite y los asesinatos sin castigo e impunidad" (Legarde, 2005, p. 155).

Si bien no existe consenso aún, es claro que todo es tomado desde el concepto primigenio de Diana Russel al hablar de *"Femicide"* (Femicidio) en 1967 en el Tribunal internacional de crímenes contra mujeres en Bruselas donde expone que gran parte de los homicidios cometidos contra las mujeres son femicidios.

Es preciso resaltar que aún hay muchas ilustraciones que se pueden traer a colación con respecto a tan discutida definición, pero considero que desde un concepto más apegado al ámbito jurídico-penal, la definición más completa es la explicada por el Comité de expertas y expertos en violencia de mecanismos de seguimiento de la implementación en la Convención de Belem do pará (2008), la cual reza lo siguiente:

> Muertes violentas de las mujeres por razones de género, ya sea que tenga lugar dentro de la familia, unidad doméstica o cualquier otra relación interpersonal; en la comunidad, por parte de

> cualquier persona o que sea perpetrada o tolerada por el Estado y sus agentes, por acción u omisión. (p.6)

Para complementar dicho concepto la Corte Constitucional Colombiana lo señala como:

> Al tipo penal que castiga los homicidios de mujeres por el hecho de ser tales en un contexto social y cultural que las ubica en posiciones, roles o funciones subordinadas, contexto que favorece y las expone a múltiples formas de violencia. Negritas fuera de texto (Sentencia C-297/16)

Análisis del tipo penal objetivo en Colombia

Colombia siempre ha sido neófita en temas de violencia de género, sin embargo, en el 2008 realiza un giro revolucionario en torno al tema e implementa la Ley 1257 de 2008, la cual modifica el Código Penal en el artículo 104 (agravantes del homicidio) y le agrega el numeral 11.

En esta fase primigenia de visualización de la violencia contra la mujer manifestada en su máxima expresión (muertes de mujeres), no se realizó distinción alguna del vocablo a utilizar (femicidio/ feminicidio) y tampoco prestaba mayores discusiones debido a lo poco tenida en cuenta por las partes integrantes del proceso penal y peor aún la poca importancia que le prestaba el ente acusador en ese momento por el desconocimiento de la materia.

Es notorio al realizar la lectura del antiguo agravante que no hacía hincapié en el sujeto activo del delito, lo que se esboza de la interpretación del mismo, que era indeterminado al señalar:

> **Artículo 104** circunstancias de agravación punitiva:
>
> Circunstancias de Agravación. La pena será de cuatrocientos (400) a seiscientos (600) meses de prisión, si la conducta descrita en el artículo anterior se cometiere: (...) 11. si se cometiere contra una mujer por el hecho de ser mujer.

La jurisprudencia nacional con respecto al tema fue nula y solo una causa llegó a la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal y la misma es admitida en el alto tribunal con el fin de desarrollar jurisprudencia, en donde el alto tribunal en lo penal establece:

> 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. (Sentencia SP2190-2015)

Este agravante en su momento tuvo un sinnúmero de dificultades, debido a que no era diáfano lo referente de matar a una mujer por el hecho de serlo, lo que llevó a un grado de desconocimiento y poca aplicación del mismo.

ISSN: 1794-1598

El agravante consagrado en el otrora numeral 11 del artículo 104 del Código Penal, evoluciona en el tipo penal autónomo, luego de un atroz crimen cometido en el Parque Nacional en Bogotá D.C. contra la humanidad de Rosa Elvira Cely, el 24 de mayo de 2012, situación que prendió las alarmas en todo el territorio colombiano y la Comisión para la Mujer presenta ante el Senado un proyecto de ley con el nombre de "Rosa Elvira Cely", con el objetivo de que el feminicidio se convirtiera en un delito autónomo y se distinguiera de manera independiente la violencia contra la mujer otorgándole la siguiente definición:

> El concepto dogmático de feminicidio consiste en la supresión por conducta del autor, de la vida de una mujer (tipicidad), sin justificación jurídicamente atendible (antijuridicidad), en forma dolosa o intencional, observándose una relación de causalidad entre la conducta del agente y el resultado de muerte en la mujer.(p.8)

Después de varios debates, en el Capitolio Nacional fue aprobada la Ley 1761 de 2015 en su artículo 2:

> La Ley 599 de 2000 tendrá un artículo 104A del siguiente tenor:
>
> **Artículo 104A.** Feminicidio. Quien causare la muerte a una mujer, por su condición de ser mujer o por motivos de su identidad de género o en donde haya concurrido o antecedido cualquiera de las siguientes circunstancias, incurrirá en prisión de doscientos cincuenta (250) meses a quinientos (500) meses. (...)

En el anterior artículo se distingue que el sujeto activo del mismo sigue siendo indeterminado, el legislador no especifica el sexo del sujeto activo el cual puede cometer el delito, por lo que se entiende que cualquier persona puede ser el sujeto agente, ya que es importante resaltar que no solo se busca la protección de las mujeres por parte de las agresiones de sus parejas, sino de toda violencia proveniente en relaciones de poder desiguales por lo que no todas las relaciones de dominio se dan en el marco de una relación sentimental. Por lo que es un tipo diferente al homicidio en lo que entiende no solo en cesar la vida en un sentido biológico, debido a las motivaciones implícitas del autor de la conducta en lo atinente a una historia de discriminación fundada en la desvalorización del ser humano y social de la mujer y en donde se le ha permitido y legitimado ejercer actos de castigo y subordinación por no cumplir el rol asignado en la sociedad, lo que nos lleva a analizar que todo ese sometimiento no solo es proveniente del hombre, sino que también puede ser ejercido en esas relaciones desiguales de poder y pueden ocurrir entre madre e hija o viceversa, nuera, suegra e incluso en parejas del mismo sexo.

La jurisprudencia nacional hizo referencia al respecto:

> [...] El feminicidio es un acto de extrema violencia, pero perfectamente coherente y armónico con un contexto material de sometimiento, sujeción y discriminación, al que ha sido sometida la mujer de manera antecedente o concomitante a la muerte. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-539/16, 2016).

Este concepto de la Corte Constitucional en la Sentencia, C-539/16, 2016 da claridad a la exposición que se pretende con el delito, debido a que resalta que debe existir violencia extrema para que se estructure el delito, que sea preponderante la discriminación por ser mujer y tener

en cuenta que esos actos de discriminación pueden ser antes o en el momento en que se le cause la muerte.

De conformidad con ello, es claro que la Corte Constitucional resalta que el sujeto pasivo debe sufrir discriminación para que se estructure el delito y todo condicionado también a situaciones culturales que llevan a esta conducta discriminatoria para con la población femenina. Por lo que el mismo alto tribunal se ha referido que la violencia es un problema que encuentra su génesis en prejuicios atinente al género (Corte Constitucional, Sala Plena, C-539/16). Debido a lo anterior, es importante que el sujeto activo permanezca indeterminado, ya que lo referente a todos estos actos discriminatorios y estereotipos de género que se han producido a lo largo de nuestra historia pueden provenir de los dos sexos.

Análisis tipo penal objetivo en Argentina

Luego de varios desacuerdos con respecto o no de la tipificación del delito de femicidio, porque el mismo recibió críticas debido a que para algunos juristas de la región se debía trabajar en políticas públicas preventivas, pese a esas cítricas se contó con el apoyo de la asociación civil "Casa de Encuentro" que llevaba unas estadísticas desde el 2008 de los feminicidios registrados en el país (Todelo, 2014, p. 224).

El principal objetivo de consagrar este agravante tuvo como soporte lo siguiente:

> La introducción de estas agravantes se inscribe en una tendencia regional de sancionar delitos de género de modo diferencial, abandonando la formulación de tipos penales con género neutral. La tipificación diferencial tiene por fin visibilizar estos hechos como emergentes de una situación de desigualdad estructural de género, con importantes efectos simbólicos, dado que revierte estereotipos que naturalizan la violencia, la minimizan y la reducen al ámbito privado. Por el contrario, la sanción de delitos de género envía un mensaje de que la violencia de género resulta absolutamente reprochable y merece la mayor condena social. (Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres, 2017, p. 5)

Finalmente, en el 2012 en la Ley 26.791 el Senado y la Cámara de la Argentina sancionaron con fuerza de ley:

> **ARTICULO 1°** —Sustitúyanse los incisos 1º y 4° del artículo 80 del Código Penal que quedarán redacción Artículo 80: Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare:
>
> 1°. A su ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia.(...)
> 4°. Por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión.(...)
>
> **ARTÍCULO 2°** — Incorpórense como incisos 11 y 12 del artículo 80 del Código Penal los siguientes textos:
> (...)

ISSN: 1794-1598

> 11. A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género. (...)
> 12. Con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación en los términos del inciso 1. (Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres, 2016, p.8)

Al igual que en el caso colombiano en sus albores de tipificación del delito, la construcción se emplea como un agravante en el delito de homicidio con la particularidad que el sujeto activo si es determinado, específicamente el código penal señala: "Por un hombre y mediare violencia de género", (Código Penal Argentino). de conformidad y bajo esta premisa se desprende que solo la violencia de género puede ser cometida por el sexo masculino o que la autoría del delito solo recae en varones. A su vez superado por años el derecho penal de autor ignorando el derecho penal de acto preponderante en Sudamérica, ya que no solo se basa en la prohibición de matar a una mujer por el hecho de ser mujer, sino en la identidad del sujeto activo, contrario a los postulados actuales del derecho penal, (Toledo Vázquez, 2009, p. 193) por lo que no es pertinente sancionar a una persona por sus características físicas e intelectuales sino por el hecho que ha cometido. Por lo que se debe mantener una proporción entre el delito y el sistema jurídico penal en un estado social de derecho.

Así lo indica Marco Antonio Terragni al manifestar lo siguiente:

> Enfocando la inteligencia en la punición, aquella relación implica que un delito no debe acarrear una pena que no guarde concordancia con el injusto y la culpabilidad del autor; además, con lo que dispone la Constitución nacional y con la que se amenaza a los demás delitos. También indica que su autor de un hecho ilícito de esta naturaleza no tiene que ser castigado más allá de lo que la razón –guiada por el sentimiento de justicia- sugiere como necesario. Todo ello teniendo en cuenta que la reacción penal ha de ser exactamente proporcionada al fin que con la misma se persigue (Terragni, 2019, p.1)

En el estudio realizado por la Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres se puede percibir, luego de 5 años de entrar en vigencia, el agravante solo se habla de casos sobre femicidios en relaciones de pareja o relaciones sentimentales esporádicas o no propiamente sentimentales, pero que existía un conocimiento previo, demostrando:

> En el 85% de las sentencias existía un vínculo de pareja/ex pareja/noviazgo entre autor y víctima el 7% de los casos eran conocidos, mientras que en el 6% no tenían ningún vínculo (3 casos). Hay un único caso de un femicidio cometido en el marco de una relación familiar, en la que un hombre asesinó a la hija de su ex pareja dado que la acusaba de haber sido la causante de la separación. (Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres, 2017, p. 15)

Si bien la mayoría de los casos suceden en el ámbito de una relación sentimental sea por vínculo de matrimonio, concubinato o noviazgo es preponderante señalar que este odioso crimen, no solo debe ser tratado en relaciones amorosas, sino también en relaciones desiguales de poder. La historia y estudios demuestran que la mayoría de los casos se dan entre parejas heterosexuales, sin embargo, no es pertinente dejar vacíos en las normatividades, debido que el motor principal de los agravantes es visibilizar la violencia de género.

Al cualificar el sujeto activo se está silenciando voces de mujeres que estén sometidas a malos tratos y discriminación, el cual afecta todo lo relacionado a llevar una vida digna, ya que como se señaló el femicidio no solo protege el bien jurídico vida, entendido el mismo como vida biológica o cese de las actividades vitales, sino que es pluriofensivo en donde se protege la dignidad humana de la mujer, al no ser discriminada incluso por no cumplir el rol que se le ha delegado en la sociedad por las estructuras patriarcales que se ha fundamentado en la región.

Al ser el femicidio un agravante de artículo 80 del Código Penal Argentino y debido a toda la estructura que deben tener los tipos penales consagrados en la parte especial de las codificaciones, es importante examinar ese aspecto en lo atinente en la técnica legislativa utilizada y que tanto la misma puede estar violentando derechos y principios constitucionales. En palabras de Zulita Fellini - Carolina Morales Deganut establecen:

> De acuerdo a la tradicional clasificación de los tipos penales, se considera que constituyen tipos comunes, en contraposición a los especiales, los que pueden ser realizados por cualquier persona, como es el caso de los delitos de homicidio contenidos en la figura del art. 79 del CP. Los tipos especiales requieren una determinada calidad de autor, razón por la que no pueden ser realizados por cualquier persona, y deben distinguirse en tipos especiales propios e impropios. En estos últimos la calidad especial de autor no es requisito del tipo básico, pero opera como agravante, como sucede en los homicidios agravados por el vínculo, caso en el que quedaría comprendido el llamado delito de femicidio. Si el tipo penal requiere que la muerte de la mujer sea cometida por un hombre, es evidente que no puede encuadrarse dentro de los tipos penales comunes o generales. Dentro de los tipos especiales impropios, requeriría una calidad especial en el autor, y esta calidad especial parece razonable que no puede estar dada por el sexo. Si esto fuera posible, entonces el delito de femicidio no hubiera sido incluido dentro de los agravantes, sino que hubiera sido lógico crear un tipo autónomo especial. (Fellini y Morales, 2021, pp. 308-309)

Por su parte, es importante que los legisladores argentinos se comiencen a cuestionar la necesidad de tipificar el delito de femicidio como delito autónomo, que ya que si continua siendo un agravante del homicidio se ignora el objetivo de años de visibilizar la violencia contra la mujer en su más alta expresión, que es su muerte por el hecho de pertenecer a este grupo poblacional, por lo que es importante resaltar que no solo se atenta contra el bien jurídico vida entendido biológicamente como si lo hace el homicidio, hay que analizarlo desde un concepto de vida digna, el cual incluye vivir libre de discriminación y violencia, por lo que el delito pretende proteger diversos bienes jurídicos y si sigue como agravante seguirá ocultando todo lo que hay detrás del mismo.

Sujeto activo indeterminado o cualificado

La construcción dogmática que he adoptado es la de los autores como Zaffaroni, Alagia y Slokar, consagrada en el *Manual de Derecho Penal. Parte General*, donde uno de sus pilares es darle una función reduccionista al derecho penal del poder punitivo. Así lo afirman: "Está claro que el derecho penal no interpreta las leyes penales por simple curiosidad, sino para ofrecer a las agencias jurídicas un sistema coherente de decisiones que sirva para acotar y reducir el poder punitivo" (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2006, p. 32).

ISSN: 1794-1598

Por lo anterior, gran parte de la discusión al respecto, con el delito bajo análisis, se centra que el mismo no se debe consagrar como autónomo y mantenerlo como agravante e incluso en algunos casos han manifestado la inconformidad del agravante, toda vez que el derecho penal es la última *ratio* y lo primero que se debe es emplear el mecanismo preventivo para evitar que esta clase de crímenes no se sigan cometiendo. De igual forma, gran parte de Latinoamérica y en los dos países escogidos (Colombia y Argentina) donde el primero lo tiene como tipo penal autónomo, mientras el segundo lo tiene consagrado como agravante.

El profesor Eugenio Raúl Zaffaroni en mayo de 2017 se pronuncia acerca de la necesidad sobre la tipificación del delito de femicidio y es contundente al afirmar: "Es importante empezarnos a cuestionar como sociedad y replantear nuestra cultura, aunque la misma puede ser paulatina, sin embargo, a diario se cometen estos crímenes y es un delito que va en aumento" (Zaffaroni, 2017, p. 87).

Además, menciona lo siguiente:

> Conforme a las circunstancias se podría intentar una clasificación de estos delitos, pero lo cierto es que todos los casos tienen en común que la resistencia de la mujer a continuar o iniciar una relación o a prestarse a un acto sexual, decide al "macho" (herido en su "hombría") a dar muerte a ella o a un tercero por venganza. En la mente del criminal femicida domina la convicción de que la mujer no tiene derecho a resistirse a la voluntad del "alfa". (Zaffaroni, 2017, p.1).

A su vez señala que pese a la tipificación del mismo y con penas altas, que en el caso de la Argentina la pena es la prisión perpetua, esto no logra disuadir al femicida, es indispensable seguir haciendo énfasis en la prevención.

Ahora bien, dejando por sentando que pese a la concepción del derecho penal mínimo era pertinente tipificar el delito en las legislaciones de nuestra región el delito de feminicidio/ femicidio ya que es la visualización del crimen más aberrante por pertenecer al género femenino.

Nos centraremos en la cualificación o no del sujeto activo del delito, tema que en el cual en la actualidad no hay univocidad de criterios, por lo que nos lleva al siguiente interrogante:

¿El delito de femicidio/feminicidio solo puede ser cometido por hombres?

El derecho internacional no hace hincapié en que el delito solo sea cometido por hombres, aquí la relevancia es que el sujeto pasivo sea una mujer o que se identifique con este grupo poblacional, lo que avizora que las mujeres también pueden ser sujetos activos todo por las relaciones de poderes desiguales que se pueden suscitar entre los seres humanos, por ejemplo, entre parejas lesbianas con una estructura jerárquica preponderante.

Hay postulados de algunas teóricas o teóricos de la materia en donde señalan que la sanción de ese sujeto activo cualificado se justifica en cuestiones político-criminales, por lo que en las investigaciones realizadas corroboran que el nivel de violencia entre parejas lesbianas no son de gran tamaño, como las de las parejas heterosexuales, afincando todo esto en el sistema

patriarcal que por décadas se ha mantenido y el dominio de los hombres para con las mujeres, por lo que no puede ser equiparable, por ende, a raíz de ese fundamento se ha establecido que se debe insistir en cualificar el sujeto de agente de femicidio.

Es pertinente cuestionar lo expuesto y qué tan preponderante es la política criminal en el derecho penal al señalar este tipo de investigaciones. Para ello tenemos que ver qué se entiende en sentido estricto por 'política criminal':

> Como la ciencia que estudia cómo configurar el derecho penal de la forma más eficaz posible para que pueda cumplir con su tarea de protección de la sociedad; se fija, por ello, en las causas del delito e intenta comprobar la eficacia de las sanciones penales, pondera los límites hasta donde puede extender el legislador el derecho penal para coartar lo menos posible la libertad y las garantías ciudadanas; además, discute cómo deben redactarse las normas penales de manera correcta y comprueba si el derecho penal material se halla construido de tal manera que pueda ser verificado y realizado en el proceso penal. (Velásquez, 2020, p. 23)

Lo señalado nos aclara que la política criminal no puede ser arbitraria con los derechos humanos, el principio de culpabilidad, y no puede ser escudera del poder punitivo, lo que nos puede llevar a un derecho penal antigarantista.

Por lo que es menester recordar la herencia que nos dejó Franz Von Liszt en una de sus máximas: "El Derecho Penal debería ser una infranqueable barrera para la política criminal". (Muñoz Conde, 2011. p.1).

Como se indicó al señalar que este delito solo puede ser cometido por los hombres, se está ante la vulneración del principio de culpabilidad, el cual va ligado al derecho penal de acto y a voces del libro *Lineamientos de Derecho Penal* del profesor Zaffaroni para el Código Penal Argentino:

> Se impone el llamado principio de culpabilidad, que tiene dos niveles: (a) En un primer sentido, excluye toda imputación de un resultado por mera causalidad (versari in re illicita) (305-306), o sea, toda habilitación de ejercicio de poder punitivo que no responda a dolo (211) o negligencia (287). (b) En su segundo nivel, prohíbe cualquier habilitación de poder punitivo que no guarde una adecuada proporción con el reproche de culpabilidad que se le pueda formular al agente (458 y ss.), lo que está estrechamente vinculado con el principio de autonomía moral de la persona (103). (Zaffaroni, 2020, p. 87)

Lo que implicaría que al señalar al hombre como único autor de la conducta es un atentado contra la presunción de inocencia. Todo esto va en contra del derecho penal de acto por lo que el reproche no va encaminado a lo que está estipulado en el tipo penal y sí a la persona como tal, es decir, las características propias e incluso biológicas del sujeto activo lo que no lleva al derecho penal de autor, el cual en los dos países bajo estudio está extinto.

El objetivo primordial es evidenciar esta conducta independientemente así sea perpetrada por un hombre o una mujer, puesto que los derechos de las mujeres han sido negados por décadas y lo que se busca es que sean restablecidos y que a su vez vayan ligados a los derechos de la persona humana y sean una limitante del poder punitivo.

ISSN: 1794-1598

El codificador al plasmar las conductas típicas en el ordenamiento penal, no puede tener espacio únicamente a aspectos simbólicos, los cuales incluso pueden traducir o dar un aspecto de venganza y al momento de estigmatizar a una población (hombres) ante este horroroso crimen se está inclinado la balanza a favor del otro sexo, que aun en una etapa de indagación y con las pesquisas pertinentes se puede establecer que cumple con la estructura del tipo penal señalado. Por lo que el derecho penal no puede dejar esta clase de vacíos tan desigual y atentatoria contra los principios y normas rectoras que a lo largo de los siglos y con esfuerzo hemos logrado construir.

Referencias bibliográficas

Chejter, S. (2005). Femicidios e impunidad, Centro de Encuentros Cultura y Mujer, Argentina.

Congreso de la República. (2013). Exposición de motivos proyecto de Ley 107 de 2013 del Senado. *Gaceta del Congreso de la República* 773.

Corte Constitucional. (2016). Sala Plena. Sentencia C-539/16. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-539-16.htm

Corte Constitucional. (2016). Sentencia C-297/16. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-297-16.htm

Corte Suprema de Justicia. (2015). Sala de Casación Penal. Sentencia SP 2190-2015. M. P. Patricia Salazar Cuellar. https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b2mar2015/SP2190-2015.pdf

Fellini, Z y Morales Deganut, C. (2021). *Violencia contra las mujeres*. Santiago de Chile: Hammurabi.

Legarde, M. (2005). *El feminicidio como delito con la humanidad, en feminicidio justicia y derecho*. Editoriales México D.F.

Muñoz Conde, F. (2011). La herencia de Franz von Liszt. *Revista Penal México*. http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/14215/la_herencia_de_franz.pdf?sequence=2https://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/principio.htm#_ftnref2.iidh/ccpdh.

Radford, Jill. (1992). “Introduction” en The Politics Woman Killing. (J. Radford y D. Russel, eds) New York, Twayne Publishers.

Toledo Vásquez, P. (2014). *Femicidio/feminicidio.* Buenos Aires: Didot.

Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres. (2017). *Análisis de las primeras 50 sentencias por femicidio del país*. Buenos Aires: Ministerio Público Fiscal. https://bit.ly/2mtbpNF

Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres (UFEM). (2016). *Homicidios agravados por razones de género: femicidios y crímenes de odio Análisis de la aplicación de la ley 26.791*

Velásquez, F, Velásquez, Ricardo Posada Maya y María Camila Correa Flórez. (2017). *Estudios críticos de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 4*. Universidad de Los Andes Colombia.

Velásquez, F. (2020). *Fundamentos de Derecho Penal*. Bogotá: Tirant Lo Blanch.

Zaffaroni, R, Alagia, A, Slokar, A. (2016). *Manual de Derecho Penal*. Parte General.

Zaffaroni, R. (2017). *Lineamientos de derecho penal*. Buenos Aires: Ediar.

ISSN: 1794-1598