

Prospectiva de las controversias probatorias asociadas al delito de feminicidio en Colombia

Cómo citar este artículo [Chicago]: Luna Salas, Fernando, Cristian Arrieta Morales y Ricardo Andrés Cano Andrade. "Prospectiva de las controversias probatorias asociadas al delito de feminicidio en Colombia". *Novum Jus* 17, núm. 1 (2023): 157-186. <https://doi.org/10.14718/NovumJus.2023.17.1.7>

Fernando Luna Salas / Cristian Arrieta Morales
Ricardo Andrés Cano Andrade



Prospectiva de las controversias probatorias asociadas al delito de feminicidio en Colombia*

Fernando Luna Salas**

Universidad de Cartagena (Cartagena, Colombia)

Universidad Libre (Cartagena, Colombia)

Cristian Arrieta Morales***

Universidad del Atlántico (Barranquilla, Colombia)

Ricardo Andrés Cano Andrade****

Universidad de Cartagena (Cartagena, Colombia)

Recibido: 07 de octubre de 2022 | **Evaluado:** 10 de noviembre de 2022 | **Aceptado:** 23 de noviembre de 2022

Resumen

Este artículo de reflexión se ocupa de investigar, desde un enfoque cualitativo con revisión bibliográfica, describir y analizar de manera crítica los problemas probatorios que supone la imputación del delito de feminicidio en Colombia, en particular, lo relacionado con los estándares probatorios que permiten acreditar el elemento contextual o la intencionalidad subjetiva del autor de causar la muerte a una mujer en razón de su sexo o en el marco de una violencia estructural de género. Se cuestiona la capacidad probatoria del ente acusador para acreditar fehacientemente tal circunstancia, al tiempo que se revisa el ejercicio de valoración probatoria que efectúa el juez frente a esta clase de delitos, así como la indeterminación, de cara a los principios de tipicidad y legalidad, que dicha interpretación conlleva en perjuicio del procesado.

Palabras clave: feminicidio, valoración probatoria, prueba de contexto, estándar de prueba, controversias probatorias, juicio de imputación.

* El presente artículo surge de la investigación denominada "Prospectiva de las controversias probatorias asociadas al delito de feminicidio en Colombia", del grupo de investigación Derecho privado, procesal y probatorio, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cartagena, con el apoyo de los grupos de investigación Filosofía del Derecho, Derecho Internacional y Problemas Jurídicos Contemporáneos de la misma Facultad, así como del grupo de investigación Phronesis, de la Universidad Libre, sede Cartagena.

** Especialista en Derecho Procesal, magister en Derecho, doctorando en Derecho, Ciencias Políticas y Criminológicas. Investigador Junior por Colciencias. Coeditor de la *Revista Jurídica Mario Alario D' Filippo*, director del grupo de investigación Ciencia y Proceso y codirector del grupo de investigación Derecho Privado, Procesal y Probatorio, editor de la *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal (ICDP)*, director del Centro Internacional de Estudios Jurídicos y Políticos (CIEJP), profesor investigador del Departamento de Derecho Procesal y Probatorio, de la Universidad de Cartagena y de la Universidad Libre sede Cartagena. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4574-6335>. Correo electrónico: flunas@unicartagena.edu.co

*** Abogado, especialista en Ciencias Penales y Criminológicas, maestrando en Estudios Culturales Latinoamericanos. Fiscal seccional de Barranquilla, investigador externo de la Universidad del Atlántico ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5407-8802>. Correo electrónico: carrietasete@gmail.com

**** Abogado, especialista en Métodos y Técnicas de Investigación Social, maestrando en Derecho. Coordinador de los grupos de investigación Teoría Jurídica y Derechos Fundamentales, Phronesis y Filosofía del Derecho, Derecho Internacional y Problemas Jurídicos Contemporáneos Pragma, director de la firma de abogados Gestiones Legales del Caribe SAS, director del Centro de Investigación y Altos Estudios de la Fundación Talid. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5311-4541>. Correo electrónico: rcano@unicartagena.edu.co

Prospective of the Evidentiary Controversies Associated with the Crime of Femicide in Colombia

Fernando Luna Salas

Universidad de Cartagena (Cartagena, Colombia)

Universidad Libre (Cartagena, Colombia)

Cristian Arrieta Morales

Universidad del Atlántico (Barranquilla, Colombia)

Ricardo Andrés Cano Andrade

Universidad de Cartagena (Cartagena, Colombia)

Received: October 07, 2022 | **Evaluated:** November 10, 2022 | **Accepted:** November 23, 2022

Abstract

This article describes and analyzes, from a qualitative approach, along with a bibliography review, the probatory problems associated with the crime of femicide in Colombia, specifically regarding the evidentiary standards required to prove the contextual element or subjective intent to cause the death of a woman due to her gender or within the framework of gender-based structural violence. The probatory capacity of the prosecutor for such cases is questioned, and the evidentiary assessment made by the judge in these types of crimes is reviewed, as well as the indeterminacy in relation to the principles of typicity and legality that such interpretation implies to the detriment of the accused.

Keywords: femicide, evidentiary assessment, proof of context, proof standard, probatory issues, imputation trial

Introducción

Recientemente, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia profirió una decisión relevante al resolver un recurso extraordinario de casación en el caso adelantado contra Todd Erik Benson, en la cual reconoció que con “inusitada frecuencia” ha venido adoptando decisiones:

[...] contrarias a los intereses de las víctimas como consecuencia de la precaria gestión de los fiscales en el procesamiento de los asuntos a su cargo, y muy específicamente, en la fijación de los hechos jurídicamente relevantes en desarrollo de la formulación de imputación.¹

El *mea culpa* en cuestión correspondió a una exhortación dirigida al fiscal general de la Nación y hacía eco de por lo menos tres decisiones previas del Alto Tribunal,² en donde se reconoce tardíamente que debió adoptarse una decisión injusta ante los yerros probatorios y procedimentales advertidos.

Decisiones de este tipo, enmarcadas en un sistema procesal como el colombiano, en el que los derechos de las víctimas se erigen como principio rector del procedimiento,³ suponen un profundo cuestionamiento a la forma como la Fiscalía viene conduciendo las actuaciones y provocan un llamado a que, desde otros escenarios, se examine la aparente falta de coherencia y concreción entre la abultada práctica legislativa en materia de política criminal y las técnicas de aplicación de dichas reformas en las causas penales.

De hecho, es notable que, tras la expedición de la Ley 599 de 2000 (Código Penal), se han introducido 78 reformas legislativas en las columnas vertebrales del código sustantivo: se crearon nuevos tipos penales; se reformaron y aumentaron las penas; se reguló un procedimiento con tendencia acusatoria y luego uno de tipo abreviado, con amplias reformas en los requisitos inherentes a tipos penales específicos; y así mismo se introdujeron criterios orientadores para la persecución penal.⁴

¹ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, *Sentencia SP4935-2021 de 3 de noviembre de 2021, Radicación 58 858*, M. P. José Francisco Acuña Vizcaya.

² Identificadas en las providencias con los radicados 54658 del 10 de marzo de 2021; 55532 del 17 de febrero de 2021 y 56209 del 28 de octubre de 2020.

³ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, *Sentencia STP9201-2021 Radicación 738548*, del 22 de julio de 2021, M. P. José Francisco Acuña Vizcaya.

⁴ Se sugiere una lectura de Sotomayor, para quien las reformas legislativas al Código Penal colombiano constituyen “un ejemplo de irracionalidad legislativa”. Juan Oberto Sotomayor Acosta, “Las recientes reformas

Sin embargo, como lo advierte la Comisión Asesora de Política Criminal, como Estado, Colombia carece de “una política criminal consistente y de largo plazo”, la cual puede calificarse como una medida “reactiva, sin adecuada fundamentación empírica, con incoherencias y falta de perspectiva clara de derechos humanos”.⁵

Este trasegar implica, en términos prácticos, que los tipos penales creados con estas amplias reformas presentan, desde su nacimiento, dificultades de fundamentación teórica, que inciden en su uso concreto en las relaciones o los problemas jurídicos que pretenden regular, lo que lleva, incluso, a un alto grado de populismo punitivo.⁶

Este fenómeno también va de la mano con lo que Botero⁷ ha denominado síndrome normativo y que, en últimas, conduce a una “eficacia simbólica de la ley”, entendida como el uso instrumental del derecho sin mayor relevancia concreta en la resolución de los conflictos ciudadanos.

Para Torres, en el contexto nacional, ello se explica por cuanto en el Legislativo existe una asunción según la cual la creación de iniciativas marcadamente populistas produce ganancias electorales; esto demuestra “el uso del derecho penal como arma política”,⁸ sin que, en todo caso, dichas iniciativas logren resolver en alguna medida los errores estructurales del país.

penales en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa”, *Nuevo Foro Penal* 3, núm. 71 (2007), <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/1846> (acceso marzo 20, 2022).

⁵ Comisión Asesora de Política Criminal, *Informe final. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano* (Bogotá: Minjusticia, APC y Unión Europea, 2012), 27, <http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/documento/Informe%20de%20la%20Comisión%20Asesora%20de%20Pol%C3%ADtica%20Criminal.pdf>

⁶ Se alude al concepto de populismo punitivo a partir de la propuesta de Pratt, para quien debe entenderse como “el recurso al castigo a manera de herramienta de respuesta frente a los grupos insatisfechos con la gestión de la política criminal”. John Pratt, *Penal Populism (Key Ideas in Criminology)* (Routledge: Taylor & Francis Group, 2007), 12, citado en Fernando León Tamayo Arboleda, “La limitada capacidad del concepto de populismo punitivo como herramienta de interpretación del sistema penal colombiano”, *Revista Criminalidad* 58, núm. 3 (2006): 26, http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1794-31082016000300003 (acceso marzo 20, 2022).

⁷ Andrés Botero Bernal, “El síndrome normativo: estudio de la eficacia de la normativa sobre caminos en el siglo XIX antioqueño”, *Precedente. Revista Jurídica* 15 (2019): 170, <https://doi.org/10.18046/prec.v15.3071> (acceso marzo 20, 2022).

⁸ Natalia Torres Cadavid, “Populismo punitivo en Colombia: una aproximación a la política legislativa de las recientes reformas de los delitos sexuales”, serie *Cuadernos de investigación* núm. 84, dir. Félix Londoño González (Medellín: Universidad Eafit, 2010), 70.

Por citar un ejemplo, al analizar el delito de trata de personas, Abadía⁹ refiere que la puesta en marcha de la reforma legislativa colombiana que fortaleció su sanción y agregó riqueza didáctica a su descripción típica puede leerse, sobre todo, desde dos perspectivas: la primera, en virtud de la cual se utilizó el tipo penal como una forma simbólica para hacer una declaración de valores, en atención al clamor de distintos sectores sociales. La segunda, que lo acordado no fue más que una ley de compromiso, para responder a las demandas de los actores internacionales que exigían a Colombia mayor acción frente a esta clase de comportamientos. La brecha que se advierte entre ambas perspectivas muestra:

[...] la aleatoriedad del sistema punitivo [en donde] la práctica cotidiana punitiva termina alejándose de esos imaginarios colectivos y sigue trayectorias distantes de aquellas percibidas por quienes conciben al derecho penal como herramienta de lucha política, aun limitándola a sus efectos puramente simbólicos.¹⁰

Al respecto, con buen tino, Barata explica:

En las actuales políticas de combate al delito se ha impuesto un pensamiento que Garland caracteriza por: a) la voluntad de proteger al público y dejar rienda suelta a la expresión de sus sentimientos; b) la adopción de medidas populares con una fuerte carga de politización, y c) el intentar dar un lugar privilegiado, con proyección política, a las víctimas.

Una forma de actuar que se guía más por las emociones públicas que por la opinión de los expertos, desplazados a la sombra o invisibilizados cuando sus criterios cuestionan las políticas criminales. Nunca antes, desde que apareciera el positivismo criminológico, había sido tan poco escuchada la opinión de los criminólogos. Su lugar ha sido ocupado por las noticias, y los supuestos alarmismos ciudadanos han adquirido un peso determinante en las orientaciones penales.

Suele ocurrir que, antes de que se manifiesten los alarmismos sociales, los gestores políticos reaccionan a los alarmismos mediáticos que, la mayoría de las veces, están en el origen de los enojos ciudadanos. Se produce así un círculo en el que los medios,

⁹ Gloria Abadía, “Usos y abusos del sistema penal. Su uso como forma de emancipación femenina: un estudio de caso del delito de trata de personas en Colombia”, *Revista de Estudios Sociales* 42 (2012): 116, <https://journals.openedition.org/revestudsoc/6981?lang=fr> (acceso marzo 20, 2022).

¹⁰ Abadía, “Usos y abusos del sistema penal”, 116.

los políticos y la ciudadanía se retroalimentan unos a otros hasta construir temores desproporcionados que acaban incidiendo en la legislación penal.¹¹

Sin lugar a dudas, el populismo punitivo conlleva a recrudecer otro problema social y de política criminal: la prisonización. Según Hoyos:

Al respecto, la bioética viene analizando la exponencialidad punitiva, reflejada en índices alarmantes de prisonización y deterioro de las personas privadas de la libertad, cuya tendencia prevé una trayectoria elevada. Dicho fenómeno no es exclusivo de las sociedades eminentemente liberales; por el contrario, en los países latinoamericanos se refleja con mayor intensidad el incremento delincencial, anomalía que pretende ser contrarrestada con una biopolítica bastante represiva, encaminada a erradicar el mal con base en teorías absolutistas retributivas.

Las hipótesis enmarcadas en conductas punibles conducen a centrar el problema en la exclusión, estratificación social, inequidad y precariedad laboral. En el caso colombiano, el fenómeno de prisonización suele cimentarse en dos hechos: el primero, el poco interés gubernamental en estudios de criminalidad, conducentes a identificar causas, consecuencias y soluciones; el segundo, el “derecho penal del enemigo”. En consecuencia, se pretende neutralizar la criminalidad en el marco de una biopolítica eminentemente desocializante.¹²

Se advierte que, en relación con estas erradas prácticas legislativas, también se encuentra el caso del feminicidio. El Legislador colombiano lo había establecido como un agravante del homicidio simple, en el artículo 26 de la Ley 1257 de 2008, para después —cerca de siete años— tipificarlo como un delito autónomo.¹³

¹¹ Francesc Barata, “La mediatización del derecho penal”. *Novum Jus* 2, núm. 1 (2008): 25-26, <https://novumjus.ucatolica.edu.co/article/view/889> (acceso marzo 20, 2022).

¹² Juan Carlos Hoyos Rojas, “La procrastinación de la bioética en el tratamiento penitenciario colombiano”, *Novum Jus* 15, núm. 2 (2021): 37-38, <https://doi.org/10.14718/NovumJus.2021.15.2.2> (acceso marzo 20, 2022).

¹³ “[...] la discusión sobre la tipificación del feminicidio/femicidio es relativamente reciente en América Latina. Si bien hay posiciones a favor y en contra, el debate entre ambas posiciones ha contribuido a hacer visible la especificidad de los homicidios de mujeres por su condición de género”. Grupo de Trabajo sobre Femicidio/Feminicidio de Cladem, “¿Es conveniente contar con una figura penal sobre feminicidio/femicidio?”, 4, <https://www.alianzaporlasolidaridad.org/axs2020/wp-content/uploads/CLADEM-Documento-consolidado-Feminicidio-Femicidio-reuniϕn-BsAs-2.pdf> (acceso marzo 20, 2022).

En efecto, el 6 de julio de 2015 se promulgó la Ley 1761, instituida oficialmente como Ley Rosa Elvira Cely,¹⁴ en virtud de la cual se tipifica el feminicidio como delito autónomo. La iniciativa legislativa se compuso de trece artículos y tuvo por objeto, además de la creación de un tipo penal autónomo, “garantizar la investigación y sanción de las violencias contra las mujeres por motivos de género y discriminación, así como prevenir y erradicar dichas violencias”.¹⁵

En relación con lo anterior, Hernández manifiesta:

Surge la siguiente pregunta: ¿Es necesaria la criminalización del feminicidio? Se considera equivocado pensar que el feminicidio es una conducta punitiva que rechaza la violencia sistemática de la cual son víctimas las mujeres por el hecho de ser mujeres; se justifica una herramienta diferente a la del homicidio, ya que el sistema está en la obligación de reconocer su gravedad y castigarlo como un tipo penal autónomo. De tal manera, de acuerdo con lo planteado, la respuesta es negativa.¹⁶

Ahora bien, la perspectiva de abordaje del presente artículo no se centrará en la legitimidad de dicha reforma legislativa, sino en la interpretación constitucional de la que fue objeto el tipo penal, la cual se anticipa y fuerza una práctica probatoria que obliga la acreditación de elementos subjetivos determinantes, de muy difícil consecución en términos probatorios. En este orden de ideas, se propone una aproximación crítica contextual a la tipología asociada al feminicidio en Colombia y, a partir de allí, una prospectiva de los problemas probatorios que pueden asociarse a su tipificación.

Metodología

La investigación desarrollada descansa en la forma de estudio exploratorio, a partir de dos decisiones judiciales adoptadas por la Corte Constitucional en relación con la exequibilidad de la tipificación como delito autónomo del feminicidio, esto es,

¹⁴ Rosa Elvira Cely fue una mujer colombiana que perdió su vida de manera violenta a sus 35 años, producto de una violación en el Parque Nacional, en Bogotá, a manos de un excompañero de estudios. La atrocidad del crimen conmocionó a la sociedad colombiana.

¹⁵ Colombia, Congreso de la República, *Ley 1761 de 2015*, “Por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones” (Bogotá: *Diario Oficial* núm. 49 565, 6 de julio de 2015), art. 1.

¹⁶ Alejandra Hernández Cifuentes, “Del populismo penal a la punitividad: la política penal en Colombia en el siglo XXI” [Reseña]. *Novum Jus* 13, núm. 1 (2017): 233, <https://doi.org/10.14718/NovumJus.2019.13.1.10>(acceso marzo 20, 2022).

las Sentencias C-297 de 2016 y C-539 de 2016, así como de la Ley 1761 de 2015. Se tiene el propósito de construir, mediante un análisis de valoración de riesgos jurídicos, una posible prospectiva de problemas jurídicos asociados a la imputación de dicho delito en Colombia. Para lograrlo, se consultó y revisó la jurisprudencia disponible de la Corte Suprema de Justicia.

El trabajo comprendió una revisión sistemática de la disposición a la luz del ordenamiento constitucional.¹⁷ La valoración de riesgos jurídicos correspondió a una aproximación a la norma, mediante un test de proporcionalidad en estricto sentido frente a los bienes jurídicos en conflicto.¹⁸

Feminicidio: perspectiva tipológica

Como se indicó, en Colombia, el feminicidio adquirió la categoría de delito autónomo con de la expedición de la Ley 1761 de 2015, situado en el artículo 104 A de la Ley 599 de 2000 (Código Penal).

Como tipo penal, el feminicidio puede considerarse un tipo de sujeto activo no calificado, de resultado, con un verbo rector determinado y con elementos subjetivos específicos (como la intencionalidad del autor para cometer el delito).

En principio corresponde a una clase de homicidio con sujeto pasivo calificado. De tal suerte que, para proceder a su imputación, se requiere acreditar unas causales determinadas, entre las que se encuentran dos principales o concretas (ser mujer o que el homicidio acaeciera por razón de la identidad de género) y seis subsidiarias, a saber:

- 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 anteciedera el crimen contra ella.

¹⁷ Se sugiere una lectura de la Sentencia C-569 de 2000 de la Corte Constitucional, para comprender su alcance.

¹⁸ Para la Corte Constitucional, esta herramienta permite “entrar a evaluar o ponderar si la restricción a los derechos fundamentales que genera la medida cuestionada, resulta equivalente a los beneficios que reporta, o si, por el contrario, ésta resulta desproporcionada al generar una afectación mucho mayor a estos intereses jurídicos de orden superior”. Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-144 de 6 de abril de 2015*, M. P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez.

- Ejercer actos de instrumentalización de género o sexual sobre el cuerpo y la vida de la mujer o acciones de opresión y dominio sobre sus decisiones vitales y su sexualidad.
- 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.
- Cometer el delito para generar terror o humillar a quien se considera enemigo.
- Que existan antecedentes o indicios¹⁹ de cualquier tipo de violencia o amenaza en el ámbito doméstico, familiar, laboral o escolar por parte del sujeto activo en contra de la víctima o de violencia de género cometida por el autor contra la víctima, independientemente de que el hecho haya sido denunciado o no.
- Que la víctima haya sido incomunicada o privada de su libertad de locomoción, cualquiera que sea el tiempo previo a la muerte de aquella.

Uso del tipo penal en casos concretos

Puesto que en Colombia se encuentra proscrita de manera expresa la responsabilidad objetiva, tal como lo señala el artículo 12 del Código Penal, el principal asunto objeto de discusión en torno a la tipificación de este comportamiento —y que se convierte en la crítica más reiterada— apunta a establecer si la comisión de cualquier comportamiento que cobre la vida de una mujer puede considerarse un feminicidio.²⁰

De la manera textual o literal como ha sido concebida la norma y para una persona ajena al ámbito de lo penal, la respuesta sería apresurada y afirmativa: el feminicidio podría considerarse el homicidio de quien es mujer. No obstante, una revisión detallada de la jurisprudencia penal permite una lectura desde otra perspectiva.

¹⁹ En relación con este medio de prueba, el lector puede profundizar en Enrique del Río González y Fernando Luna Salas, “El indicio: un problema epistemológico”, *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo* 13, núm. 26 (2021): 153-189, <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.13-num.26-2021-3619> (acceso marzo 20, 2022).

²⁰ El diario *El Universal* publicó en octubre de este año una noticia con el sugestivo título “¿En qué se diferencia un feminicidio de un homicidio?” y apuntó como respuesta, a renglón seguido: “El patrón del delito es pieza clave para determinar la diferencia”. Puede verse en <https://www.eluniversal.com.co/sucesos/en-que-se-diferencia-un-feminicidio-de-un-homicidio-CF3623598>

Para empezar, en la Sentencia C-539 de 2016 de la Corte Constitucional, uno de los asuntos centrales del debate sobre la constitucionalidad del tipo penal de feminicidio giró en torno a si la expresión “por su condición de ser mujer”, en tanto elemento motivacional de la conducta punible, vulneraba o no el principio de estricta legalidad penal y, en particular, de tipicidad. Ello por cuanto para algunos intervinientes no estaba claro si este elemento podía ser “efectivamente comprobado”, es decir, si era posible considerar que legalmente era posible probar que un homicidio había sido cometido contra una mujer por el hecho de ser mujer.

Para zanjar esta controversia, el Alto Tribunal constitucional precisó que la diferencia entre el feminicidio y otras normas o tipos penales de similar jerarquía, como el homicidio, radica en la motivación o la intencionalidad del sujeto activo del comportamiento y en la especial transgresión que comete quien lo causa en la dignidad propia de la mujer en virtud de su identidad de género; son estos elementos que lo dotan de autonomía normativa.

En palabras de la Corte Constitucional, aunque en el homicidio y en el feminicidio el resultado material es el mismo, la diferencia radica en que “mientras que el homicidio simple de una mujer no requiere motivación alguna, el feminicidio sanciona la circunstancia de haberse finalizado con la vida de la víctima por su propia condición de mujer”.²¹

Así:

[...] 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 [...] la lesión a la dignidad humana, la igualdad, la no discriminación y [...] [al] libre desarrollo de la personalidad de las víctimas [...]. Por eso, 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 el legislador los sanciona también de manera diferente.²²

De lo anterior se advierte que, para predicar típicamente la existencia del comportamiento, al menos en estricto sentido, no basta acreditar la ocurrencia del deceso de una mujer, sino que, en todos los casos, deberá atenderse al ingrediente

²¹ Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-539 de 5 de octubre de 2016*, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

²² Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-539 de 5 de octubre de 2016*.

subjetivo determinante que establece que la intencionalidad del autor se encuentra direccionada por el hecho de que su víctima es una mujer o se identifica como mujer o bien que el delito se enmarque dentro de las circunstancias específicas de procedencia del tipo. Se entiende, también, que están determinadas por esta especial motivación, pues, como acertadamente lo expuso la Corte Constitucional, “las situaciones indicadas en los mencionados literales son elementos contextuales que contribuyen a revelar, a mostrar, el elemento subjetivo del tipo penal, pero que no lo reemplazan ni conllevan a que pueda prescindir de él”.²³

La comprensión de este planteamiento hace que el debate en torno a la correcta tipificación del hecho ilícito no se centre en la objetividad de la situación a analizar —si quien falleció es mujer—, sino en el alcance probatorio que pueda otorgarse a los elementos que permitan hacer visible el contexto de violencia estructural de género en el que tuvo lugar el homicidio. Este es el aspecto medular que debe determinar el juicio de imputación que hará el fiscal.

Como soporte de esta premisa es pertinente traer a colación lo reseñado por la Corte Suprema de Justicia, para la cual “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”.²⁴

Se colige que, para constituir esta conducta, se requiere que la violencia que la cause esté asociada a la discriminación y a la dominación de la que es objeto la mujer.²⁵ En otras palabras:

[...] los homicidios por razones de género están motivados por factores estructurales, como la ideología del poder y el privilegio del hombre sobre la mujer, las normas sociales relativas a la masculinidad y la necesidad de imponer el control o el poder del hombre, hacer cumplir los roles de género, o prevenir, desalentar o castigar lo que se considera un comportamiento femenino inaceptable.²⁶

²³ Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-539 de 5 de octubre de 2016*.

²⁴ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, *Sentencia SP2190-2015 de 4 de marzo de 2015, Radicación 41 457*, M. P. Patricia Salazar Cuéllar.

²⁵ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, *Sentencia SP2190-2015 de 4 de marzo de 2015*. Postura reiterada, entre otras, por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la *Sentencia Radicación 52562*, del 4 de diciembre de 2019.

²⁶ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito y la Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de la Mujer, *Marco estadístico para medir el homicidio de mujeres y*

Estándares de prueba

Guerra²⁷ cita a Larroucau para referirse al estándar de prueba como un umbral que, en el marco de una actuación judicial, le permite al juez establecer si un relato²⁸ puede considerarse probado. A su turno, Velandia lo sitúa como una medida de convicción que debe alcanzar o sobrepasar el operador judicial para “declarar la ocurrencia o no de un hecho jurídicamente relevante, dentro de un proceso reglado que busca la emisión de una providencia justa”.²⁹

Al permitir al fallador calificar un hecho jurídico como cierto o falso y al constituir el proceso penal una sucesión de hechos que deben ser probados, el estándar probatorio posibilita al juez ponderar los discursos presentados en juicio³⁰ y, con base en ello, tomar una decisión ajustada a derecho,³¹ de tal suerte que, emitida la decisión, al menos en el campo de lo penal, no pueda predicarse de aquella un juicio de certeza, sino exclusivamente de legalidad.³²

Dichos estándares de prueba son diversos y plurisignificativos; se encuentran determinados por el ámbito o la jurisdicción en donde han de emplearse —por ejemplo, la prueba valorada en un proceso laboral difiere de aquella discutida en uno penal— y, a su vez, están limitados por los derechos y las garantías reconocidos en la Constitución Política, en la norma positiva penal y en los tratados o convenios internacionales ratificados por el Estado colombiano.

niñas por razones de género (también denominado “femicidio/feminicidio”) (Washington, 28 de febrero al 2 de marzo y 4 de marzo de 2022), 4.

²⁷ José David Guerra Bonet, *Derecho probatorio: probabilidad, estadística y estándares de prueba* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019), 71.

²⁸ Se sugiere entender analógicamente el concepto de relato como hecho jurídicamente relevante.

²⁹ Claudia Edith Velandia-Coy, “Estándares probatorios en el sistema acusatorio y su desarrollo en Colombia” (Tesis de pregrado, Universidad Católica de Colombia, 2019), 6, <https://hdl.handle.net/10983/23342> (acceso marzo 20, 2022).

³⁰ Para Moya, el debate procesal es un acto de comunicación conflictual en el que “se contiene por un resultado”, el cual se alcanza en una sentencia como “declaración de significado”; mediante esta, el juez declara como definitiva “una cierta significación a las pruebas [...] como signos de responsabilidad o de todo lo contrario”. Manuel Fernando Moya Vargas, “El principio de congruencia en los procesos penales. Una reconsideración basada en la semiótica jurídica”, *Derecho Penal y Criminología* 40, núm. 109 (2019): 71-72, <https://doi.org/10.18601/01210483.v40n109.02> (acceso marzo 20, 2022).

³¹ Guerra Bonet, *Derecho probatorio*, 71-72.

³² Ha sostenido la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que “todas aquellas providencias respecto de las cuales quepa discusión sobre su contrariedad con la ley quedan excluidas del reproche penal, independientemente de que un juicio posterior demuestre la equivocación de sus asertos, pues —como también ha sido jurisprudencia reiterada— el juicio de prevaricato no es de acierto, sino de legalidad”. Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, *Auto interlocutorio AP2022-2015 de 22 de abril de 2015, Radicación 41 457*, M. P. Eugenio Fernández Carlier.

Se hace necesario hacer mención de lo expuesto por Ferrer:

La conclusión de la valoración de la prueba nos permitirá solo llegar a la conclusión de que una hipótesis sobre los hechos tiene un mayor o menor grado de corroboración a partir de las pruebas presentadas y practicadas; pero nunca la valoración de la prueba bastará para tomar una decisión sobre los hechos, porque para ello necesitamos disponer de criterios que determinen si el grado de corroboración alcanzado es o no suficiente para considerar probadas todas o algunas de las hipótesis planteadas. Se puede decir en este sentido que las pruebas subdeterminan la decisión probatoria. Por ello, al momento de la valoración de la prueba le sigue el de la decisión sobre los hechos. Esa decisión ya no está (solo) gobernada por la epistemología, sino (también) por reglas jurídicas de decisión que el juzgador debe aplicar en su razonamiento. Esas reglas son, fundamentalmente, de tres tipos: las que establecen cargas de la prueba, las presunciones y los estándares de prueba. Sin embargo, es muy importante observar aquí que las razones que fundamentan esas reglas no son ya epistemológicas. Como bien ha destacado Stein, por lo que hace a los estándares de prueba, la decisión sobre el grado de corroboración requerido para cada tipo de casos no es en absoluto epistemológica [...]. Los estándares de prueba son reglas que determinan el grado de confirmación que una hipótesis debe tener, a partir de las pruebas, para poder ser dada por probada a los efectos de adoptar una determinada decisión; pero al hacerlo, realizan también una segunda función de la mayor importancia, i. e., distribuir el riesgo del error entre las partes; y evidentemente es una cuestión política y no epistemológica determinar cuánto riesgo de error nos parece asumible que soporta cada una de las partes en un procedimiento judicial.³³

La referencia habitual al primer estándar de prueba en materia penal puede encontrarse en los artículos 287 y 336 de la Ley 906 de 2004, que consagran una diferencia significativa en cuanto al grado de convicción exigido al fiscal para promover los actos procesales de imputación y acusación.

Mientras el primero de ellos —la imputación o comunicación de cargos— debe producirse “cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga”,³⁴ el segundo de estos actos

³³ Jordi Ferrer Beltrán, *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso* (Madrid: Marcial Pons. 2021), 23-24.

³⁴ Colombia, Congreso de la República, *Ley 906 de 2004*, “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. (Corregida de conformidad con el Decreto 2770 de 2004)” (Bogotá: *Diario Oficial* núm. 45 657, 31 de agosto de 2004), art. 287.

procesales —la acusación— solo tendrá lugar “cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe”.³⁵

Otro estándar de prueba se encuentra contenido en el artículo 306 del mismo compendio normativo, relativo a la solicitud de imposición de medida de aseguramiento, en donde se obliga al fiscal a presentar “los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente”.³⁶

Se advierte uno más en el artículo 381 del Código Procesal que, para condenar, exige “el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio”.³⁷

Por otra parte, la Carta Política dispone un estándar probatorio, al prever que el debido proceso debe seguirse en toda clase de actuaciones administrativas y judiciales, cuando expresa que “es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.³⁸

En el ámbito internacional, la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto internacional de derechos civiles y políticos reconocen el derecho de todo ser humano al debido proceso y a un juicio público con garantías mínimas, entre las cuales se incluyen el principio de legalidad, la prohibición de retroactividad y el derecho de contradicción de la prueba.

Sin adentrarse en esa discusión, se podrían contrastar los estándares mencionados con los requisitos que explica Ferrer:

Para que una regla pueda denominarse con propiedad “estándar de prueba”, debe cumplir tres requisitos: 1) apelar a criterios relativos a la capacidad justificativa del acervo probatorio respecto de las hipótesis en conflicto; 2) ser capaz de determinar un umbral a partir del cual una hipótesis se considerará probada, y 3) utilizar criterios cualitativos, propios de la probabilidad no matemática. A estos tres requisitos

³⁵ Colombia, Congreso de la República, *Ley 906 de 2004*, art. 336.

³⁶ Colombia, Congreso de la República, *Ley 906 de 2004*, art. 306.

³⁷ Colombia, Congreso de la República, *Ley 906 de 2004*, art. 381.

³⁸ Colombia, *Constitución Política* (Bogotá: *Gaceta Constitucional* núm. 114, 4 de julio de 1991), art. 29.

metodológicos se añadirá un cuarto, relativo a la relación que deben tener entre ellos los estándares de prueba que rijan las diversas decisiones sobre los hechos que deban adoptarse en un mismo proceso.³⁹

Discusión y resultados: problemas probatorios

Al decidir sobre la constitucionalidad del tipo penal de feminicidio en Colombia, en la Sentencia C-297 de 2016, la Corte Constitucional valoró las opiniones de algunos accionantes, quienes aducían que el alto grado de indeterminación del tipo penal podría suponer una lesión a los principios de estricta legalidad y tipicidad que deben regir los tipos penales en Colombia.

Frente a este supuesto, la Corte Constitucional estimó que la única manera de amparar la legalidad de la disposición normativa era a partir de una interpretación integradora en la que se entendiera que esta es un dispositivo legislativo enmarcado en un contexto de violencia estructural contra las mujeres.

Así, para el Alto Tribunal, el feminicidio visibiliza “unas circunstancias de desigualdad donde el ejercicio de poder en contra de las mujeres culmina con su muerte, generalmente tras una violencia exacerbada, porque su vida tiene un lugar y valor social de última categoría”.⁴⁰

A partir de la específica interpretación constitucional dada al tipo penal, se reconoce que, pese a tener notorios errores de técnica legislativa en su redacción, “el elemento central del hecho punible, independientemente de cómo haya sido tipificado, responde al elemento subjetivo del tipo, que reconoce unas condiciones culturales discriminatorias como la motivación de su asesinato”.⁴¹

Dicho de otro modo, se estima legítimamente admisible la tipificación de este comportamiento siempre que se entienda que, para poder acreditar su tipicidad, se requiere demostrar el contexto y la intencionalidad de la violencia. Tal premisa, como con acierto advierte la Corte, resulta “extremadamente difícil de probar” con lo que, aduce, son “esquemas tradicionales que replican las desigualdades de poder”.⁴²

³⁹ Ferrer Beltrán, *Prueba sin convicción*, 29.

⁴⁰ Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-297 de 8 de junio de 2016*, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁴¹ Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-297 de 8 de junio de 2016*.

⁴² Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-297 de 8 de junio de 2016*.

Así las cosas, sostiene el Tribunal, la única manera de garantizar en Colombia el acceso a la justicia para las mujeres es hacer “un cambio estructural del derecho penal que integre una perspectiva de género tanto en los tipos penales que lo componen como en su investigación y sanción”.⁴³

Y es allí donde se ocasiona una lesión insostenible a los derechos de los intervinientes procesales, pues, en virtud de la interpretación constitucional, se promueve “una flexibilización del acercamiento a la prueba en el feminicidio que permita que el contexto conduzca a evidenciar el móvil”,⁴⁴ mientras que, en la práctica —pedagógica y probatoria— no se avizoran mayores avances en los operadores judiciales hacia una comprensión más adecuada y razonable del fenómeno.

No se trata, en estricto sentido, de que la sentencia a la que se alude posibilite un examen más laxo de los medios de prueba aducidos, sino de fijar una postura clara desde la perspectiva constitucional: se obliga a que la apreciación de la prueba “tenga la posibilidad de reconocer las diferencias de poder que generan una discriminación sistemática para las mujeres que desencadena una violencia exacerbada y cobra sus vidas en la impunidad”.⁴⁵

Pues, a criterio del máximo intérprete constitucional, “lo contrario supondría que el feminicidio constituya un tipo penal simbólico desprovisto de eficacia, lo cual convertiría los bienes jurídicos que tutela en una protección de papel”.⁴⁶

Se destaca que, en la misma providencia, la Corte alude a la prueba de contexto como elemento determinante de la tipicidad del comportamiento, al sostener que la violencia que subyace a la muerte:

[...] no se analiza como un criterio de valor respecto del sujeto activo, sino como un elemento que puede dar paso a verificar patrones de discriminación en las relaciones entre el sujeto activo y el sujeto pasivo de la conducta que configuren el ingrediente intencional en el feminicidio y que reconoce la dificultad probatoria del delito.⁴⁷

⁴³ Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-297 de 8 de junio de 2016*.

⁴⁴ Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-297 de 8 de junio de 2016*.

⁴⁵ Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-297 de 8 de junio de 2016*.

⁴⁶ Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-297 de 8 de junio de 2016*.

⁴⁷ Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-297 de 8 de junio de 2016*.

Una lectura sistemática de las disposiciones contenidas en la Ley 1761 de 2015 permite conceptualizar que, a la luz de la interpretación constitucional, la tipicidad del feminicidio solo puede acreditarse con una prueba de contexto que dé cuenta del carácter estructural de la violencia ejercida contra la víctima en razón del género.

Contrario a lo que pudiera pensarse, la inclusión en el ordenamiento normativo de las pruebas de contexto no es reciente.

En la Directiva 001 de 2012, la Fiscalía General de la Nación definió el contexto como “un marco de referencia contentivo de aspectos esenciales, acerca de elementos de orden geográfico, político, económico, histórico y social, en el cual se han perpetrado delitos”.⁴⁸

Por otra parte, en el artículo 13 de la Ley 1719 de 2014, se incluyó, como un derecho y una garantía de las víctimas de violencia sexual, la valoración del contexto en el que ocurrieron los hechos objeto de investigación, sin prejuicios contra la víctima.

No obstante, si bien no se discute la importancia de construir un contexto del hecho punible, el alto grado de indeterminación de la disposición, sumado a la dificultad de apuntarla a un criterio técnico para construir un contexto de violencia, puede ocasionar una lesión insalvable a los intervinientes procesales e, incluso, redundar en errores de falsos juicios de suficiencia en la valoración de la prueba para acreditar con certeza la tipicidad del comportamiento.

Aun cuando la ley sustantiva y la procedimental, desde el ámbito penal y constitucional, establecen unos claros estándares de pruebas, estos no son suficientes, por sí solos, para comprender las posibles vicisitudes probatorias que se pueden presentar en el curso del proceso.

Para conjurar tales aspectos y procurar la austeridad, en términos de duración del procedimiento, la jurisprudencia de las altas cortes ha venido impartiendo una serie de reglas para la práctica de la prueba. Es relevante hacer referencia a aquellas alusivas a la necesidad de practicar en exclusiva pruebas pertinentes, conducentes y útiles.

Se ha sostenido que, en el curso de la actuación, compete al juez delimitar el tema de prueba, el cual está conformado por los hechos jurídicamente relevantes y los hechos

⁴⁸ Colombia, Fiscalía General de la Nación, *Directiva 001 de 2012* (Bogotá, 4 de octubre del 2012).

indicadores presentados por la Fiscalía en la imputación y la consecuente acusación. Los primeros son las premisas fácticas que sustentan la acusación, mientras que los segundos se caracterizan por construirse con base en las inferencias atinentes a los hechos que encajan en la respectiva descripción normativa.⁴⁹ A ambos se suman las hipótesis exculpatorias presentadas por la defensa de manera alternativa.⁵⁰

Frente al tema de prueba y de cara a las solicitudes probatorias formuladas por las partes, el operador judicial deberá valorar:

- su pertinencia, entendida como “la relación de los medios de prueba con los hechos que conforman el tema de prueba, que puede ser directa o indirecta”.⁵¹ La relación directa hace referencia a la posibilidad de vincular la prueba al hecho sin necesidad de hacer inferencias, mientras que la relación indirecta exige inferir de la prueba el hecho enunciado;
- su conducencia, asumida como la idoneidad legal que tiene una prueba para demostrar determinado hecho, y

iii) su utilidad, mediada por la ponderación de aquella con otros medios de prueba, a efectos de establecer cuál es la mejor evidencia para acreditar un hecho. La regla de mejor evidencia “apunta a eliminar, en cuanto sea posible, los riesgos en la tergiversación o alteración de los medios de prueba, y facilitar el ejercicio de la contradicción y la confrontación”.⁵² Por citar un ejemplo, debe preferirse el testimonio oral de un testigo por encima de la reproducción en copia de su declaración, por cuanto es el único escenario que permite conocer de primera mano el relato presentado y, asimismo, facilita su contradicción mediante el conainterrogatorio.

No basta con que en el acervo probatorio se cuente con un sinnúmero de elementos que posibiliten acreditar la ocurrencia de un hecho punible, sino que se espera que el convencimiento sea alcanzado por el fallador a partir de pruebas pertinentes, conducentes y útiles.

⁴⁹ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, *Sentencia SP18532-2017 de 8 de noviembre de 2017*, Radicado 51 410, M. P. Eugenio Fernández Carlier.

⁵⁰ Sobre el particular, se sugiere consultar la Sentencia Radicación 44599, del 8 de marzo de 2017, de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

⁵¹ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, *Sentencia SP18532-2017 de 8 de noviembre de 2017*.

⁵² Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, *Sentencia SP18532-2017 de 8 de noviembre de 2017*.

Además, la investigación de delitos producidos en el marco de una violencia estructural conlleva la observancia de una serie de reglas orientadas a desarrollar la perspectiva de género y su articulación con la presunción de inocencia y otros derechos del procesado.

ONU Mujeres, por ejemplo, recomienda, como una buena práctica investigativa, el no considerar los feminicidios como casos aislados o esporádicos de acciones machistas, en tanto las agresiones individuales son, con frecuencia, “la culminación de un continuo de violencia que, por su naturaleza, tiene elementos distintivos”.⁵³

Entre dichos elementos se destacan los valores socioculturales y las nociones basadas en la inferioridad de las mujeres, de marcado arraigo en el país,⁵⁴ así como el hecho de que el Estado colombiano viene promoviendo medidas legislativas orientadas a la inclusión de las mujeres en los sectores económicos y sociales, de los que han sido históricamente excluidas, las cuales resultan insuficientes para combatir las desigualdades de género, en tanto “se aplican sin un análisis profundo sobre cómo opera la desigualdad en los contextos locales”.⁵⁵

Dado que se considera que los feminicidios se producen a causa de un problema estructural, las medidas desplegadas para combatirlo han sido pensadas desde distintos frentes: económicos, sociales, políticos y desde la política criminal del Estado. De hecho, la Comisión Asesora de Política Criminal recomendó la incorporación de una perspectiva de género y de derechos de las mujeres a la política criminal colombiana, al considerar que aquella fue insensible por años a las diferencias de género, por cuanto:

[...] incluso en aquellos casos en que se pretendía proteger los intereses y necesidades de las mujeres, el problema ha radicado en que la aplicación del Derecho queda a cargo de instituciones y personas moldeadas por la ideología patriarcal, todo lo cual tiende a desfavorecer a las mujeres.⁵⁶

⁵³ ONU Mujeres, Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio) (Panamá: Autor, 2014), 36, <https://www.ohchr.org/documents/issues/women/wrgs/protocololatinoamericanodeinvestigacion.pdf>

⁵⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH], *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas* (Washington: OEA, 2007), 64.

⁵⁵ María Mónica Parada Hernández, “Entre el avance y las barreras. Enfoques de igualdad de género en la política pública de mujeres rurales en Colombia”, *Estudios Socio-Jurídicos* 20, núm. 2 (2018): 124, <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.6612> (acceso marzo 20, 2022).

⁵⁶ Comisión Asesora de Política Criminal, *Informe final*, 23.

Ante la posible desventaja, en términos de igualdad de armas, en la que podría encontrarse el procesado, al adelantarse la investigación de esta perspectiva de promoción de derechos, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia estimó que el abordaje de los casos penales con perspectiva de género “no implica el desmonte de las garantías debidas al procesado y la imposición automática de condenas”.⁵⁷ Por el contrario, a criterio del Alto Tribunal, se sostienen como legítimas premisas básicas del proceso penal ordinario, como la exclusión de pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales o el derecho de la víctima a la actuación diligente del Estado, según la distribución constitucional y legal de sus funciones, de manera que se adelante un verdadero proceso, orientado a esclarecer los hechos y a tomar decisiones que en derecho correspondan.⁵⁸

En el caso específico del tipo penal de feminicidio, al que alude la presente investigación, la Corte Suprema de Justicia⁵⁹ considera que el contenido del literal y del artículo 2 de la Ley 1761 de 2015 consagra aspectos contextuales que pueden resultar útiles para inferir el dolo específico y que, precisamente, permiten diferenciar el feminicidio del homicidio, previsto en los artículos 103 y siguientes del Código Penal; tal aspecto es de obligatoria consideración para el operador judicial.

A consideración del Tribunal, encuentra sustento constitucional y legal la mayor sanción prevista para el feminicidio, si se la compara con la reglamentación del homicidio, la cual no opera automáticamente por la simple constatación de que la víctima sea una mujer, sino en razón de la tutela efectiva de diversos bienes jurídicos. En sus palabras:

Desde la perspectiva del sujeto activo, [esto] implica que la mayor penalización se justifica por la necesidad de proteger, además de la vida, la igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, lo que, en buena medida, explica la proporcionalidad de la respuesta punitiva. A la luz de los derechos de la víctima, cabe destacar el esclarecimiento de la verdad, la justa retribución, la reparación de los perjuicios y la garantía de no repetición, para lo que resulta determinante establecer los motivos de la agresión, puntualmente, si la misma es expresión de la violencia estructural que históricamente ha sido ejercida sobre las mujeres. Y, finalmente, el interés de la sociedad en que el flagelo de la violencia

⁵⁷ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, *Sentencia SP4135-2019 de 1 de octubre de 2019, Radicación 52 394*, M. P. Patricia Salazar Cuéllar.

⁵⁸ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, *Sentencia SP4135-2019 de 1 de octubre de 2019*.

⁵⁹ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, *Sentencia SP4135-2019 de 1 de octubre de 2019*.

de género —en este caso la ejercida sobre las mujeres— se visibilice, pues ello constituye el punto de partida para las transformaciones orientadas a la igualdad material.⁶⁰

Conclusiones

Es importante destacar que el contexto colombiano no es distinto a la situación de países latinoamericanos como Perú, en donde se observa que:

[...] existe un problema asociado a las capacidades instaladas en el cuerpo burocrático designado a implementar la ley del feminicidio [...] —y, sobre todo— un problema en el diseño de la norma, relacionado a la dificultad para traducir sus contenidos a elementos materiales de registro criminalístico.⁶¹

En el caso colombiano, esta circunstancia se agudiza, en la medida que, como lo han podido constatar Pedraza y Rodríguez,⁶² la evolución jurisprudencial del homicidio feminicida es inexistente, no solo por factores históricos o temporales, sino por cuanto existen criterios disímiles aun en la Corte Suprema de Justicia. Esto se aprecia en sentencias en las que las conductas sancionadas se enmarcan en el agravante, ahora tipo, de feminicidio, mientras que en otras se condena por el homicidio simple, el agravado (porque la víctima es la compañera o cónyuge del procesado) e, incluso, el atenuado (por la causal de ira e intenso dolor causado por los celos del agente).

Asimismo, en Colombia se advierte que el recaudo de la prueba contextual presenta unas dificultades especialmente relevantes. Por un lado, al tener ocurrencia en entornos íntimos o cerrados, los casos de violencia de género se enfrentan a un panorama en el que no siempre existen testigos directos de los hechos ocurridos. Las pruebas testimoniales que con frecuencia allega la Fiscalía corresponden a testimonios de familiares que, como pruebas de referencia, alegan haber escuchado de la víctima la ocurrencia del contexto de violencia o interpretan determinados hechos como constitutivos de la agresión.

⁶⁰ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, *Sentencia SP4135-2019 de 1 de octubre de 2019*.

⁶¹ Diego Tuesta y Jaris Mujica, “Problemas en la investigación procesal-penal del feminicidio en el Perú”, *Urvio, Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, núm. 17 (2015): 81, <https://doi.org/10.17141/urvio.17.2015.2015> (acceso marzo 20, 2022).

⁶² Gabriela Pedraza y Angélica María Rodríguez, “El corto recorrido del feminicidio en Colombia”, *UNA Revista de Derecho 1* (2016): 6, <https://una.uniandes.edu.co/index.php/ediciones/volumen-1/56-pedraza-g-rodriguez-a-m-el-corto-recorrido-del-feminicidio-en-colombia> (acceso marzo 20, 2022).

Por otra parte, el ente acusador sustenta sus imputaciones con documentos expedidos por Comisarias de Familia o instituciones administrativas que, aunque pueden acreditar la concesión de medidas de protección a la víctima, no tienen la entidad suficiente para edificar el carácter sistemático del comportamiento.

La prueba técnica que se práctica en la escena del crimen no suele atender criterios de oportunidad y conveniencia frente a la acreditación de elementos o evidencias físicas que sitúen en la escena el contexto violento.

Ante dichos desaciertos y sin que exista un protocolo técnico que regule la práctica de la prueba, como lo exige la Ley 906 de 2004, las imputaciones que se vienen haciendo frente a este tipo punible se agotan en la valoración de las circunstancias objetivas del hecho (esto es, el deceso de la mujer), pero no abordan con suficiente detalle y técnica la sistematicidad del comportamiento o el carácter estructural de la violencia; es más, ni siquiera sitúan los factores de desigualdad o discriminación de los que pudo ser objeto la víctima. Con ello, en estricto apego al principio de legalidad, lo que se está demostrando probatoriamente es un homicidio y no un feminicidio, pues, como se indicó, el Alto Tribunal constitucional ya estableció que en el delito de feminicidio es determinante la prueba contextual como elemento típico.

Si se efectúa este abordaje en el contexto colombiano, en el que se está propendiendo por una mayor técnica en la práctica y el recaudo de la prueba, se observará también que en nada se ha avanzado para dotar de lineamientos, regulación o experticia a la prueba practicada en un contexto de feminicidio.

Pese a que se han hecho avances significativos en materia de preparación de fiscales e investigadores en enfoque de género, las pesquisas se siguen sustentando en valoraciones testimoniales de los hechos y no en análisis técnicos de la escena, en prueba filmográfica o en referentes valorativos con algún tipo de científicidad, que puedan ser confrontados y desvirtuados por los procesados o analizados con mayor profundidad desde la sana crítica por el administrador de justicia.

El lector se puede preguntar: ¿qué problema puede existir en relación con las pruebas testimoniales dentro del delito de feminicidio? Y se debe responder que el mismo inconveniente que existe tanto en esta conducta como en cualquier otro delito: resulta un lugar común en el imaginario colectivo de la mayoría de los juristas —y aún más de la sociedad general— la errada idea o concepción acerca de que, a partir

de exteriorizaciones físicas o de señales indicativas de los testigos, se puede descubrir si están mintiendo o no.

Se cree que cuando una persona está mintiendo actúa de manera extraña o con nerviosismo e inseguridad, presenta mayor sudoración o más gesticulación. De igual forma, se puede pensar que cuando una persona se expresa con seguridad, su testimonio es verdadero o confiable. A la fecha, con base en la psicología experimental, se puede afirmar que no existe un método fiable para descubrir cuándo un testigo miente, así como tampoco es dable sostener que una persona siempre miente de manera consciente, predispuesta o intencionada.

Ninguno de los intervinientes en un proceso, ningún miembro policial o experto en interrogatorios, ni el mismo juez, por más años de experiencia que tenga, cuenta con la capacidad de identificar o interpretar la gestualidad subjetiva de cada testigo en una audiencia, máxime en un espacio como ese, que produce tanto estrés y presión. Es más, de acuerdo con múltiples estudios de la psicología experimental, se ha concluido que una declaración testimonial nunca coincide o guarda relación fidedigna con lo acaecido en la realidad, en tanto existe una distorsión entre lo vivido o percibido y lo expresado en el testimonio; tal situación tiene su génesis en el funcionamiento de nuestra memoria.⁶³

De vuelta al análisis de la prueba dentro del feminicidio, sobre todo en lo atinente a la dificultad probatoria y, por ende, a una adecuada valoración por parte del administrador de justicia, es importante traer a colación lo sostenido por Vázquez,⁶⁴ quien identifica al menos tres escenarios con distintos problemas probatorios y políticas:

- Textos normativos que exigen probar únicamente una relación amorosa existente o pasada entre la víctima y el victimario, a efectos de calificar la muerte de una mujer en manos de este último como feminicidio. Los problemas probatorios que serían específicos del feminicidio son inexistentes o muy leves, puesto que se trata de hechos externos no conflictivos en sí mismos. En cambio, si la racionalidad valorativa de fondo fuera penalizar ciertas conductas originadas en la “relación

⁶³ Fernando Luna Salas, “Fiabilidad de la prueba testimonial: breve análisis desde la psicología del testimonio y los errores de la memoria”, *Prolegómenos* 24, núm. 48 (2021): 55, <https://doi.org/10.18359/prole.5701> (acceso marzo 20, 2022).

⁶⁴ Carmen Vázquez, “Técnica legislativa del feminicidio y sus problemas probatorios”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 42 (2019): 217-218, https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/99640/1/DOXA_42_09.pdf (acceso marzo 20, 2022).

asimétrica de poder” aludida o en las llamadas “razones de género”, entonces el tipo no cubre todos los casos que debería.

- Textos normativos que en realidad adscriben estados mentales a los individuos que matan a una mujer en determinadas circunstancias, lo que hace jurídicamente irrelevantes las motivaciones del victimario, al exigir únicamente que se pruebe la ocurrencia de circunstancias externas con problemas probatorios variados. Así pues, dichos problemas dependen de cada circunstancia prevista, por lo que el feminicidio se convierte en un tipo penal complejo, pues coexisten diferentes estándares probatorios para un mismo delito. En ocasiones aparecen problemas de redundancia y superposición en las listas de circunstancias previstas. Por lo que hace a la decisión política de fondo, si la racionalidad correspondiera a “las razones de género”, habría que hacer un análisis exhaustivo del listado correspondiente para evitar, en la medida de lo posible, la infrainclusión y la suprainclusión de casos.
- Textos normativos que exigen probar estados internos de un sujeto concreto al matar a una mujer por el hecho de ser mujer. En términos probatorios es el tipo penal más difícil, tanto para la conformación del conjunto de pruebas como para su valoración. En él confluyen varias complicaciones de la ya dificultosa prueba de los estados mentales por hechos externos: la identificación de la generalización que servirá como base, los fundamentos de esa generalización y la información del caso concreto que permitiría encuadrarlo en la generalización (sobre todo cuando se trata de hechos ocurridos entre desconocidos). Ello trae como resultado que el tipo penal resulte de muy difícil uso, así como la ineficacia o ineffectividad de la legislación penal sobre el feminicidio. Entonces, las exigencias sociales de protección se quedan en meras buenas voluntades legislativas.

Resulta de suma complejidad demostrar elementos internos de la psiquis de un sujeto en relación con la conducta penal en comento, acompañado del hecho de que el administrador de justicia debe justificar o motivar en debida forma las razones precisas de los estados mentales del procesado que lo llevaron a atentar contra la vida de la mujer, precisamente por esa condición de género.

Erradicar la discriminación y la violencia contra la mujer no es tarea exclusiva —quizá ni siquiera primordial— del derecho, menos aún del derecho penal. Debe haber una estrategia político-social de gran calado para cambiar la situación de desigualdad entre hombres y mujeres en los aspectos de la vida. El Legislador, en particular nuestros políticos, no pueden pretender que sea suficiente la creación de un tipo

penal específico para los casos de muerte de las mujeres con penas altísimas, menos aun cuando la técnica legislativa que utilizan ocasiona tantos problemas probatorios que hacen inoperativa la propia legislación. Ocuparse de los serios problemas de violencia contra las mujeres va muchísimo más allá del establecimiento de tipos penales solo tranquilizadores de ciertas conciencias.⁶⁵

Así las cosas, tras elaborar un estudio exploratorio del tipo penal de feminicidio en Colombia, se podría concluir que un modelo procesal penal de corte acusatorio y garantista, como el colombiano, debe ser construido con base en la garantía del restablecimiento efectivo de derechos, conforme se desprende de lo reseñado en el artículo 22 de la Ley 906 de 2004 y no de la mera criminalización o persecución de conductas delictivas, de manera cuantitativa y objetiva, solo para satisfacer un interés punitivo mediático.

Referencias

- Abadía, Gloria. “Usos y abusos del sistema penal. Su uso como forma de emancipación femenina: un estudio de caso del delito de trata de personas en Colombia”. *Revista de Estudios Sociales* 42 (2012): 104-117. <https://journals.openedition.org/revestudsoc/6981?lang=fr> (acceso marzo 20, 2022).
- Barata, Francesc. “La mediatización del derecho penal”. *Novum Jus* 2, núm. 1 (2008): 5-32. <https://novumjus.ucatolica.edu.co/article/view/889> (acceso marzo 20, 2022).
- Botero Bernal, Andrés. “El síndrome normativo: estudio de la eficacia de la normativa sobre caminos en el siglo XIX antioqueño”. *Precedente. Revista Jurídica* 15 (2019): 149-208. <https://doi.org/10.18046/prec.v15.3071> (acceso marzo 20, 2022).
- Colombia, Congreso de la República. *Ley 1761 de 2015*, “Por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones”. Bogotá: *Diario Oficial* núm. 49 565, 6 de julio de 2015.
- Colombia, Congreso de la República. *Ley 906 de 2004*, “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. (Corregida de conformidad con el Decreto 2770 de 2004)”. Bogotá: *Diario Oficial* núm. 45 657, 31 de agosto de 2004.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-144 de 6 de abril de 2015*. M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-297 de 8 de junio de 2016*. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁶⁵ Vázquez, “Técnica legislativa del feminicidio y sus problemas probatorios”, 218.

- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-539 de 5 de octubre de 2016*. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. *Auto interlocutorio AP2022-2015 de 22 de abril de 2015, Radicación 41 457*. M. P. Eugenio Fernández Carlier.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. *Sentencia SP18532-2017 de 8 de noviembre de 2017, Radicado 51 410*. M. P. Eugenio Fernández Carlier.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. *Sentencia SP2190-2015 de 4 de marzo de 2015, Radicación 41 457*. M. P. Patricia Salazar Cuéllar.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. *Sentencia SP4135-2019 de 1 de octubre de 2019, Radicación 52 394*. M. P. Patricia Salazar Cuéllar.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. *Sentencia SP4935-2021 de 3 de noviembre de 2021, Radicación 58 858*. M. P. José Francisco Acuña Vizcaya.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. *Sentencia STP9201-2021 Radicación 738548, de 22 de julio de 2021*. M. P. José Francisco Acuña Vizcaya.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. *Sentencia STP9201-2021 Radicación 738548, de 22 de julio de 2021*. M. P. José Francisco Acuña Vizcaya.
- Colombia, Fiscalía General de la Nación. *Directiva 001 de 2012*. Bogotá, 4 de octubre de 2012.
- Colombia. *Constitución Política*. Bogotá: *Gaceta Constitucional* núm. 114, 4 de julio de 1991.
- Comisión Asesora de Política Criminal. *Informe final. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano*. Bogotá: Minjusticia, APC y Unión Europea, 2012. <http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/documento/Informe%20de%20la%20Comisión%20Asesora%20de%20Pol%C3%ADtica%20Criminal.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*. Washington: OEA, 2007.
- Del Río González, Enrique y Fernando Luna Salas. “El indicio: un problema epistemológico”. *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo* 13, núm. 26 (2021): 153-189. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.13-num.26-2021-3619> (acceso marzo 20, 2022).
- Ferrer Beltrán, Jordi. *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*. Madrid: Marcial Pons. 2021.
- Grupo de Trabajo sobre Femicidio/Feminicidio de Cladem. “¿Es conveniente contar con una figura penal sobre feminicidio/femicidio?”. <https://www.alianzaporlasolidaridad.org/axs2020/wp-content/uploads/CLADEM-Documento-consolidado-Feminicidio-Femicidio-reuni%CF%82BsAs-2.pdf> (acceso marzo 20, 2022).
- Guerra Bonet, José David. *Derecho probatorio: probabilidad, estadística y estándares de prueba*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019.
- Hernández Cifuentes, Alejandra. “Del populismo penal a la punitividad: la política penal en Colombia en el siglo XXI” [Reseña]. *Novum Jus* 13, núm. 1 (2017): 231-234. <https://doi.org/10.14718/NovumJus.2019.13.1.10> (acceso marzo 20, 2022).

- Hoyos Rojas, Juan Carlos. “La procrastinación de la bioética en el tratamiento penitenciario colombiano”. *Novum Jus* 15, núm. 2 (2021): 23-54. <https://doi.org/10.14718/NovumJus.2021.15.2.2> (acceso marzo 20, 2022).
- Luna Salas, Fernando. “Fiabilidad de la prueba testimonial: breve análisis desde la psicología del testimonio y los errores de la memoria”. *Prolegómenos* 24, núm. 48 (2021): 53-67. <https://doi.org/10.18359/prole.5701> (acceso marzo 20, 2022).
- Moya Vargas, Manuel Fernando. “El principio de congruencia en los procesos penales. Una reconsideración basada en la semiótica jurídica”. *Derecho Penal y Criminología* 40, núm. 109 (2019): 13-76. <https://doi.org/10.18601/01210483.v40n109.02> (acceso marzo 20, 2022).
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito y la Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de la Mujer. *Marco estadístico para medir el homicidio de mujeres y niñas por razones de género (también denominado “femicidio/feminicidio”)*. Washington, 28 de febrero al 2 de marzo y 4 de marzo de 2022.
- ONU Mujeres. *Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio)*. Panamá: Autor, 2014. <https://www.ohchr.org/documents/issues/women/wrgs/protocololatinoamericanodeinvestigacion.pdf>
- Parada Hernández, María Mónica. “Entre el avance y las barreras. Enfoques de igualdad de género en la política pública de mujeres rurales en Colombia”. *Estudios Socio-Jurídicos* 20, núm. 2 (2018): 103-128. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.6612> (acceso marzo 20, 2022).
- Pedraza, Gabriela y Angélica María Rodríguez. “El corto recorrido del feminicidio en Colombia”. *UNA Revista de Derecho* 1 (2016): 1-8. <https://una.uniandes.edu.co/index.php/ediciones/volumen-1/56-pedraza-g-rodriguez-a-m-el-corto-recorrido-del-feminicidio-en-colombia> (acceso marzo 20, 2022).
- Sotomayor Acosta, Juan Oberto. “Las recientes reformas penales en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa”. *Nuevo Foro Penal* 3, núm. 71 (2007): 13-66. <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/1846> (acceso marzo 20, 2022).
- Tamayo Arboleda, Fernando León. “La limitada capacidad del concepto de populismo punitivo como herramienta de interpretación del sistema penal colombiano”. *Revista Criminalidad* 58, núm. 3 (2006): 21-35. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1794-31082016000300003 (acceso marzo 20, 2022).
- Torres Cadavid, Natalia. “Populismo punitivo en Colombia: una aproximación a la política legislativa de las recientes reformas de los delitos sexuales”, serie *Cuadernos de investigación* núm. 84, dirigida por Félix Londoño González. Medellín: Universidad Eafit, 2010.

- Tuesta, Diego y Jaris Mujica. “Problemas en la investigación procesal-penal del feminicidio en el Perú”. *Urvio, Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, núm. 17 (2015): 80-95. <https://doi.org/10.17141/urvio.17.2015.2015> (acceso marzo 20, 2022).
- Vázquez, Carmen. “Técnica legislativa del feminicidio y sus problemas probatorios”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 42 (2019): 193-219. https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/99640/1/DOXA_42_09.pdf (acceso marzo 20, 2022).
- Velandia-Coy, Claudia Edith. “Estándares probatorios en el sistema acusatorio y su desarrollo en Colombia”. Tesis de pregrado, Universidad Católica de Colombia, 2019. <https://hdl.handle.net/10983/23342> (acceso marzo 20, 2022).