

TÉCNICA LEGISLATIVA DEL FEMINICIDIO Y SUS PROBLEMAS PROBATORIOS *

Carmen VÁZQUEZ **

*Universitat de Girona
carmen.vazquez@udg.edu*

RESUMEN. En muchos países latinoamericanos se ha establecido el delito de «feminicidio» o «femicidio»; sin embargo, pese a usar la misma etiqueta, los hechos que se consideran jurídicamente relevantes en cada país son distintos. En atención a ello, esos tipos penales latinoamericanos pueden clasificarse considerando la importancia que parecen atribuirle a la prueba de las motivaciones del hombre acusado de matar a una mujer por *razones de género*. Dados los distintos escenarios resultantes a partir de esa clasificación, los problemas probatorios que se enfrentan en la aplicación del feminicidio en cada regulación nacional son sumamente diversos. Así pues, este artículo analiza la interrelación entre el modo en que se formulan las normas penales sustantivas y los problemas probatorios que surgen en su aplicación.

Palabras clave: feminicidio, prueba, razones de género, estereotipos de género, prueba de los estados mentales, razonamiento probatorio.

The legislative technique in the femicide and its evidential problems

ABSTRACT. In many Latin-American countries the femicide as a type of crime has been codified, but notwithstanding the same «label» has been used, the material facts are different in each country. If we consider such differences, those regulations could be classified according to the relevance given to the *gender grounds* of a man-accused to kill a woman, which is reflected on the facts that should be proven. Given the different scenarios that arose, the evidence and proof problems are really different in each legal system. So, this paper analyzes the interrelation between the substantive law on the femicide and the evidence and proof problems that emerge in its application.

Keywords: femicide, gender-grounds, gender stereotypes, mental states and their evidence and proof, evidential reasoning.

* Fecha de recepción: 6 de noviembre de 2018. Fecha de aceptación: 27 de febrero de 2019.

** Agradezco la atentísima lectura y todos los comentarios que hicieron a un borrador de este trabajo a: Arturo BARCENA, Diego DEI VECCHI, Marianela DELGADO, Daniel GONZÁLEZ LAGIER y Jordi FERRER. También agradezco todos los comentarios y preguntas de los asistentes a dos eventos donde presenté este trabajo: primero, el «Seminario Iberoamericano: Nuevo paradigma del derecho. Abogar y juzgar en el siglo XXI», especialmente a Juan Antonio GARCÍA AMADO; y, segundo, el *workshop* «Fundamentos filosóficos del derecho procesal», en la Universidad de Chile.

Para la realización de este trabajo he contado con el apoyo del proyecto de investigación «Seguridad Jurídica y razonamiento judicial» (DER2017-82661-P), del Ministerio español de Economía y Competitividad.

1. INTRODUCCIÓN

Hay muchos datos de muy diverso tipo que avalan que la estructura social a nivel mundial ha sido construida en relaciones asimétricas de poder entre hombres y mujeres, algunas de ellas dando lugar sistemáticamente a estremecedores casos de violencia variopinta contra las mujeres. Tal es la situación, que al menos algunos aspectos de las relaciones entre hombres y mujeres ya no son considerados como una mera cuestión particular, sino como un grave problema social identificado como «violencia de género»¹. En ese escenario se han incentivado políticas y generado un cúmulo de legislación, tanto a nivel nacional como supranacional², con el objetivo de prevenir, perseguir, disminuir y/o erradicar todo tipo de violencia contra la mujer³.

Una parte de las políticas contra la violencia de género se han implementado a través de los códigos penales⁴, creando nuevos delitos cuyo sujeto de protección somos exclusivamente las mujeres, previendo agravantes cuando el tipo delictivo se comete contra una mujer o excluyendo de diversos beneficios al culpable cuando la víctima ha sido una mujer⁵. Quizá el ejemplo paradigmático en todo este movimiento lo constituye en Latinoamérica el delito de feminicidio, en un escenario donde las mujeres mueren no solo en manos de sus parejas, sino que son víctimas constantes de hombres con los que tienen relaciones interpersonales no amorosas o incluso de desconocidos.

Los números alarmantes que muestran las estadísticas sobre la muerte de mujeres en ciertos lugares, la presión de las víctimas de estos actos atroces o de sus familiares⁶,

¹ El término «violencia» a estos efectos ha pasado de estar vinculado al uso de la fuerza física a una concepción mucho más amplia que cada vez incluye más actos como violentos. Actualmente la mayoría de las legislaciones relevantes al respecto aluden a la violencia económica y/o patrimonial, la violencia psicológica y/o emocional y hasta la llamada violencia simbólica. Así, por ejemplo, el legislador salvadoreño definió a esta última en los siguientes términos: «Son mensajes, valores, iconos o signos que transmiten y reproducen relaciones de dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales que se establecen entre las personas y naturalizan la subordinación de la mujer en la sociedad» (art. 9.G de la Ley especial integral para una vida libre de violencia para las mujeres).

² Por ejemplo, en 1979 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Por su parte, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos aprobó en 1994 la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres (conocida como «Convención de Belém do Pará»). En Europa, en el 2011, por ejemplo, se aprobó la Convención del Consejo de Europa sobre la prevención y la lucha contra la violencia de la mujer y la violencia doméstica, conocida como la Convención de Estambul.

³ A la vez que esta idea se ha ido transformando en una conciencia social que ha generado un extenso trabajo de todo tipo. Sin embargo, «a pesar de su importancia y su amplia utilización, la noción [de violencia de género] está lejos de ser precisa y unívoca: en la literatura a menudo se confía a una comprensión casi intuitiva o caracterizada en términos de fuerte carga político-ideológica, raramente acompañada de claridad conceptual» (POGGI, 2017: 51).

⁴ En algunos países se han creado normativas especiales que buscan regular de maneras muy diversas acciones contra la violencia de género y en las cuales se han incorporado reglas con efectos penales. *Vid.*, por ejemplo, la Ley especial integral para una vida libre de violencia para las mujeres de El Salvador o la Ley contra el feminicidio y otras formas de violencia de Guatemala, etcétera.

⁵ Por ejemplo, la prohibición de aplicar cierto tipo de atenuantes o de aplicar atenuantes en delitos graves o de invocar costumbres o tradiciones religiosas o culturales para justificar la violencia. Lo que está previsto desde 1993 en la «Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer» de la ONU, art. 4.

⁶ CEREZO DOMÍNGUEZ (2010: 48) trata específicamente este punto en relación con la violencia de género diciendo que «[a]unque en un principio las propuestas feministas estuvieron más bien encaminadas a hacer

las propias decisiones judiciales tomadas en la materia por la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁷, etc., han llevado a los legisladores nacionales a crear un tipo diverso al homicidio cuando la víctima directa es una mujer. En algunos países esa modificación legislativa ha supuesto solo un cambio de «etiqueta» para nombrar de forma distinta hechos ya tipificados como delitos, otras veces ha supuesto además un incremento en las penas del tipo tradicional, otras ocasiones ha supuesto la identificación de circunstancias específicas generadoras de castigo penal, etcétera.

Debo advertir desde ya que no entraré a discutir si es conveniente (o no) regular la privación de la vida de mujeres como un delito más o menos autónomo al homicidio o al parricidio⁸. Me parece claro que ese complejo proceso donde convergen valores morales, intereses diversos y hasta cuestiones pragmáticas, depende claramente de cada país. Aunque, por supuesto, no niego el interés que tendría analizar el debate prelegislativo que dio lugar a la regulación y la justificación político-social del feminicidio en cada uno de los países. En todo caso, aquí me interesa analizar la regulación sobre el feminicidio existente, a efectos de resaltar que en su redacción se han descuidado en general las exigencias probatorias que surgen del tipo penal previsto y que en la práctica se convierten en *el* obstáculo para la aplicación de esas normas.

Quizá una de las grandes sorpresas que cualquier estudioso sobre el feminicidio puede llevarse es que muchas de las regulaciones que lo prevén no son taxativas, como se esperaría en la previsión de cualquier delito⁹. Ello ha supuesto, al menos en algunos países, un complejo casuismo judicial que termina operando el tipo penal con interpretaciones muy diversas, lo que ha contribuido a crear cierta inseguridad jurídica en la aplicación del derecho correspondiente. Por ello, también vale la pena advertir que el lector no encontrará aquí una colección de sentencias de los tribunales nacionales sobre casos de feminicidio, pues parece que tampoco los jueces tienen claros los criterios de interpretación vigentes sobre el tipo «feminicidio». Estamos, entonces, en un escenario complejo donde los problemas probatorios son a veces originados y otras enfatizados por el mal trabajo legislativo o las interpretaciones que del derecho sustantivo realizan los jueces.

El objetivo de este trabajo será identificar específicamente los hechos jurídicamente relevantes que serían objeto de prueba atendiendo al texto legislativo que prevé el feminicidio y, a partir de ello, mostrar debilidades o incluso graves problemas que terminan constantemente en un fracaso de la norma. El itinerario que seguiré para lograr lo anterior será: i) A partir del derecho penal sustantivo vigente en diversos países de

visible el problema social de los malos tratos hacia la mujer, una vez logrado este propósito su atención se concentró en exigir una tolerancia cero ante estas actitudes machistas». Para ello, habiendo tejido una red con los poderes estatales han podido introducir sus reivindicaciones a la agenda política resultando en «constantes reformas a los tipos penales y al consiguiente endurecimiento de las penas».

⁷ A nadie escapa que tribunales supranacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se han constituido en fuentes del derecho nacional mediante la resolución de los casos que conocen, la mayoría de las veces generando nuevas interpretaciones del derecho nacional por parte de los poderes judiciales de los distintos estados.

⁸ Puede verse un muy buen trabajo crítico sobre la creación del tipo penal en Argentina en BLOCH, 2014. Los argumentos presentados ahí bien podrían ser aplicables a cualquier sistema jurídico.

⁹ Sobre la taxatividad en materia penal puede verse FERRERES, 2002, y SÁNCHEZ ORTIZ, 2012: cap. V.

Latinoamérica¹⁰, distinguiré inicialmente dos tipos penales de feminicidio en atención a sus propiedades relevantes: aquellos que aluden exclusivamente a hechos externos y aquellos que incorporan ciertos hechos internos o psicológicos. ii) En aquellas legislaciones en donde parece cobrar relevancia jurídica la prueba de ciertos hechos psicológicos, distinguiré los casos en que hay una genuina obligación de probarlos y los casos en que, por el contrario, estos ya han sido adscritos por el legislador tornándolos irrelevantes probatoriamente. iii) En aquellos ordenamientos en los que el legislador ha adscrito hechos psicológicos del tipo «la mató por razones de género» o «dio muerte a una mujer por su condición de mujer», analizaré algunos problemas probatorios que tienen lugar cuando se pretende aplicar específicamente una de las causales previstas: la violencia sexual, y iv) Profundizaré en los problemas probatorios que se presentan en aquellas legislaciones donde se deben probar hechos psicológicos para la aplicación del feminicidio, *i. e.* cuando se debe probar efectivamente que un hombre privó de la vida a una mujer *por ser mujer*.

En mi opinión, un trabajo como el que pretendo realizar supone tres cuestiones. Primera, tomarse en serio el derecho penal sustantivo, atendiendo a la creación legislativa del derecho y no al casuismo judicial, evitando así trasladar todos los problemas de identificación del *thema probandum* únicamente al aplicador del derecho¹¹. Segunda, tomarse en serio el análisis conjunto del derecho sustantivo y el procesal, advirtiendo los diferentes problemas probatorios que presentan los distintos modos de abordar sustantivamente un fenómeno. Y, finalmente, tercera, tomarse en serio la causa feminista para producir legislaciones con buena técnica legislativa, que no generen problemas probatorios irresolubles que al hacer inefectiva a la legislación terminan sin brindar la protección que se espera a las mujeres.

2. EL FEMINICIDIO: TIPOS PENALES DIVERSOS

El término feminicidio (o femicidio) pese a su corta existencia ha generado un amplio debate político-sociológico. Desde la aparición del término inglés, *femicide*, la causa feminista lo ha usado en diversos sentidos para llamar la atención sobre la muerte de mujeres en diversas circunstancias¹², en qué específicas circunstancias es dónde radica el debate. Así, por ejemplo, la conocida antropóloga Marcela LAGARDE (2008: 216), quien ha protagonizado debates sobre la traducción del término al castellano, considera que «feminicidio» «denomina al conjunto de violaciones de derechos humanos de mujeres que contienen los crímenes y las desapariciones de mujeres [...]

¹⁰ No tengo la pretensión de ser exhaustiva, es decir, no analizaré todas y cada una de las legislaciones sobre el feminicidio en Latinoamérica, sino una especie de muestra significativa.

¹¹ Tanto por los estudiosos del derecho como por los propios operadores jurídicos, hay una escasa atención en la creación del derecho mientras se pone todo el foco en su aplicación. No siempre fue así, *érase una vez* en que la preocupación fundamental de los juristas residía en un cuerpo racional de leyes (DÍEZ RIPOLLÉS, 2013: 13).

¹² En 1976, ante el Tribunal Internacional de Crímenes contra Mujeres, fue Diana RUSELL la primera persona en utilizar el término «*femicide*», vinculándolo directamente con la violencia de género. Luego en 1990, junto con Jane CAPUTI, publicó el artículo «Femicide: Speaking the Unspeakable», un hito en el tema. Como ya mencioné, ha habido una discusión sobre cuál sería el término correcto, si «femicidio» o «feminicidio». No entraré a discutir el término y, como el lector ya lo habrá notado, usaré la palabra «feminicidio».

es un genocidio contra mujeres». Para algunos autores, como MONÁRREZ (2002: 286), el feminicidio supone la subordinación total y la apropiación del cuerpo de una mujer por el hombre solo por el hecho de que esta es mujer o porque no lo es de forma adecuada. El Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe lo limita, en cambio, al asesinato de mujeres por razones de género. En el lenguaje ordinario se habla del asesinato de una mujer por razón de su sexo¹³. Sin embargo, todos estos conceptos y concepciones quedan jurídicamente en un segundo plano cuando tenemos un tipo penal que define las acciones que serán susceptibles de sanción en un proceso judicial.

Como bien afirma TARUFFO (1992: 92), «[e]n el proceso *es hecho* lo que se define como tal en función de la norma aplicable para decidir la controversia [...] el hecho [...] no está dado por sí mismo y autónomamente antes de que asuma relevancia jurídica. [...] Es precisamente *la dimensión jurídica* del hecho en la causa la que permite identificarlo, distinguiéndolo y extrayéndolo de la ilimitada variabilidad e indeterminación de la realidad»¹⁴. Si asumimos lo anterior y queremos «comenzar por el principio» el análisis de las cuestiones probatorias, es indispensable acudir a la legislación sobre el feminicidio en los diversos países donde se ha regulado para identificar los hechos con relevancia jurídica. En este punto, vale la pena recordar que el tipo penal delimita qué buscamos (o debemos buscar) los operadores jurídicos cuando miramos el mundo¹⁵.

Los legisladores latinoamericanos han optado al menos por dos estrategias distintas para tipificar la privación de la vida de mujeres en ciertas circunstancias. Algunos países han optado desde hace tiempo por establecer un delito específico, el feminicidio¹⁶, para sancionar este tipo de conductas, mientras otros países han preferido optar por el establecimiento de una *agravante* del homicidio. Entre los países que han optado por la primera opción (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Chile, México, Perú y más recientemente Colombia) hay algunos que han asumido una estrategia más bien tímida, como Chile¹⁷, donde el feminicidio es una suerte de mera especificación del parricidio; y otros que han creado genuinamente un tipo autónomo, como Guatemala, por ejemplo.

Si atendemos a las distintas regulaciones que encontramos en los países de habla castellana en Latinoamérica que han regulado el tipo «feminicidio», las circunstancias

¹³ *Vid.*, como reconocimiento de este uso, la RAE.

¹⁴ Las cursivas son mías.

¹⁵ Precisamente por ello no me queda nada claro cómo se pueden hacer estadísticas sobre el feminicidio comparando países cuyo tipo delictivo es tan diverso, como veremos a continuación. Una confusión en la que contribuyen el Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe de la ONU que, en sus últimas estadísticas sobre el delito, compara la situación de diversos países sin advertir que los números *no están midiendo lo mismo*. Aún peor, las «notas técnicas» del análisis definen al feminicidio como «homicidios de mujeres de quince años de edad y más, asesinadas por razones de género», cuando no todas las legislaciones incorporan la idea de «razones de género». Pudiera ser que efectivamente están midiendo ese fenómeno ellos mismos con sus propios criterios, pero el gran problema es que los datos le son dados por los poderes judiciales de cada país, atendiendo a la manera en que el fenómeno está penalizado en cada uno de ellos. *Vid.* <https://oig.cepal.org/es/indicadores/feminicidio>.

¹⁶ Puede verse un interesante informe sobre el origen de estas regulaciones y algunas de diferencias y deficiencias en GARITA VÍLCHEZ, 2012.

¹⁷ Cfr. CORN, 2014. Vale la pena decir que existe a la fecha un anteproyecto de Código Penal nuevo en el que se prevé al feminicidio junto con los delitos de odio, incorporándose en el tipo el «rechazo o desvalorización del género», además de la relación de pareja. *Vid.* el art. 213.2.

que lo distinguirían del homicidio o el asesinato estarían constituidas por hechos externos perceptibles directamente mediante los sentidos o, por el contrario, se trata de hechos internos o mentales del autor del delito y, por ello, no perceptibles¹⁸. Veamos algunas legislaciones para ejemplificar esta diferencia.

Chile y Costa Rica siguieron la misma estrategia legislativa para introducir el feminicidio en su legislación penal: partir del parricidio. Así ambos especifican más o menos que: *quien dé muerte a una mujer con la que mantenga una relación de matrimonio o unión de hecho comete el delito de feminicidio*¹⁹. Parece claro, entonces, que a partir del texto normativo basta con probar la existencia de la relación entre la víctima y el victimario, además, por supuesto, de la privación de la vida de la primera en manos del segundo²⁰. Por lo que no hay más que un cambio de etiqueta, a los mismos hechos que antes le llamaban «parricidio» ahora le llaman «feminicidio» cuando la víctima era pareja del victimario, siendo incluso la misma pena prevista²¹. Con ello, pareciera más bien que el derecho penal tiene en tal contexto un mero carácter simbólico o expresivo mediante el cual se explicita cierto interés especial del sistema jurídico en ese tipo de hechos²².

Los problemas de este tipo de regulaciones del feminicidio no son probatorios²³, sino quizá más bien de corte político dado que la formulación normativa podría re-

¹⁸ Este tipo de discusiones también han tenido lugar para otros tipos de delitos en el contexto de la violencia de género, en España, por ejemplo, *vid.* la STS 677/2018, donde se presenta todo un contexto de la discusión sobre si la dominación o el machismo son un elemento subjetivo del tipo penal del art. 153 CP (especialmente las 23 y ss.).

¹⁹ En Costa Rica, la Ley de Penalización de Violencia contra las Mujeres, en su art. 21 establece que «se le impondrá pena de prisión de veinte a treinta y cinco años a quien dé muerte a una mujer con la que mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no». Aunque, curiosamente, el Poder Judicial a efectos al menos de sus estadísticas creó lo que llaman «feminicidio ampliado» (distinguiéndolo del «feminicidio legal»), en el que se incluyen las muertes *violentas* de mujeres en donde no había una relación de matrimonio o unión libre, como en la relación de noviazgo, o a manos de exnovios o exmaridos, o las que ocurren por un ataque sexual o la producida por un proxeneta.

²⁰ Aunque hay propuestas que pretenden llevar el feminicidio más allá de la privación de la vida, por ejemplo, en Chile, CORN (2015), defiende que se debería legislar la circunstancia de feminicidio: «Por odio de género o en contexto de violencia de género, entendiéndose por este toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como privado, basada en una relación desigual de poder, afecte la vida, libertad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial de la mujer. Quedan comprendidas también las perpetradas desde el Estado o por sus agentes».

²¹ *Vid.* el art. 390 del Código Penal chileno: «El que, conociendo las relaciones que los ligan, mate a su padre, madre o hijo, sean legítimos o ilegítimos, a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes legítimos o a quien es o ha sido su cónyuge o conviviente, será castigado, como parricida, con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado. Si la víctima del delito descrito en el inciso precedente es o ha sido la cónyuge o la conviviente de su autor, el delito tendrá el nombre de femicidio».

²² En Costa Rica, en cambio, los tribunales han interpretado de forma más compleja el tipo penal, añadiendo elementos inexistentes en la literalidad del texto. *Vid.*, por ejemplo, el Voto 2017-1058 de las 11:00 horas del 30 de agosto de 2017 del Tribunal de Apelación: «Exige esta normativa, que tanto el agresor como la víctima, mantengan una relación de pareja y a criterio de este Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, debe sumarse, que el homicidio se genere en virtud de las situaciones de poder, abuso y violencia generadas por la condición de vulnerabilidad de la mujer en un vínculo sentimental de esa naturaleza». Una crítica a este uso del derecho penal puede verse en BLOCH, 2014.

²³ Entiéndase bien, quiero decir que no hay particulares problemas probatorios respecto del feminicidio que no estén ya presentes respecto del homicidio o el parricidio. Por supuesto, puede haber casos en los que se discuta si el acusado tenía la intención de matar a la víctima, como fue el bien conocido caso chileno de Nabila Rifo, donde el agresor terminó siendo absuelto de feminicidio porque la Corte Suprema consideró que no había pruebas suficientes sobre su intención de matarla.

sultar infraincluyente, dejando fuera casos que parecería políticamente adecuado que el legislador hubiese considerado. Por ejemplo, si un novio priva de la vida a su novia (con la que no convivía) bajo ninguna circunstancia se podría considerar como feminicidio, aun cuando bien podría tratarse de un caso de violencia de género; y, obviamente, quedan fuera también otro tipo de relaciones no amorosas que en muchos países del entorno sí que están previstas en el tipo penal. También podría ser supraincluyente si se defiende que la motivación del hombre que priva de la vida a una mujer debe ser relevante, pues este tipo penal solo considera la relación amorosa con independencia de los hechos mentales (o motivaciones) que llevarían al hombre a matar²⁴.

Por otro lado, si se pretende atender a la motivación del sujeto activo, hay que acudir a otro conjunto de regulaciones que, ampliando considerablemente el espectro de las relaciones conyugales y de concubinato, especifican que el feminicidio es la privación de la vida de una mujer *por su condición de mujer*, no por el mero hecho de haber sido pareja de su victimario. Así, por ejemplo, el art. 108B del Código Penal peruano lo define como «el que mata a una mujer *por su condición de tal*» en contextos como la violencia familiar, acoso sexual, abuso de relaciones de autoridad, etc. En una reciente sentencia peruana de un caso ampliamente conocido en el país, por su gran trascendencia mediática, se puede leer: «Para que la conducta del hombre sea feminicidio no basta con que haya conocido los elementos del tipo objetivo (condición de mujer, idoneidad lesiva de la conducta, probabilidad de la muerte de la mujer, creación directa de un riesgo al bien jurídico), sino que además haya dado muerte a la mujer “por su condición de tal”. Para la configuración del tipo penal al conocimiento de los elementos del tipo objetivo, se le agrega un móvil: el agente la mata motivado por el hecho de ser mujer. El feminicidio deviene así en un delito de tendencia interna trascendente»²⁵.

La literatura feminista tiene varias y diversas referencias sobre los estados mentales del hombre que le llevarían o podrían llevarle a matar a una mujer. Para empezar, las «creadoras» de la palabra feminicidio, Diana Rusell y Jane Caputi (1990), lo definieron como «el asesinato de mujeres realizado por hombres motivado por odio, desprecio, placer o un sentido de propiedad de la mujer». En esa misma línea, la organización no gubernamental peruana Flora Tristán califica al feminicidio como un crimen de género que es realizado por agresores cuya intención es dominar, ejercer control y negar la autoafirmación de las mujeres como sujetos de derechos, a través del uso de la violencia. Sin embargo, calificaciones como esta se topan con un gran problema pues el tipo penal exigiría la prueba de esos estados mentales o psíquicos.

Si el feminicidio entonces, atendiendo a algo así como una interpretación originaria²⁶, supone alguno de los estados mentales aludidos, claramente el tipo penal chileno y el costarricense, pese a no presentar especiales dificultades probatorias, estarían

²⁴ De cualquier manera, esto podría ser discutido en sede de la racionalidad ética del legislador, si tal concepto se admite. La «racionalidad ética» sería uno de los niveles de racionalidad que se le exigiría al legislador, según ATIENZA (1997), además de la racionalidad lingüística, la jurídico-formal, la pragmática y la teleológica. *Vid.* un análisis crítico a la concepción de ATIENZA en FERNÁNDEZ BLANCO (2018). Por otro lado, un trabajo muy interesante sobre la racionalidad ética de las leyes penales es DÍEZ RIPOLLÉS, 2013: cap. IV.

²⁵ Sentencia núm. 43 de Ayacucho de 16 de febrero de 2018 dictada por la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, Juzgado Penal Colegiado (caso *Arlette*), 67 y 68.

²⁶ Uso aquí la idea de interpretación originaria en sentido amplio para referirme al sentido que atribuían a la expresión las creadoras de la misma.

siendo infraincluyentes al dejar fuera un buen número de casos que sí incluyen ese concepto originario, y también supraincluyentes, al tratar como feminicidio los casos de muerte de parejas no basadas en esas motivaciones. Sin embargo, en cambio, tipos penales como el peruano causan serios problemas a la hora de identificar cuáles son los hechos que se deberán probar a efectos de subsumirlos en el tipo, pues para ello primero deberíamos saber qué quiere decir que el delito se cometió contra una mujer *por su condición de mujer*. Antes de ver qué hechos mentales están en el debate, veamos qué estrategias se han considerado para incorporarlos al razonamiento judicial.

3. LA ADSCRIPCIÓN, NO LA PRUEBA, DE LOS ESTADOS MENTALES EN EL FEMINICIDIO

Según GONZÁLEZ LAGIER (2005: 193 y ss.) hay dos maneras de entender la prueba de los estados mentales, esto es, dos concepciones o reconstrucciones acerca de qué es lo que hacemos cuando probamos estados mentales de una persona²⁷: una cognoscitivista y otra no cognoscitivista. La concepción cognoscitivista asume que las intenciones de un sujeto pueden ser descubiertas mediante procesos inferenciales a partir de hechos externos del sujeto y, por tanto, nuestros juicios al respecto son susceptibles de verdad o falsedad. La concepción no-cognoscitivista, por el contrario, asume que las intenciones no se descubren, sino que se imputan a partir de ciertos criterios y, por ello, no se pretende describir lo sucedido internamente en la mente de un sujeto, no habiendo entonces un juicio susceptible de verdad o falsedad. Y esto sería así porque o no existen los estados mentales, o no pueden ser conocidos o no es necesario conocerlos en el proceso judicial.

Siguiendo lo anterior, en lo que sigue contrapondré los términos probar y adscribir. Si consideramos que la prueba está relacionada con la información de cuestiones empíricas comprobables a partir de las cuales se puede inferir directa o indirectamente la verdad o falsedad de unos hechos y, en cambio, la adscripción es una suerte de decisión que depende de cuestiones muy distintas a las antes nombradas, no hay forma de probar adscribiendo: o adscribimos o probamos. Entonces, si se sostiene que los estados mentales no existen o existiendo no tienen un carácter empírico, no cabría hablar de su prueba. Lo mismo sucedería si existen, pero no pueden ser conocidos. Así pues, para hablar de prueba de los hechos internos estos deberían existir, ser susceptibles de ser conocidos y, una cuestión adicional para el proceso, que sea jurídicamente relevante conocerlos. En efecto, podría ser el caso que el legislador no considere relevante su conocimiento, su prueba, en determinados tipos penales. Y es en este punto donde quiero, por ahora, profundizar.

Un interesante ejemplo sobre la irrelevancia jurídica de los estados mentales es el tipo penal que alude a la privación de la vida de una mujer por el hecho de ser mujer

²⁷ En realidad, GONZÁLEZ LAGIER analiza la prueba de las intenciones. Sin embargo, para lo que aquí me interesa creo que es factible aplicar su análisis al ámbito más amplio de los estados mentales, aun cuando no para todos estos se pueda predicar la racionalidad que el autor identifica para la justificación de las inferencias sobre la intencionalidad de los sujetos. Esto es así dado el desconocimiento o ausencia de criterios comunes generales para atribuir otros estados mentales, a diferencia de lo que sucede en la reconstrucción de la intención bajo una racionalidad de medios-fines.

en la legislación de El Salvador. Si bien el legislador salvadoreño definió al feminicidio como causarle la muerte a una mujer *mediando motivos de odio o menosprecio* por su condición de mujer, acudió después a la estrategia de especificar en qué condiciones se considera que existe odio o menosprecio a la condición de mujer, todas ellas externas al estado mental del feminicida. Así, por ejemplo, según la legislación en comento, siempre que hubiese habido algún incidente previo de violencia contra la víctima por parte del acusado se asume que mediaron motivos de odio o menosprecio por su condición de mujer, lo mismo sucede cuando el autor se aprovechó de las condiciones de riesgo o vulnerabilidad de la víctima, etcétera²⁸.

Si tomamos en cuenta las propiedades relevantes del tipo definido en el citado artículo, pareciera pues que los motivos de odio o menosprecio a la condición de mujer son en realidad jurídicamente irrelevantes. El legislador salvadoreño pudo haber optado por decir explícitamente que el aplicador de la norma debe tomar en cuenta estas circunstancias y, a partir de las mismas y el conjunto de pruebas disponible, inferir una conclusión sobre el odio a la mujer, pero no lo hizo; por el contrario, legisló de tal manera que lo único que importa son las circunstancias (externas) en que se cometió el delito, no los estados mentales del sujeto activo²⁹. Por ello, bien puede decirse que se trata más bien de una estrategia retórica del legislador que esconde una decisión política sobre la irrelevancia de los estados mentales y, con ello, elude cualquier problema probatorio sobre los mismos, lo único que habría que probar son hechos externos³⁰.

En términos probatorios cabría una interpretación más a través de las presunciones. Es decir, que el legislador en realidad está estableciendo una suerte de presunción *iuris tantum*. Siguiendo la Ley especial integral para una vida libre de violencia para las mujeres del Salvador, concretamente el art. 45.b), siempre que se pruebe que el autor se aprovechó de la vulnerabilidad física de la víctima, entonces se tendrá por probado que hubo odio o menosprecio a la condición de mujer. Sin embargo, planteado en términos presuntivos un tipo penal parece más bien incompatible con uno de los principios básicos del derecho penal: la presunción de inocencia. Efectivamente, en ausencia de prueba sobre el hecho presumido le estamos considerando culpable, no aportando

²⁸ Mientras la primera parte del art. 45 de la Ley especial integral para una vida libre de violencia para las mujeres define el delito de feminicidio en los términos expuestos, apelando a los motivos de género, la segunda parte dice textualmente: «Se considera que existe odio o menosprecio a la condición de mujer cuando ocurra cualquiera de las siguientes circunstancias:

a) Que a la muerte le haya precedido algún incidente de violencia cometido por el autor contra la mujer, independientemente que el hecho haya sido denunciado o no por la víctima.

b) Que el autor se hubiere aprovechado de cualquier condición de riesgo o vulnerabilidad física o psíquica en que se encontraba la mujer víctima.

c) Que el autor se hubiere aprovechado de la superioridad que le generaban las relaciones desiguales de poder basadas en el género.

d) Que previo a la muerte de la mujer el autor hubiere cometido contra ella cualquier conducta calificada como delito contra la libertad sexual.

e) Muerte precedida por causa de mutilación».

²⁹ En esa línea, el legislador boliviano, con la creación del art. 252 bis en su Código Penal, hizo un mejor trabajo al definir al feminicidio en términos simples de «a quien mate a una mujer» en cualquiera de un listado de circunstancias.

³⁰ Algunos de esos hechos tienen en sí mismos dificultades probatorias. Quizá el más complicado es el identificado en el primer inciso, que hace referencia a «incidentes de violencia», dados los problemas probatorios que suele haber sobre todo en ciertos tipos de violencia, como la sexual. Este tipo de situaciones serán abordadas en el siguiente apartado.

pruebas suficientes para derrotar la presunción de inocencia. Aunado a que, evidentemente, estaríamos trasladando al menos parte de la carga de la prueba al acusado. Por ello, diría que interpretar en términos presuntivos la normativa correspondiente no es una estrategia exitosa y, si esto es así, me parece que la mejor manera de interpretar estas legislaciones es asumiendo que hacen un uso retórico de los estados mentales del sujeto activo, mientras que definen el tipo a partir de hechos externos.

Por otro lado, la legislación salvadoreña (al igual que las legislaciones chilena y costarricense) parece dejar fuera como sujeto pasivo a quien no haya nacido mujer. En este sentido, el legislador federal mexicano (también el colombiano)³¹ amplió el panorama sobre el sujeto activo hablando de *razones de género*. En lo demás, el legislador mexicano, específicamente, siguió la misma línea que el salvadoreño y especificó explícitamente las circunstancias en las que se considera que existen razones de género³².

Esta opción de técnica legislativa de los legisladores salvadoreño y mexicano quizá constituya un buen ejemplo de las siguientes líneas de GARCÍA AMADO (2000: 245): «No se trata de que con la pena se le reprochen al delincuente su modo de ser o de actuar, la pena no pretende ni penetrar en su constitución individual ni cambiarla. El acto de comunicación que la pena supone no tiene como destinatario prevalente al delincuente, sino al conjunto de los ciudadanos que tienen ciertas expectativas»³³. Ello cuadra con la dinámica moderna que parece concebir a los códigos penales como un tipo de códigos morales, donde se especifica sobre todo cuáles son las conductas que consideramos inadecuadas, casi con independencia de los efectos disuasorios que tradicionalmente buscábamos con el derecho penal.

En todo caso, cuando se adopta la técnica legislativa de hacer listados de las circunstancias externas constitutivas de las razones de género que activarían el tipo feminicidio se gana en taxatividad, pero se corre también el riesgo de que terminen siendo

³¹ No deja de ser llamativa la opción del legislador colombiano que califica de feminicidio el asesinato de una mujer por su condición de mujer, en razón de su identidad de género u orientación sexual y en cualquiera de un listado variopinto de circunstancias. Por ello, la legislación colombiana pareciera ser una amalgama de todas las legislaciones al respecto.

Por otro lado, vale la pena mencionar que en México no hay una única legislación sobre el feminicidio, muchos estados de la República tienen una propia. En este trabajo consideraré la regulación federal, puede verse un cuadro comparativo de las diversas legislaciones en OCNF, 2018: 226 ss.

³² El Código Penal federal establece en su art. 325 que comete el delito de feminicidio quien prive de la vida a una mujer por razones de género. Se considera que existen razones de género cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- I. La víctima presente signos de violencia sexual de cualquier tipo.
- II. A la víctima se le hayan infligido lesiones o mutilaciones infamantes o degradantes, previas o posteriores a la privación de la vida o actos de necrofilia.
- III. Existan antecedentes o datos de cualquier tipo de violencia en el ámbito familiar, laboral o escolar, del sujeto activo en contra de la víctima.
- IV. Haya existido entre el activo y la víctima una relación sentimental, afectiva o de confianza.
- V. Existan datos que establezcan que hubo amenazas relacionadas con el hecho delictuoso, acoso o lesiones del sujeto activo en contra de la víctima.
- VI. La víctima haya sido incomunicada, cualquiera que sea el tiempo previo a la privación de la vida.
- VII. El cuerpo de la víctima sea expuesto o exhibido en un lugar público».

³³ En los últimos años se han incorporado en diversos códigos penales los llamados «delitos de odio» y hay varias discusiones interesantes sobre el tema que pudieran ser relevantes para el análisis del feminicidio; sin embargo, por razones de espacio no entraré en las mismas, sobre todo asumiendo que primero debemos analizar cuál es el rol de las motivaciones en las regulaciones sobre el delito que aquí se trata.

infraexcluyentes o supraincluyentes de situaciones que entrarían en el objetivo de la norma. Por ejemplo, la legislación mexicana considera que se privó de la vida a una mujer por razones de género si ha sido incomunicada por cualquier periodo de tiempo o si el cuerpo de la víctima es expuesto. ¿Por qué el legislador optó por tales circunstancias? En un contexto como el mexicano actual con una alta tasa de criminalidad en torno al narcotráfico, se ha convertido en una escena cotidiana, y no por ello menos repudiable, que se cuelguen en lugares públicos los cuerpos de los sicarios asesinados (aparentemente) muchas veces por sus rivales, pero ¿por qué la acción de colgar el cuerpo de un sicario es menos penada que la acción de colgar a una sicaria?³⁴.

Llegados a este punto, valdría la pena detenerse mínimamente en los listados que especifican causales del feminicidio pues las circunstancias previstas por los legisladores son sustantivamente muy diversas, lo que genera, a su vez, problemas probatorios variopintos en cada una de ellas. Así, algunas circunstancias son relativamente fáciles de probar, como la relación de parentesco o la exhibición del cuerpo de la víctima, mientras otras plantean serias dificultades probatorias, como la violencia de género o la violencia sexual. Precisamente aquellas circunstancias que incorporan hechos en sí mismos difíciles de prueba, como la violencia sexual, pudieran suponer un conflicto relacionado con los costos del error dadas las altas penas normalmente previstas para el feminicidio. Veamos someramente esta cuestión.

4. SOBRE LAS CAUSALES PARA ADSCRIBIR LOS ESTADOS MENTALES EN EL FEMINICIDIO

Las regulaciones sobre el delito de feminicidio oscilan en tres posibles escenarios: en las relaciones íntimas de pareja, en otro tipo de relaciones interpersonales y entre absolutos desconocidos. Las estadísticas disponibles parecen mostrar que en la mayoría de las ocasiones en que se priva de la vida a una mujer en circunstancias en las que los hombres *no* suelen ser privados de la vida es en las relaciones íntimas de pareja³⁵. Cubrir de forma general este tipo de casos puede ser normativamente muy fácil, estableciendo que siempre que una mujer sea privada de la vida por su pareja será considerado feminicidio, como en el caso chileno. Sin embargo, como se dijo entonces, ese tipo genera problemas más de corte político cuando se pretenden incorporar las «razones de género».

También es posible que no solo se considere la relación entre la víctima y el victimario, sino que se limite todavía más el contexto que será jurídicamente relevante, *v. gr.*

³⁴ Por este tipo de situaciones se ha generado cierto debate en torno a la igualdad formal entre ambos sexos. No solamente el principio de igualdad, dado que el autor del delito solo puede ser un hombre, también puede dar pie para discutir si se vulnera (o no) el principio de proporcionalidad, dado el endurecimiento de las penas independientemente de la intensidad del ataque. En España, por ejemplo, la Ley de protección integral contra la violencia de género se llevó ante el Tribunal Constitucional precisamente por ambas cuestiones.

³⁵ En relación al Perú, *vid.*, por ejemplo, HERNÁNDEZ, RAGUZ, MORALES y BURGA (2018), donde también se alude a las estadísticas de otras latitudes. En alguna cita de dicho documento se dice que «la relación afectiva expone doblemente a las mujeres, dado que las construcciones sobre el amor, la relación de pareja, el hogar y la familia se aferran de falsas ideas de protección, cuidado y afecto que invisibilizan las señales de violencia machista y feminicida» (p. 6).

violencia previa de cualquier tipo en la pareja. Lo que parece no tener sentido es prever como una de las circunstancias en que se da el feminicidio la existencia de relaciones sentimentales entre víctima y victimario y, a la vez, como otra de las circunstancias (alternativa, no acumulativa) la de la violencia familiar, como en el ordenamiento mexicano. Lo mismo sucede con la circunstancia de la relación de confianza entre víctima y victimario: se establece que si había una relación de confianza entre la víctima y el victimario habrá feminicidio y que también lo será si hubo violencia u otro tipo de coacciones hacía la víctima por el sujeto de su confianza. En definitiva, si alguna de las causales (violencia familiar o escolar) ya está necesariamente incluida en otra (relación sentimental o de confianza), en realidad no son causales independientes y estamos ante serios errores de técnica legislativa. Este no es el escenario habitual en las regulaciones cuando se habla de las relaciones no amorosas, la mayoría de las veces se especifica que en ellas debe mediar violencia sexual, física o psicológica u otras circunstancias que en realidad terminan haciendo normativamente irrelevante la relación de confianza³⁶.

Entonces, cuando es normativamente irrelevante la relación de confianza o los hechos no tuvieron lugar en una relación íntima³⁷, lo que hay que probar son las circunstancias específicas en las que tuvo lugar el hecho delictivo (y no el tipo de relación que pudieran tener anteriormente la víctima y el victimario). En términos generales, esas circunstancias están referidas a los distintos tipos de violencia: sexual, física o psicológica; así, por ejemplo, si la víctima *presenta signos de violencia sexual*, en el caso mexicano, entonces será feminicidio. Y aquí la causal es susceptible de diversas interpretaciones: ¿Qué exactamente quiere decir «violencia sexual»? ¿Qué exactamente quiere decir que la víctima «presente signos» de violencia sexual?

Si usamos un argumento sistemático para interpretar el Código Penal Federal, donde se encuentra tipificado el delito de feminicidio, quizá haya que recurrir al título sobre los «Delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual», donde se distingue el hostigamiento sexual, el abuso sexual y la violación. Considerando esos tipos penales, pareciera que la «presentación de signos» por la víctima solo se dará en algunos casos de violación, pero no en el hostigamiento y difícilmente se dará en casos de abuso sexual. Por lo que en realidad no sería en «cualquier tipo de violencia sexual», como estableció el legislador mexicano, sino solo aquella que deje signos en la víctima³⁸. Y, si esto es así, entonces los problemas sobre la prueba son menores, porque sabemos qué se debe probar. Sin embargo, pareciera que los problemas políticos de esta interpretación son, por el contrario, mayúsculos, dado que el texto normativo sería infraincluyente: no toda violación deja signos y no todo delito sexual es una violación, se dejan fuera varios casos que deberían estar cubiertos por la norma.

Por otro lado, cuando el legislador mexicano ha dicho «signos de violencia sexual», ¿quiere decir que se haya *probado* que existió violencia sexual? O ¿basta que

³⁶ Excepto en el caso salvadoreño donde se exige que el autor se hubiere aprovechado de la superioridad que le generaban las relaciones desiguales de poder basadas en el género.

³⁷ Un problema adicional es la interpretación de «relación de confianza», en el párrafo anterior asumo una interpretación amplia de cualquier interrelación no amorosa. Quizá sería mejor distinguir entre relaciones estables y no-estables.

³⁸ Hay casos muy problemáticos que pareciera que quedan fuera, por ejemplo, en aquellos casos en los cuales la víctima sobrevive supongamos a la asfixia a la que fue sometida con su propia almohada por parte de un acusado mientras otro le introducía cualquier objeto por vía vaginal sin dejar rastros de violencia sexual.

haya algún elemento de juicio a favor de esa hipótesis? Supongamos la primera opción, es decir, que se exige un nivel de prueba suficiente sobre la violencia sexual, ¿qué problemas probatorios encontraríamos en ese escenario? Por supuesto, hay muchos casos donde ha habido violencia sexual y no quedan rastros de ella; pero, en casos de tentativa de feminicidio contra el acusado, hay casos donde la prueba de la violencia sexual es el testimonio de la víctima, dado que se ha llevado a cabo en ausencia de otras personas. En ese tipo de casos, ¿será suficiente la declaración de la víctima para enervar la presunción de inocencia?

Hay tesis jurisprudenciales aisladas en México donde se dice que en los delitos sexuales «se debe analizar la declaración de la víctima *en conjunto* con otros elementos de convicción, recordando que la misma es *la prueba fundamental*. Entre esos otros elementos se pueden encontrar dictámenes médicos psiquiátricos, testimonios, exámenes médicos, pruebas circunstanciales, indicios y presunciones»³⁹. Dado el escenario que interesa aquí analizar, violaciones donde no hay signos físicos, dejemos de lado los testimonios y los exámenes médicos y centremos en un tipo de *razonamiento* mediante el cual podemos inferir un hecho a partir de otro⁴⁰.

Las pruebas circunstanciales o los indicios son precisamente el tecnicismo con el que se conoce a los hechos a partir de los cuales se infiere(n) otro(s)⁴¹. O dicho de manera más técnicamente correcta, son afirmaciones sobre determinados hechos a partir de las cuales inferimos otros hechos. También se les conoce como «pruebas indirectas», porque no prueban directamente el supuesto de hecho previsto normativamente, sino que llegar a él supone una serie de inferencias. Así, un testigo que viera disparar al acusado sería una prueba directa del hecho principal, mientras que una prueba que, por ejemplo, permitiera ubicar al acusado en la escena del delito, sería indicia porque hay que hacer varias inferencias para llegar a la conclusión «el acusado mató a la víctima». Es esa cadena de inferencias necesaria para llegar al supuesto de hecho previsto normativamente la que ha llevado a la doctrina a considerar que los indicios son más débiles que las pruebas directas, puesto que estas últimas no requerirían supuestamente de una actividad inferencial. Por ello, se dice, los indicios solo serían aplicables en ausencia de pruebas, negándose incluso el carácter de «prueba» a aquellos.

³⁹ Tesis: 1a. CLXXXIV/2017 (10a.) Tesis Aislada (Constitucional, Penal). Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 48, noviembre de 2017, t. I.

⁴⁰ Subrayo «razonamiento» para dejar explícitamente de lado las reglas que establecen que a partir de la prueba de un hecho base se *debe* presumir otro hecho. Lo que serían las «presunciones» en sentido estricto, es decir, no dependientes del razonamiento del agente, sino establecidas como regla general. Tradicionalmente dichas reglas han sido establecidas por el legislador, aunque también pudieran ser establecidas por los jueces mediante la jurisprudencia. En todo caso, la etiqueta «presunción» es ampliamente problemática, con ella parece aludirse a un gran cúmulo de cuestiones. Puede verse un muy interesante trabajo al respecto en ALLEN (1980).

⁴¹ En los países de tradición romano-germánica la distinción entre pruebas directas e indirectas se identifica como *direct evidence vs. circumstantial evidence*. Así, MURPHY (2003: 23) la define como «*[d]irect evidence is evidence which requires no mental process on the part of the tribunal of fact in order to draw the conclusion sought by the proponent of the evidence, other than acceptance of the evidence. Circumstantial evidence is evidence from which the desired conclusion may be drawn, but which requires the tribunal of fact not only to accept the evidence presented, but also to draw an inference from it*». Mientras ANDERSON, SCHUM y TWINING (2005: 380) insisten en que «*[i]t is a common error to treat circumstantial evidence as inferior to testimonial or real evidence*» cuando «*is the most common kind of evidence in legal proceedings*».

Si partimos de la ambigüedad del término prueba, vale la pena distinguir en qué sentido serían diferentes las «pruebas» y los «indicios». Si prueba quiere decir «elemento de juicio» o información a partir de la cual podemos hacer un juicio sobre la verdad o falsedad de la hipótesis, la distinción entre «indicios» y «prueba» es más bien de grado y no categórica. Esto significa que en ambos casos se requiere hacer inferencias y el punto clave radica precisamente en la fuerza de estas⁴². A modo de ejemplo, supongamos que un testigo afirma que ha visto disparar al acusado, el juez tiene que inferir que «el testigo ha disparado al acusado» a partir de la afirmación de aquel; aún más, el testigo efectivamente pudo haber visto disparar al acusado, y el juez en un caso de homicidio tiene que inferir además que la bala disparada fue la que privó de la vida a la víctima (habiendo podido ser el caso de que la víctima muriera de la impresión misma del ataque y el disparo solo hubiera rozado su cuerpo). Los hechos que pueden ser utilizados como premisas de inferencias sobre otros hechos dependerán del conocimiento científico, pero también, y quizá sobre todo, de las máximas de experiencia que utilizan los jueces; y, obviamente, cuáles son las máximas de la experiencia o los conocimientos relevantes dependerá del caso concreto.

Por otro lado, si usamos el término «prueba» como resultado probatorio, la diferencia entre pruebas e indicios se ha planteado como si las primeras fueran por sí mismas suficientes para probar los hechos, mientras los segundos no. Sin embargo, el punto problemático no es si se trata de una prueba directa o un indicio, la cuestión radica en la suficiencia de los mismos para satisfacer el estándar de prueba⁴³. Por ejemplo, podemos tener dictámenes psicológicos o psiquiátricos que afirman que la víctima sufre de un «*shock* postraumático» por los hechos que ella narra y que son coincidentes con la declaración de la víctima realizada ante la policía y durante el juicio, pero ¿serían suficientes esos elementos de juicio? Ello dependerá básicamente de tres cuestiones: la fiabilidad de cada uno de ellos, el apoyo mutuo entre los distintos elementos y la exigencia probatoria establecida por el estándar de prueba. Esto último debería dar respuesta a la cuestión fundamentalísima en materia penal sobre cuándo se derrota la presunción de inocencia.

Dicho lo anterior, entonces, la distinción entre pruebas e indicios o entre pruebas directas e indirectas es más confundente que útil, pues oscurece los problemas reales que se deben afrontar siempre: la fuerza de las inferencias probatorias que permiten relacionar la información disponible sobre los hechos del caso con la satisfacción del estándar de prueba a partir de dicha información. Abordaré la primera cuestión en el siguiente apartado, por ahora me interesa abordar someramente aquí la segunda de las cuestiones, es decir, el estándar de prueba.

En el contexto penal mexicano actual, como en muchos otros sistemas, parece que opera el estándar más allá de toda duda razonable, es decir, que para derrotar la pre-

⁴² Sobre el tema puede verse TARUFFO, 2008: 104 y ss.; GONZÁLEZ LAGIER, 2005: 53 y ss., y 195 y ss.; MURPHY, 2003: 23.

⁴³ La noción de «estándar de prueba», tradicional de los sistemas anglosajones, ha cobrado especial relevancia en los últimos años en nuestros sistemas. Hay un creciente interés en el tema sobre la suficiencia probatoria o la dosis de prueba exigida para tomar las distintas decisiones judiciales que conforman un proceso penal (civil, laboral, administrativo, etc.). Sobre el tema puede verse LAUDAN (2006), GASCÓN (2012) y, sobre todo, FERRER (2018).

sunción de inocencia las pruebas tienen que satisfacerlo. Pero desde un punto de vista teórico nada impone, sin embargo, que ese sea *necesariamente* el estándar de prueba que se deba usar para resolver todos los casos penales. En otras palabras: para derrotar la presunción de inocencia como regla de juicio es indispensable tener un estándar de prueba, pero aquella en sí misma no supone un nivel de exigencia probatoria determinado (Ferrer, 2016: 267), la presunción de inocencia obligaría a absolver cuando haya duda sobre la satisfacción de un estándar, pero nada dice sobre cuál debería ser el estándar. Por ello, bien podría ser que legislativamente se decidiese bajar el estándar de prueba en los casos donde se esté juzgando un delito sexual realizado en circunstancias tales de clandestinidad que no suelen *existir* más pruebas que la declaración de la víctima⁴⁴.

Hay razones diversas que pueden aconsejar establecer un estándar de prueba a un nivel de mayor o menor exigencia. La gravedad de la pena (y el coste de imponerla erróneamente a un inocente) aconsejan subir el estándar. Las dificultades probatorias del tipo de casos aconsejan bajarlo⁴⁵. Si bien pudieran considerarse otros elementos para el establecimiento del estándar de prueba, por ejemplo, la trascendencia que socialmente le damos a ciertas atrocidades, es imposible no considerar la importancia del bien afectado por la consecuencia jurídica. Dicho lo anterior, el problema en el modo que está tipificado en algunas legislaciones el feminicidio es que se le atribuyen penas muy altas y, en cambio, se utilizan causales que anticipan graves problemas probatorios.

En esa situación podría ser que, al menos para *algunas causales* del feminicidio, el estándar de prueba aconsejable sea más bajo y se considere, por tanto, que la presunción de inocencia se derrota con menos prueba. Entiéndase bien, no todo caso de feminicidio aconsejaría un estándar de prueba más bajo, sino solo aquellas causales previstas por el legislador que supongan hechos en sí mismo difíciles de probar. Sin embargo, entra aquí el otro elemento que dificulta la operación y es que la legislación sobre el feminicidio suele imponer penas muy altas, incrementando los costes del error de la condena falsa, lo que aconsejaría establecer un estándar de prueba más elevado⁴⁶.

Así pues, la cuestión política que deberá ser resuelta sería el establecimiento de estándares de prueba para causales que contengan hechos en sí mismos difíciles de prueba y las altas penas que se prevén para ellos. Esta operación exigiría penas más bajas que disminuyan el costo de los errores o, en su caso, una modificación del tipo penal, utilizando causales específicas que no planteen las dificultades probatorias de muchas de las actuales. En cualquiera de ambas opciones la tarea debe ser abordada en sede legislativa⁴⁷.

⁴⁴ En otras jurisdicciones tales dificultades probatorias podrían aconsejar, por ejemplo, un cambio en la carga de la prueba; sin embargo, en materia penal esa opción es más bien imposible en su construcción actual.

⁴⁵ Estas dos razones son detalladas en un muy interesante trabajo de FERRER BELTRÁN, 2018.

⁴⁶ En el caso mexicano, la pena del feminicidio es entre cuarenta y sesenta años. Mientras que una violación tiene de ocho a veinte años y el abuso sexual de seis a diez años.

⁴⁷ Un interesantísimo libro sobre cómo la jurisprudencia podría contribuir a la taxatividad de la ley penal es FERRERES, 2002.

5. LAS RELACIONES DESIGUALES DE PODER ENTRE HOMBRES Y MUJERES EN EL TIPO PENAL

En este numeral corresponde ahora analizar una técnica legislativa diversa a las anteriormente vistas en el establecimiento del tipo penal «feminicidio», una regulación que no alude a la privación de la vida de una mujer *por el hecho de ser mujer*. La regulación nicaragüense anda por otros derroteros al especificar que habrá feminicidio cuando «el hombre que, *en el marco de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres*, diere muerte a una mujer ya sea en el ámbito público o privado», siempre que se dé alguna de las circunstancias previstas en el mismo artículo⁴⁸.

Vayamos por partes. Hay al menos dos posibles interpretaciones del «marco» aludido por el legislador: 1) en el marco de esta *sociedad*, la nicaragüense, en donde las relaciones de poder entre hombres y mujeres son desiguales, y 2) en el marco de la relación desigual de poder entre María y Juan, es decir, de los sujetos concretos implicados en los hechos que se juzgan. Acudamos aquí a la casuística judicial para ver qué han dicho los tribunales al respecto.

El análisis de varias sentencias sobre feminicidio bajo esta regulación realizado por MONTALBÁN (2015) mediante el Observatorio Judicial de Violencia de Género de Nicaragua con apoyo de la Embajada española en el país, muestra una situación variopinta, no una respuesta unívoca. Basten como muestra cuatro ejemplos encontrados en dicho documento: «Una relación asimétrica entre el perpetrador y la víctima porque aquel *sabía que era una anciana* cuando la mató y, además, estaba acostada» (p. 38). «Es evidente que existía la prevalencia por razón de género en vista de la vulnerabilidad de la víctima y occisa que *habitaba sola* en su vivienda» (p. 26). «*La coautoría* en el feminicidio por parte de los otros acusados demuestra y confirma el menosprecio que por la vida de la mujer se viene sosteniendo de forma estructural como parte de la violencia misógina» (p. 24). «*Ejercía actos de control* sobre la víctima al realizarle constantes llamadas telefónicas» cuando, sin contar con el permiso del acusado, aquella decidió tomar un trabajo remunerado fuera de su casa» (p. 37). Algunas parecen referirse a una violencia estructural contra la mujer, otras al ejercicio continuado de control del autor sobre la víctima, otras a un prevalimiento físico en el momento de ejecutar el delito. En definitiva, uno se queda con la pregunta en el aire: ¿qué es una relación desigual

⁴⁸ El art. 9 de la Ley establece las siguientes circunstancias:

a) Haber pretendido infructuosamente establecer o restablecer una relación de pareja o de intimidad con la víctima.

b) Mantener en la época en que se perpetre el hecho, o haber mantenido con la víctima, relaciones familiares, conyugales, de convivencia, de intimidad o noviazgo, amistad, compañerismo, relación laboral, educativa o tutela.

c) Como resultado de la reiterada manifestación de violencia en contra de la víctima.

d) Como resultado de ritos grupales, de pandillas, usando o no armas de cualquier tipo.

e) Por el menosprecio del cuerpo de la víctima para satisfacción de instintos sexuales, o la comisión de actos de mutilación genital o cualquier otro tipo de mutilación.

f) Por misoginia.

g) Cuando el hecho se cometa en presencia de las hijas o hijos de la víctima.

h) Cuando concurra cualquiera de las circunstancias de calificación contempladas en el delito de asesinato en el Código Penal».

de poder entre hombres y mujeres para esta legislación? Es más, ¿se debe probar o no dicha relación desigual de poder?

En Nicaragua, dos años después de establecerse el delito de feminicidio, se dictó el Decreto núm. 42-2014 (Reglamento de la Ley 779) que, en su art. 36, dispuso que «en los tipos penales de violencia que se cometan en el marco de las relaciones desiguales de poder entre un hombre y una mujer, *esta condición deberá quedar claramente establecida*». Y acto seguido se dice también lo siguiente: «En los tipos penales de violencia relacionados con el género se identifican como relaciones de poder, las cuales se definen desde una estructura a través de la construcción social y política del poder masculino dominante, activo, violento, agresivo y de la construcción social de la sumisión femenina, como receptiva, tolerante y por ende pasiva». Por tanto, pareciera que se debe probar el marco *social* de relaciones desiguales de poder en donde han tenido lugar las circunstancias a las que alude el tipo feminicidio. ¿Qué tipo de prueba permitiría establecer estas cuestiones? ¿Una prueba antropológica que determine si la sociedad nicaragüense es de tal manera?

El argumento de las relaciones asimétricas de poder entre hombres y mujeres está muy presente no solo en la literatura feminista, sino también en la literatura sobre el feminicidio. Puede tomarse como ejemplo la concepción de un par de autores argentinos que apelan porque en el delito de feminicidio *se asuman como dadas*, sin necesidad de prueba, algunas características del individuo por su pertenencia a una sociedad⁴⁹. Ello porque supuestamente la aversión hacia las mujeres es cultural y sociológica, no una motivación individual y de corte psicológico (AROCENA y CESANO, 2017: 95). Según los autores en comento, «el aspecto cultural de la construcción de roles derivada de las estructuras sociales de naturaleza patriarcal, en las que un aprendizaje cultural de signo machista ha consagrado desigualdades sensibles entre una “identidad masculina” y un subordinado conjunto de rasgos inherentes a lo “femenino”» (AROCENA y CESANO, 2017: 107). Así aseveran que el tipo subjetivo del feminicidio en Argentina supone mostrar únicamente el dolo en cuanto al resultado, pero «no en lo tocante a la condición femenina de la víctima. Basta, entonces, que el sujeto, sabiendo de la particular calidad de mujer del sujeto pasivo, la mate»⁵⁰. Bajo este esquema no haría falta probar la existencia de relaciones asimétricas de poder y tocaría entonces ver cómo se «podrían dar por hecho» esas relaciones, bien como una cuestión probatoria o como una cuestión de derecho sustantivo.

Desde los esquemas probatorios, quizá la figura procesal más atinente para «dar por hecho» algunas cuestiones que hipotéticamente deberían ser susceptibles de prueba sean los llamados «hechos notorios». Ahora bien, toda declaración judicial que asuma un hecho como «notorio» debe estar justificada tomando en cuenta que se trata de conocimiento o cultura *general* dentro en la sociedad de la que es parte el juez o tribunal que decide. Se trata de una valoración que depende de la cultura personal del juez,

⁴⁹ Aunque el argumento, a diferencia del contexto nicaragüense, iría en otra línea dado que la legislación de su país alude a la muerte de una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare *violencia de género*. En todo caso, el argumento explícitamente planteado por AROCENA y CESANO está implícitamente presente en muchos de los debates sobre el tema y, precisamente, por ello me parece que debe analizarse.

⁵⁰ Aunque líneas más adelante sugieren que aquel lo hace «sabiendo y queriendo realizar actos que, *desde un punto de vista objetivo*, traducen o se enmarcan en una situación de violencia de género».

no de las pruebas. Y puede referirse a cuestiones de naturaleza geográfica, histórica, estadística, religiosa, económica, política, asuntos gubernamentales y hasta principios científicos, etc. (TARUFFO, 2008: 144). Pero una de las condiciones fundamentales para la aceptabilidad de este tipo de decisiones judiciales es que no resulten controvertibles para las partes o no sean motivo de disputa razonable. Ello tiene total sentido, no solo por las características de la institución en comento, también por el derecho a la prueba de las partes que les faculta a presentar cuantas pruebas relevantes considere para defenderse de la acusación tomando en consideración el *thema probandum*, obviamente. Por ello, me parece genuino pensar que la defensa de un acusado *no* permitiría que un elemento del tipo penal que afectará a su defendido pasara a formar parte de la decisión judicial como un hecho notorio no susceptible de prueba y, por eso, creo que hay que descartar la opción de los «hechos notorios».

Si, por el contrario, tratamos «las relaciones asimétricas de poder» como una cuestión del derecho sustantivo, entonces vale la pena retroceder al proceso de creación del tipo penal y reflexionar mínimamente sobre los argumentos que pudo tener en consideración el legislador al crear el feminicidio como un tipo penal diverso al homicidio o al parricidio. En ese contexto, evidentemente la creación misma de la norma debió suponer un serio debate legislativo sobre si era necesario crear el tipo penal *dadas ciertas* características de la sociedad que se pretende regular. Esas características, obviamente, que permitieran considerar las relaciones desiguales de poder entre los hombres y las mujeres que la componen. Y, si esto es así, entonces tendría cierto sentido que ya no fueran objeto de prueba y quedara en manos de los jueces una decisión que ya fue tomada como *presupuesto* en el debate legislativo. En ese caso, el problema, en mi opinión, sería nuevamente de técnica legislativa, habiendo sido mejor optar por un tipo penal donde solo se especifiquen las causales de feminicidio, sin aludir a las relaciones de poder.

La agenda feminista defiende claramente la existencia de relaciones asimétricas de poder entre hombres y mujeres en la sociedad y, precisamente por ello, la necesidad de crear un tipo penal³¹. Si el legislador del país en turno considera válido el argumento, entonces la decisión ya la tomó él para todos los casos y no habría de ser objeto de prueba en los procesos judiciales. Ahora bien, en ese contexto cobra relevancia el análisis de un procedimiento racional de *elaboración* de leyes, no siendo suficiente simplemente un instrumental de análisis racional de leyes ya existentes (DÍEZ RIPOLLÉS, 2013: 91). Por supuesto hay que tomar en consideración los movimientos sociales que urgen a la tarea legislativa, pero también hay que poner en correcto funcionamiento la institucionalización que dicha tarea requiere y exige: contar con datos empíricos serios que permitan legitimar el debate, contar con expertos no solo en el tema en comento, sino también para «traducir» en textos normativos racionales las decisiones legislativas, y un largo etcétera³². Necesitamos mejorar la técnica legislativa para que el

³¹ El argumento no se limita al feminicidio, sino a todo tipo de violencia en contra de la mujer. Por ejemplo, la «Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer» (Convención de Belem do Pará) señala que la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, que trasciende de todos los sectores de la sociedad, independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión.

³² Sobre este tema *vid.* ATIENZA (1997), DÍEZ RIPOLLÉS (2013), OLIVER LALANA (2005) y FERNÁNDEZ BLANCO (2018).

discurso legal (necesariamente distinto del discurso ideológico, aunque fundado en él) no cause tantos problemas interpretativos y probatorios que hagan totalmente inefectiva la legislación como mecanismo para perseguir los objetivos políticos anhelados.

Con todo lo dicho anteriormente, vale la pena decir que el decreto nicaragüense del 2014 antes citado, en mi opinión, erró en la estrategia al exigir la prueba de las relaciones asimétricas *sociales* entre hombres y mujeres. Aunque en realidad el escenario es más desolador puesto que el presidente de Nicaragua a golpe de decreto cambió absolutamente las reglas sobre el feminicidio cuando supuestamente solo pretendía «reglamentar» la Ley Integral contra la Violencia hacia las Mujeres, redefiniendo el tipo en sí mismo y estableciendo que el feminicidio solo se comete en el marco de las relaciones de pareja. Con lo que la situación *de iure* actual es que hay que probar las relaciones sociales desiguales de poder entre las partes del caso, que deben ser pareja.

El decreto tiene aquí otra «joya» porque redefine también «relaciones desiguales de poder», exigiendo que se pruebe: i) que ha habido coerción; ii) que al menos potencialmente pueda afectar la conducta, el pensamiento y los sentimientos, y iii) así como que tengan por finalidad el control o *dominio* que conducen a la sumisión, discriminación, desigualdad de la mujer⁵³. Obviamente se ha tornado tremendamente problemático un tipo penal originariamente más simple, entre otras razones porque volvemos a la prueba de estados mentales dado el cambio en el tipo penal.

6. LA (DIFÍCIL) PRUEBA DE LOS ESTADOS MENTALES EN EL FEMINICIDIO

Como ya se ha dicho anteriormente, las concepciones mediante las cuales se han incorporado los estados mentales al razonamiento judicial sobre los hechos son dos, una cognoscitivista y otra no cognoscitivista. Una vez que se han tratado distintas cuestiones sobre las formas no cognoscitivistas de incorporación de estados mentales mediante la técnica legislativa empleada en el tipo del feminicidio, corresponde ahora dedicar un espacio a analizar los problemas que se enfrentan en dicho contexto cuando hay que probar los estados mentales o los hechos psíquicos, no eventos del mundo físico o comportamientos traducibles en actos materiales. Como dice TARUFFO (1992: 159), «[s]e trata, esencialmente, de hechos que pertenecen a la esfera psicológica, sentimental o volitiva de determinados sujetos y consisten en sentimientos, valoraciones, actitudes, preferencias, intuiciones o voluntades». En el caso del feminicidio las referencias sobre dichos hechos por parte del hombre a la mujer aluden al odio, al desprecio, a ciertos placeres o incluso necesidades de dominar o controlar, etc., como se ha venido viendo hasta ahora.

Si asumimos una concepción cognoscitivista, entonces, debemos sostener que los estados mentales de una persona pueden ser conocidos a partir de hechos externos

⁵³ El decreto, en su art. 2, define una relación desigual de poder como «aquella ejercida por el hombre contra una mujer en lo físico, sexual, psicológico, patrimonial, económico, social, familiar, laboral, político, cultural y religioso *de forma coercitiva, capaz de afectar la conducta, el pensamiento y los sentimientos de otras personas* y que tengan por *finalidad el control o dominio* que conducen a la sumisión de la mujer, discriminación y desigualdad en su contra».

del sujeto. Y, por supuesto, que la inferencia que podemos hacer a partir de hechos externos es susceptible de verdad o falsedad. En palabras nuevamente de TARUFFO (1992: 165), el hecho psíquico «es más bien “sustituido” por una constelación de indicios que se consideran típicamente equivalentes al mismo y que representan el verdadero objeto de la determinación probatoria».

Para plantear los problemas que lo anterior supone pondré dos ejemplos y, a tales efectos, tomaré el tipo penal del feminicidio peruano que remite literalmente a la prueba de hechos psíquicos⁵⁴. Si atendemos al texto correspondiente, en todo caso de feminicidio se debería probar que: 1) los hechos han tenido lugar en uno de los contextos especificados normativamente⁵⁵; 2) ha habido la intención de matar, y 3) ha habido de por medio ciertos estados mentales del sujeto respecto de la condición de mujer de la víctima. Construyamos un ejemplo que tiene lugar específicamente en uno de los contextos regulados en el ordenamiento en comento, la violencia intrafamiliar, y asumamos que no hay problemas probatorios respecto la intención de matar del victimario, con lo cual los problemas probatorios se ubican exclusivamente en el punto 3. Así, supongamos que hay testigos que afirman que el acusado de feminicidio decía a sus amigos y familiares que estaba harto de que cuando llegaba de trabajar su mujer no le tenía preparada la cena, porque no le servía la comida en el plato, porque quería tener un trabajo remunerado y no se conformaba con lo que él económicamente le daba, etc.; y que, por todo ello, un día de esos la iba a matar⁵⁶. Incluso podemos suponer que él mismo confiesa ante las autoridades haberlo dicho y, de hecho, creerlo. ¿Son dichas afirmaciones prueba del numeral 3 antes aludido: los estados mentales respecto de la condición de mujer?

El ejemplo anterior, el marido confeso, puede ser contrastado con el siguiente. Supongamos que una pareja de novios acude, como ya lo había hecho en otras ocasiones, a un motel con el claro objetivo de mantener relaciones sexuales. Sin embargo, estando ya en la habitación la situación se descontrola por una discusión que había tenido lugar antes de llegar al sitio y ella se niega a mantener relaciones sexuales, terminando él exigiendo la satisfacción de la expectativa sexual creada bajo amenaza de violación y muerte, mediando tal uso de la fuerza que la lesiona físicamente, aunque (afortunadamente) sin matarla. ¿Podemos inferir a partir de esos hechos externos que la insatisfacción de sus expectativas se debió, como en el caso anterior, a lo que el acusado cree es el rol que debe cumplir una mujer como novia satisfaciendo expectativas sexuales? Recordemos que estamos ante una legislación que impone no solo probar que se ha matado (o en este caso intentado matar) y que hubo ciertas circunstancias

⁵⁴ También lo hace la Ley de protección integral a las mujeres de Paraguay. Por supuesto, cabría aquí una interpretación de legislaciones como la mexicana defendiendo que el legislador no atribuye los estados mentales a los sujetos en determinadas condiciones, sino que se debe probar en el caso específico la presencia de tales hechos internos en el hombre acusado de feminicidio. Si este es el caso, entonces le sería aplicable el análisis de la siguiente sección.

⁵⁵ El art. 108B alude a la violencia familiar; coacción, hostigamiento o acoso sexual; abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente; y, cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente.

⁵⁶ Suponiendo, además, que los amigos y familiares están dispuestos a testificar. Ello podría toparse en algunos ordenamientos con ciertos problemas dada la figura de los testigos privilegiados que eximen a familiares de la obligación de testificar.

como marco del hecho, sino también adicionalmente que la mató (o intentó matar) «por ser mujer».

Hay una diferencia evidente entre los dos casos: la *expresión* que el agente ha realizado de sus hechos psíquicos, además de haber explicitado de cierta manera su intención de matarla⁵⁷. ¿Tendríamos entonces una prueba directa y no inferencias como se había dicho al inicio del capítulo? No, la determinación de la fiabilidad de la *expresión* de los hechos psíquicos presenta serias complicaciones para el razonamiento probatorio, algunas veces porque se trata de una confesión (cuya voluntariedad, p. ej., podría ser cuestionada) y otras veces porque en realidad sabemos de dicha expresión a través de pruebas testificales sobre el hecho de que X ha afirmado M. No entraré a tratar los problemas sobre la fiabilidad de este tipo de afirmaciones, que en sí mismos ameritan un tratamiento independiente, me basta con resaltar que ni siquiera en esos casos eludimos la necesidad de inferir a partir de unos hechos externos la existencia de hechos internos.

Cabe resaltar una cuestión adicional en el ejemplo del marido confeso: en las relaciones estables hay un *historial* que podría facilitar la prueba de los hechos psíquicos y que es inexistente en otros tantísimos casos en que no hay relación estable entre víctima y victimario o ni siquiera una relación. Por tanto, si ese es el caso paradigmático que queda cubierto por una legislación como la peruana, entonces hay técnicas legislativas mucho más claras y fáciles, como lo hemos visto anteriormente: cabría solo prever que el feminicidio se da siempre que la mujer sea privada de la vida por su pareja o expareja.

Ahora bien, ¿qué pasa con el caso de los novios donde no hay una expresión de los hechos psíquicos que motivan la conducta del hombre? Los tribunales, obviamente, no pueden esperar que haya siempre pronunciamientos del acusado que les permitan hacer la inferencia respectiva sobre sus motivaciones. Por ello, la pregunta relevante (y en suma compleja) es cómo se identifican los hechos externos que pueden ser utilizados para inferir los hechos mentales que constituirían las motivaciones para matar a una mujer por ser mujer.

En términos generales, inferimos los estados mentales que llevaron a actuar a una persona a partir de generalizaciones acerca de la correlación conducta externa-estados mentales. Pues bien, el tipo de generalizaciones que parece actualmente exigible utilizar para reconstruir los motivos que pudieron llevar a un hombre a privar de la vida a una mujer pueden ser identificadas como *generalizaciones basadas en el género*, en la literatura relevante llamados «estereotipos de género»⁵⁸.

⁵⁷ Vale la pena insistir en que no puede inferirse necesariamente a partir de que la constatación de que el sujeto sea un machista que la matara por ser mujer. Por ello, en el ejemplo sería determinante que él hubiese hecho explícita su intención de matarla por no satisfacer sus expectativas como «su mujer».

⁵⁸ *Vid.* como ejemplo serio al respecto COOK y CUSACK, 2009.

Aunque no es una cuestión pacífica, se ha asumido que «género» es una suerte de *constructo social* mediante el cual se le atribuyen roles propios a mujeres y hombres. Es decir, a diferencia del sexo que tradicionalmente se ha considerado como una cuestión «natural», el género es un fenómeno social contingente, distinto de sociedad en sociedad. Y ese constructo conformaría entonces un conjunto de creencias en torno a lo que se espera del comportamiento de un hombre y una mujer y las actitudes asumidas sobre su realización o no. Habría así un conjunto de expectativas simplemente en función de ubicar a una persona en la amplísima categorización de hombre o mujer.

Los estereotipos, como es bien sabido, son generalizaciones construidas sobre la base de los atributos o de las características de *algunos* de los miembros de una clase que utilizamos en nuestro razonamiento ordinario para sacar conclusiones o tomar decisiones sobre *toda* la clase o todos los miembros de la clase. A veces ese tipo de generalizaciones tienen un sustento empírico y otras veces no. Cuando no tienen sustento empírico se puede deber a que habiendo realizado el estudio estadístico correspondiente resultó que son falsas o simplemente a que no existe ninguna base estadística⁵⁹. Pero también puede ser el caso que se trate de estereotipos normativos, es decir, que no pretenden brindar información sobre cómo de hecho es el mundo⁶⁰; así, a diferencia de los estereotipos descriptivos, los estereotipos normativos son, entonces, constitutivos de ciertos modelos (ARENA, 2016)⁶¹.

Las generalizaciones «la mayoría de las mujeres son...» y «las mujeres deberían ser...» se han utilizado para imponer un rol a todas las mujeres. Es ese uso normativo el relevante para los objetivos de este trabajo, es decir, los estereotipos normativos referentes a la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres en las circunstancias particulares del caso (COOK y CUSACK, 2009). Todo ello nos conduce a un complejo discurso no sobre cómo *de hecho son* las mujeres, sino sobre cómo supuestamente deberían ser las mujeres en una sociedad y/o contexto más delimitado dentro de esta. Lo que, a su vez, nos llevaría a limitar el uso de la categoría «mujer» y especificar «las mujeres que trabajan en casa», «las mujeres que tienen un trabajo remunerado», «las mujeres indígenas», «las mujeres adultas mayores», «las mujeres esposas», etc., con sus diversas combinaciones y mucho mayores delimitaciones en un contexto social determinado. Por lo que no se trataría solo de ser mujer, sino de ser mujer en un conjunto de circunstancias en las que hay cierta expectativa de comportamiento por los roles que le son atribuidos en estas.

Si los estereotipos normativos de género serían las generalizaciones que permitirían a los jueces identificar hechos externos a partir de los cuales inferir los hechos mentales correspondientes, entonces aquí es donde radica uno de los mayores retos para la aplicación de un tipo penal como el feminicidio, dado el rol que jugarán en el razonamiento probatorio. Y, ¿cuál sería la fuente de dichos estereotipos? En mi opinión, al menos podríamos hablar de dos posibilidades a efectos de su incorporación en el razonamiento probatorio: las máximas de experiencia de los jueces y el conocimiento experto mediante determinadas pruebas periciales.

⁵⁹ Cuando los estereotipos utilizados en el razonamiento no tienen un sustento empírico, entonces corremos el riesgo de caer en distintos tipos de errores, por lo que hay que andar con sumo cuidado con estos. Sobre las generalizaciones espurias y no espurias, pero fundamentalmente sobre las generalizaciones no espurias y tampoco universales, un libro ineludible es SCHAUER, 2003.

⁶⁰ Por poner un ejemplo: todas las madres tienen un instinto de cuidado especial y todas las madres deberían tener un instinto de cuidado especial. Los estereotipos descriptivos podrían tener un fundamento estadístico que muestre que efectivamente la mayoría de los miembros que conforman un grupo o categoría («las madres») tienen la propiedad atribuida al grupo.

⁶¹ F. ARENA (2016: 70) da un punto clave para enfocar el debate: «[L]os estereotipos normativos se encuentran al centro de la tensión entre opresión y reconocimiento. Entre imposición de roles a quienes lo rechazan y la falta de reconocimiento de los roles que los individuos y grupos se atribuyen a ellos mismos». Los estereotipos pueden ser opresivos si le son *impuestos* a un individuo que rechaza: *a*) lo que convencionalmente el grupo estereotipado asume como un deber; *b*) lo que la sociedad en que el grupo estereotipado se inserta asume, y *c*) lo que un individuo dentro de la sociedad en que el grupo estereotipado asume.

En términos procesales tradicionales, a veces lo que se está pidiendo es que quien juzga use sus máximas de experiencia en relación con los estereotipos de género para correlacionar los hechos externos de un sujeto con sus estados mentales. Para abordar las máximas de experiencia, quizá el primer paso que valga la pena hacer es distinguir entre «experiencia personal» y «experiencia intersubjetiva» (o social) de los jueces. La primera es mucho más problemática que la segunda, dado que depende exclusivamente de lo vivido por una persona: esa compleja red de experiencias vitales en torno a la educación, la ideología, los prejuicios, las generalizaciones espurias y un largo etcétera (VÁZQUEZ, 2015: 186). La segunda es menos problemática porque no depende de la experiencia de cada uno, sino de creencias compartidas por los individuos que conforman una sociedad; ahora bien, algunas de esas creencias pueden depender exclusivamente de una suerte de mera convención de esa sociedad, mientras otras pueden tener un fundamento más empírico. El problema del uso de máximas de experiencia cuyo valor de verdad depende únicamente de las convenciones de una sociedad en los casos de violencia de género en general, y en particular del feminicidio, es que hay sociedades (no solo individuos y no solo hombres) cuya práctica cotidiana depende de muy diversos estereotipos cuestionables sobre las mujeres.

De hecho, en el ámbito judicial es fácil encontrar sentencias, ya históricas en algunas sociedades y en otras aún actuales, sobre la resistencia que para defender su honor *debió* poner la mujer víctima del delito de violación y que irremediamente habría dejado alguna huella física en el victimario o en ella misma. Nótese que dicha generalización no es una cuestión que provenga del derecho, las juezas y los jueces la fundamentaban en sus máximas de experiencia sociales. Este ejemplo ayudaría a entender que en sociedades machistas evitar el uso de estereotipos de género supondría todo un esfuerzo institucional por reeducar a las juezas y los jueces en algunos temas claves para la función judicial, lo que no se resuelve mediante el establecimiento de simples protocolos, es una tarea mucho más compleja y profunda.

Una valoración racional de las pruebas no solo exigirá prestar atención a las máximas de la experiencia que participan en nuestros procesos inferenciales, sino que hay que explicitarlas y justificarlas. Y aquí es donde se le debe pedir a los jueces un esfuerzo especial en su obligación de motivar sus decisiones en casos de feminicidio: deben explicitar y justificar la(s) generalización(es) basada(s) en el género que los llevan a inferir (o no) que un hombre mató a una mujer «por ser mujer», *i. e.* que su conducta es (o no) explicable mediante un estereotipo de género. Incluso explícitamente refutando el uso de otras generalizaciones en el razonamiento que pudieran *también* explicar las motivaciones del comportamiento del acusado y que nos llevarían a encajar los hechos en otros tipos delictivos, no necesariamente en el feminicidio.

En resumen, entonces, cuando la identificación de los hechos externos que permitirían inferir hechos internos sobre las motivaciones de un hombre al matar a una mujer dependa de las máximas de experiencia de los jueces: 1) se pide una suerte de autoevaluación para identificar y explicitar claramente las generalizaciones en juego, y 2) a veces ello exige previamente toda una reeducación de los individuos dada la cultura social de la que son parte. Sin embargo, también debe haber un trabajo de identificación de otras generalizaciones aplicables que permitirían explicar el comportamiento de un individuo.

Una opción adicional a las máximas de experiencia como fuente de la generalización hechos externos-hechos internos sería el conocimiento experto. Es decir, que fueran los expertos quienes debieran identificar los estereotipos normativos de género que servirían de base para inferir los hechos mentales a partir de hechos externos del sujeto. Y aquí se abre otro escenario no carente de problemas, entre los cuales quizá son tres los que valga traer a colación: 1) ¿quiénes son los expertos en esta materia: los psicólogos, los antropólogos, los sociólogos?, ¿alguna otra especialidad? 2) Y, aún siendo capaces de identificar el área de expertise correspondiente, todavía tendríamos la gran tarea de interesarnos por conocer la fiabilidad de sus afirmaciones, no solo de forma genérica, sino también en su aplicación al caso concreto⁶². Y 3) Además de la fiabilidad, no puede obviarse que los expertos podrían sufrir parcialidades disposicionales sobre el tema pues, al igual que los jueces, no dejan de ser individuos pertenecientes a una determinada sociedad⁶³.

Dicho todo lo anterior, quizá sea oportuno subrayar que el conocimiento experto no permitirá relacionar de modo inequívoco hechos externos y hechos internos, aunque sí podría dar un sustento probabilístico suficiente. Ello podría generar una suerte de paradoja, pues cuanto más fundadas sean las generalizaciones que pudieran llegar a ofrecer los expertos, su aplicación podría parecerse mucho a las reglas, por lo que se correría el riesgo de que los jueces terminasen atribuyendo estados mentales de la misma manera que lo harían bajo una estrategia no-cognoscitivista, cuando en realidad el tipo supone una concepción cognoscitivista. Ahora bien, cuanto menos general y fundado sea el tipo de conocimiento experto en juego, entonces habrá mayor dependencia hacia las máximas de experiencia de los jueces con toda la problemática a la que antes ya aludí.

Todo lo anterior dependerá, obviamente, de la información que se tenga sobre las circunstancias particulares del caso que se está juzgando. Se ha dicho que los estereotipos normativos ayudarían a identificar los hechos externos que permitirían inferir los hechos internos de un sujeto, pero se requiere que tanto la policía como los fiscales se aseguren de buscar y ofrecer información que pudiera ser utilizada por los jueces para construir la inferencia que atribuye al sujeto hechos mentales⁶⁴. Ello hace que todos los problemas anteriormente vistos se reproduzcan previamente en la etapa de investigación y delimitación del caso, es decir, que se debería ver cómo están trabajando este tipo de casos los policías y los fiscales, no solo los jueces. El trabajo, entonces, se multiplica.

Habiendo identificado varios de los problemas probatorios que supone un tipo penal que alude a estados mentales sobre la condición de mujer de la víctima, además de los típicos problemas de prueba de las intenciones en casos de asesinatos, se podría decir que este tipo de regulaciones del feminicidio nos llevaría a lo que ATIENZA (1997: 36) llama «irracionalidad pragmática» de la legislación⁶⁵. El legislador partió

⁶² Este es un tema que dada su complejidad no puedo abordar aquí. Al respecto, *vid.* VÁZQUEZ, 2015.

⁶³ Un trabajo reciente sobre la parcialidad disposicional es VÁZQUEZ, 2018.

⁶⁴ En el informe recientemente presentado por la OCNF (2018), por ejemplo, se identifican como problemas para la acreditación del tipo penal el mal manejo del lugar del hallazgo y la pérdida de evidencia (p. 207), así como la ausencia de análisis del contexto (p. 208).

⁶⁵ Aunque ATIENZA (1997: 37) en ningún momento alude a las cuestiones probatorias como posible fuente de fracaso de la norma, se limita a distinguir fracasos por factores subjetivos (*i. e.* dependientes de las motivaciones del sujeto) y objetivos (*i. e.* la ausencia de previsiones institucionales necesarias para hacer efectiva la norma).

de crear un delito para un grupo considerado desfavorecido, pero con el resultado de que hay muchísimos casos en que es prácticamente imposible probar los estados mentales que supuestamente subyacen al matar a una mujer por ser mujer. El resultado es entonces frustrante para todos y casi siempre por la misma razón: no se sabe y/o no se explicita cuáles serían los hechos externos que permitirían inferir los hechos mentales relevantes para probar el feminicidio.

7. CONCLUSIONES

El derecho penal sustantivo en Latinoamérica ha previsto un reciente tipo penal, el feminicidio, como respuesta política a las exigencias sociales que buscan poner de manifiesto, perseguir, prevenir o erradicar la muerte de mujeres en determinadas circunstancias. El argumento que más resonancia parece tener entre los agentes sociales que han luchado por estos cambios legislativos se funda en la «relación asimétrica de poder» entre los hombres y las mujeres y, precisamente, esa idea permea implícita o explícitamente en la técnica legislativa empleada.

Una rápida mirada por esos textos normativos permite identificar al menos tres escenarios con distintas problemáticas probatorias y políticas cada uno:

1. Textos normativos que exigen probar únicamente una relación amorosa existente o pasada entre la víctima y el victimario a efectos de calificar a la muerte de una mujer en manos de este último como feminicidio. Los problemas probatorios que serían específicos del feminicidio son inexistentes o muy menores puesto que se trata de hechos externos no problemáticos en sí mismos. En cambio, si la racionalidad valorativa de fondo fuera penalizar ciertas conductas originadas en la «relación asimétrica de poder» aludida o en las llamadas «razones de género», entonces el tipo *no* cubre todos los casos que debería.

2. Textos normativos que en realidad adscriben estados mentales a los individuos que matan a una mujer en determinadas circunstancias, haciendo jurídicamente irrelevantes las motivaciones del victimario al exigir únicamente probar la ocurrencia de circunstancias externas con problemas probatorios variopintos. Así pues, los problemas probatorios de este tipo de regulaciones dependen de cada circunstancia prevista, constituyéndose entonces el feminicidio en un tipo penal complejo, donde pudieran coexistir diferentes estándares probatorios para un mismo delito. También 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 de la misma fuese «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.

3. 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. Confluyen en él varias complicaciones de la en sí misma difícil prueba de los estados mentales a través de hechos externos: la identificación de la generalización que servirá como base, los fundamentos de dicha generalización y la información del caso concreto que permitiría encuadrarlo en dicha generalización (sobre todo cuando

se trata de hechos ocurridos entre desconocidos). Ello trae como resultado que el tipo penal resulte de muy difícil aplicación, haciendo ineficaz y/o inefectiva la legislación penal sobre el feminicidio y dejando en meras buenas voluntades legislativas las exigencias sociales de protección.

La preocupación social por la violencia hacia las mujeres es más o menos evidente en función de la sociedad en que nos ubiquemos, convirtiéndose en un asunto de interés público muy latente en prácticamente cualquier país de nuestro entorno. Luchar contra la discriminación y la violencia contra la mujer no es tarea únicamente, y quizá ni siquiera primordialmente, 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 distintos aspectos de la vida. El legislador, *i. e.* nuestros políticos, no pueden siquiera pretender considerar que es suficiente la creación de un tipo penal específico para los casos de muerte de las mujeres con penas altísimas, menos aún cuando la técnica legislativa que utilizan produce 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.

BIBLIOGRAFÍA

- ALLEN, R., 1980: «Presumptions in Civil Actions Reconsidered», *Iowa Law Review*, 66, 843-867.
- ANDERSON, T. *et al.*, 2005: *Analysis of Evidence*, London: Cambridge University Press.
- ARENA, F., 2016: «Los estereotipos normativos en la decisión judicial. Una exploración conceptual», *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, vol. 29, 51-75.
- AROCENA, G., 2017: *El delito de feminicidio. Aspectos político-criminales y análisis dogmático-jurídico*, Buenos Aires: BdeF.
- ATIENZA, M., 1997: *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid: Civitas.
- BLOCH, I., 2014: «Estudio crítico del tipo penal de femicidio en el Código Penal argentino», *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 10, 1996-2009.
- CEREZO D., A. C., 2010: *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- COOK, R. *et al.*, 2009: *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*, University of Pennsylvania Press. Citado por la traducción al castellano de A. PARRA, *Estereotipos de género. Perspectivas Legales Transnacionales*, Bogotá: Profamilia.
- CORN, E., 2014: «La revolución tímida. El tipo de femicidio introducido en Chile por la ley núm. 20.480», *Revista de Derecho*, vol. 21, núm. 2, 103-136.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., 2013: *La racionalidad de las leyes penales*, 2.^a ed., Madrid: Trotta.
- FERNÁNDEZ BLANCO, C., 2018: *Un aporte jurídico a los debates sobre instituciones y desarrollo. Aproximación desde problemáticas compartidas por los países de América Latina*. Obtenido de <https://www.tdx.cat/handle/10803/482041>.
- FERRER BELTRÁN, J., 2016: *Motivación y racionalidad de la prueba*, Lima: Grijley.
- 2018: «Prolegómenos para una teoría de los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del estado por prisión preventiva errónea», en D. PAPAYANNIS *et al.* (coords.), *Filosofía del derecho privado*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons.
- FERRERES CORNELLA, V., 2002: *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (una perspectiva constitucional)*, Madrid: Civitas.

- GARCÍA AMADO, J. A., 2000: «¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, 233-264.
- GARITA, A. I., 2012: *La regulación del delito de feminicidio/femicidio en América Latina y el Caribe*, Panamá: Secretariado de la Campaña del Secretario General de las Naciones Unidas. ÚNETE para poner fin a la violencia contra las mujeres.
- GASCÓN, A. M., 2012: *Cuestiones probatorias*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- GONZÁLEZ LAGIER, D., 2005: *Quaestio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Lima-Bogotá: Palestra-Temis.
- HERNÁNDEZ, W. et al., 2018: *Feminicidio: determinantes y evaluación del riesgo*, Informe, Universidad de Lima y CIES.
- LAGARDE, M., 2008: «Antropología, feminismo y política: violencia feminicida y derechos humanos de las mujeres», en M. BULLEN et al., *Retos teóricos y nuevas prácticas*, Ankulegi, España.
- LAUDAN, L., 2006: *Truth, Error, and Criminal Law*, Cambridge University Press, citado por la traducción al castellano de C. VÁZQUEZ et al., *Verdad, error y proceso penal*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons.
- MONÁRREZ, J., 2002: «Feminicidio sexual serial en Ciudad Juárez: 1993-2001», *Debate Feminista*, vol. 13, núm. 25.
- MONTALBÁN, H. I., 2015: *Estudio de sentencias dictadas en primera instancia por órganos judiciales especializados en violencia hacia la mujer en el año 2013, relativas a delitos de femicidios*, Observatorio Judicial de Violencia de Género de Nicaragua.
- MURPHY, P., 2003: *Murphy on Evidence*, Oxford: Oxford University Press.
- OBSERVATORIO CIUDADANO NACIONAL DEL FEMINICIDIO/OCNF (2018), *Implementación del tipo penal de feminicidio en México. Desafíos para acreditar las razones de género 2014-2017*, México: Católicas por el Derecho a Decidir A. C.
- OLIVER LALANA, D., 2005: «Legitimacy through Rationality: Parliamentary Argumentation as Rational Justification of Laws», en L. WINTGES, *The Theory and Practice of Litigation*, Ashgate Publishing.
- POGGI, F., 2017: «Violenza di genere e Convenzione di Istanbul: un'analisi concettuale», *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, vol. 11, 51-76.
- RUSELL, D. et al., 1990: «Femicide: Speaking the Unspeakable», *MS*, 34-37.
- SÁNCHEZ-ORTIZ, P., 2012: *Fundamentos de política criminal. Un retorno a los principios*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons.
- SCHAUER, F., 2003: *Profiles, Probabilities, and Stereotypes*, EEUU: Harvard University Press.
- TARUFFO, M., 1992: *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè, citado por la traducción al castellano de J. FERRER (2002), *La prueba de los hechos*, Madrid: Trotta.
- 2008: *La prueba*, Barcelona-Madrid: Marcial Pons.
- VÁZQUEZ R., C., 2015: *De la prueba científica a la prueba pericial*, Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons.
- 2018: «La im/parcialidad pericial y otras cuestiones afines. Confiabilidad, desacuerdos y sesgos de los expertos», *Isonomía*, núm. 48, 69-107.

