

GÉNERO Y
DERECHO PENAL



I N S T I T U T O P A C Í F I C O

GÉNERO Y DERECHO PENAL

Homenaje al Prof. Wolfgang Schöne

Elvira Álvarez Olazabal • Karen Anaya • Gustavo A. Arocena
• Daniel Andrés Benavides Ortiz • Coline Cardi • Ana Isabel Cerezo
Domínguez • Liliana Rocío Chaparro Moreno • Julieta Di Corleto
• Joseph Dupuit • Hans Fernández Obregón • Olga Fuentes
Soriano • José Hurtado Pozo • Patricia Laurenzo Copello •
Julissa Mantilla Falcón • Elena Martínez García • Luis Navas
Taylor • Lirka Otsuka • María L. Piqué • Diana Carolina
Portal Farfán • Beatriz Ramírez Huaroto • Luz Cynthia
Silva Ticllacuri • Joan W. Scott

JOSÉ HURTADO POZO

Director

LUZ CYNTHIA SILVA TICLLACURI

Coordinadora



BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ

Centro Bibliográfico Nacional

346.34

G

Género y derecho penal: homenaje al Prof. Wolfgang Schöne / Elvira Álvarez Olazabal, Karen Anaya, Gustavo A. Arocena... [et al.]; director, José Hurtado Pozo; coordinadora, Luz Cynthia Silva Ticllacuri.-- 1a ed.-- Lima: Instituto Pacífico, 2017 (Lima: Pacífico Editores).

591 p.; 25 cm.

Bibliografía: p. 531-591.

D.L. 2016-16667

ISBN 978-612-4328-58-9

1. Schöne, Wolfgang - Aniversarios, etc. 2. Derechos de la mujer - Aspectos legales 3. Mujeres maltratadas - Aspectos legales 4. Mujeres - Crímenes contra 5. Delitos sexuales - Aspectos legales 6. Derechos de los homosexuales 7. Derecho comparado I. Álvarez Olazabal, Elvira, 1959- II. Anaya Cortez, Karen, 1992- III. Arocena, Gustavo A. IV. Hurtado Pozo, José, 1942-, director V. Silva Ticllacuri, Cynthia, 1985-, coordinadora VI. Instituto Pacífico (Lima

BNP: 2016-1899

GÉNERO Y DERECHO PENAL

Homenaje al Prof. Wolfgang Schöne

Autor:

© José Hurtado Pozo, 2017

Director:

© José Hurtado Pozo, 2017

Coordinadora:

© Luz Cynthia Silva Ticllacuri, 2017

Primera edición Enero 2017

Copyright 2017

Instituto Pacífico S.A.C.

Diseño, diagramación y montaje:

Luis Ruiz Martínez

Edición a cargo de:

Instituto Pacífico S.A.C.-2017

Jr. Castrovirreyna N.º 224-Breña

Central: 332-5766

E-mail: prerensa@aempresarial.com

Tiraje: 2000 ejemplares

Registro de Proyecto Editorial: 31501051601382

ISBN: 978-612-4328-58-9

Hecho el Depósito Legal en la

Biblioteca Nacional del Perú N.º: 2016-16667

Impresión a cargo de:

Pacífico Editores S.A.C.

Jr. Castrovirreyna N.º 224-Breña

Central: 330-3642

Derechos Reservados conforme a la Ley de Derecho de Autor.

Queda terminantemente prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, químico, óptico, incluyendo el sistema de fotocopiado, sin autorización escrita del autor e Instituto Pacífico S.A.C., quedando protegidos los derechos de propiedad intelectual y de autoría por la legislación peruana.

**APUNTES SOBRE LA CRIMINALIZACIÓN DEL FEMINICIDIO
EN COLOMBIA A PARTIR DE LA LEY *ROSA ELVIRA CELY*:
ENTRE LA ATENCIÓN A LA VIOLENCIA DE GÉNERO
Y EL PUNITIVISMO**

Daniel Andrés Benavides Ortiz

Sumario: **I.** La violencia de género en Colombia. **II.** Discusiones de carácter político criminal. **III.** La criminalización del feminicidio de cara al derecho penal sustantivo. **IV.** El feminicidio en la jurisprudencia nacional. **V.** Conclusión y discusión.

I. LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN COLOMBIA

La protección reforzada de la mujer frente a la violencia de género tiene lugar dentro de la preocupación global por hacer frente a un paradigma sexista que ha sido visibilizado gracias a las ideologías feministas¹.

El llamado feminismo de primera ola —que tuvo lugar dentro de la ilustración— propugnaba por una igualdad jurídica entre mujeres y hombres, exigiendo, por lo tanto, paridad en cuanto a los derechos políticos, la participación ciudadana, el reconocimiento de un derecho de propiedad, etc.². No obstante, dicho movimiento resultó insuficiente, pues, a pesar de los esfuerzos estatales por darle un lugar a la mujer dentro del ordenamiento jurídico, las diferenciaciones de facto continuaron dándose, en parte, debido a la inercia cultural producida por siglos de un trato discriminatorio.

1 Guerra, 2007, p. 256; Fiss, 1995, p. 217.

2 Varela, 2005, p. 3.

Así, se generó una segunda ola de movimientos feministas que dirigió sus reclamos a los escenarios en los que la sociedad desplazaba a la mujer por medio de tratos fácticos desiguales, por ejemplo, un control social más severo en clave moral, un trato diferenciado en escenarios laborales o un rol social sumiso frente a la familia; todo ello, a partir de un concepto de la mujer entendida como persona auxiliar al hombre³. En esta última línea, se empiezan a hacer reclamos sociales frente a fenómenos odiosos como la violencia doméstica ejercida contra la mujer, que, a pesar de haberse tratado consuetudinariamente como un asunto privado, pasó a reclamar una repercusión pública⁴ que tuvo, incluso, eco internacional, generándose diferentes pactos, tratados y convenciones de derecho internacional público, con el fin de erradicar la violencia de género. Como consecuencia de ello, se introduce en la agenda políticocriminal de los Estados el castigo a este tipo de conductas ejercidas contra las mujeres⁵ y, de esta manera, las agendas legislativas de los diferentes estados, sin ser Colombia la excepción, contemplan la inclusión de delitos como el de violencia doméstica⁶, el de violencia contra la mujer y el feminicidio.

Existen, asimismo, instrumentos de *soft law* que sugieren a los Estados la adopción de medidas especiales para reducir el impacto de una pretendida cultura sexista (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1967; Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, 1979; Asamblea General de las Naciones Unidas, 1993), al igual que otras disposiciones con carácter vinculante, algunas de ellas integradas al llamado 'Bloque de Constitucionalidad', que conminan al Estado a tomar cartas frente a las regulaciones de la violencia de género (Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, 1995; Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, 1996).

El asunto no es meramente retórico, pues existen estadísticas suficientes que justifican la preocupación sobre este tema y el tratamiento diferenciado a las situaciones de violencia de género, especialmente en aquellas en que está comprometida la integridad de la mujer. Los números que reflejan estos instrumentos comprobarían el planteamiento feminista sobre un modelo patriarcal frente al cual las mujeres se encuentran inermes: la violencia ejercida por la pareja sentimental se presenta en una

3 De Beauvoir, 1969, p. 81; Varela, 2005, p. 22.

4 Radford / Rusell, 1992, p. xi; Nájera, 2010, p. 11.

5 Procuraduría General de la Nación, 2009, p. 5.

6 Guerra, 2007, p. 249.

relación de 1 a 6 en tratándose de hombres y de mujeres⁷ y las mujeres son diez veces más proclives que los hombres a hallar la muerte a manos de su pareja o expareja sentimental, y tres veces más vulnerables a ser víctimas de homicidio precedido de vejaciones de naturaleza sexual⁸.

La ley más reciente, de entre las que se ocupan de la criminalización de conductas que atentan contra la mujer, es la Ley N.º 1761 *Rosa Elvira Cely* (2015), la cual, dicho sea de paso, no es la primera en ocuparse del asunto de la violencia de género. De hecho, antes de que entrase en vigencia el actual CP colombiano (Ley N.º 599, de 2000), el Congreso de la República ya había previsto la introducción de normas penales encaminadas a darle una protección reforzada a la mujer frente a hechos de violencia, aunque sin calificar el sujeto pasivo.

En efecto, la Ley N.º 294 (1996) incluyó el delito de violencia intrafamiliar, el maltrato (intrafamiliar) constitutivo de lesiones físicas, el maltrato (intrafamiliar) mediante restricción a la libertad física, la violencia sexual entre cónyuges, declarada luego inexecutable por la Corte Constitucional, pues preveía una consecuencia jurídica más laxa que los delitos simples de violencia sexual⁹ y, previó agravantes para las conductas de constreñimiento ilegal, constreñimiento ilegal para delinquir, tortura, trata de personas y estímulo a la prostitución, siempre que dichos delitos fueran perpetrados por un sujeto agente vinculado familiarmente con la víctima. Huelga anotar que la norma en comento previó la inaplicación de beneficios de ejecución de penas frente a los autores de estos delitos.

No se puede pasar por alto que el CP del 2000 tuvo en cuenta, como una circunstancia genérica de agravación punitiva, el actuar impulsado por móviles de discriminación (art. 58.3). Así, parece claro que la sola conducta de homicidio o las lesiones causadas en una persona por móviles de discriminación de género, ya tenían un trato especial. Debe tenerse en cuenta que la inclusión de los motivos de discriminación como una circunstancia genérica de mayor punibilidad es la más inclusiva de todas las disposiciones penales que se han incorporado al Código en desarrollo de la citada agenda en contra de este tipo de violencia, pues no sólo cubre la violencia de género ejercida contra las mujeres, sino que abarca cualquier expresión violenta de discriminación.

7 Cifuentes y Echeverri, 2014, p. 210.

8 Marthe / Tello / Moreno, 2014, pp. 101, 102.

9 SCCConstCo, C-285, 1997.

No obstante lo ya anotado, en el 2008 se sancionó y promulgó la Ley N.º 1257, la cual dispuso una serie de medidas para enfrentar la violencia de género, muchas de ellas de naturaleza penal. En este último sentido, por ejemplo, modificó el art. 104 del CP agravando el homicidio cuando se cometiere contra una mujer por el hecho de ser mujer (feminicidio); también, frente al mismo artículo, amplió la figura del uxoricidio extendiéndola a relaciones de convivencia no previstas por la redacción original del Código. Por la vía de la modificación del art. 104 dio mayor alcance a los supuestos de lesiones personales agravadas, que remiten al artículo referido e incluyó, a más de otras reformas a los delitos contra la libertad, el desarrollo y la integridad sexuales, una agravante para el homicidio en tanto delito de guerra (Capítulo II del Libro II del CP), cuando mediaren móviles de violencia de género.

Luego, se aprobó la Ley *Rosa Elvira Cely* que fue promulgada en junio bajo el consecutivo 1761 de 2015, y en ella se tipificó el delito de feminicidio simple como un delito autónomo, derogando el agravante incluido por la mencionada Ley N.º 1257, incorporó la figura del feminicidio agravado y previó —de manera expresa— agravantes de violencia de género para las lesiones personales, así como una reducción de los beneficios procesales concedidos en la audiencia de imputación de cargos.

Es importante, toda vez que el feminicidio cobra especial importancia políticocriminal en razón de que se enmarca dentro de la violencia de género, delimitar conceptualmente este tipo de violencia. A tales efectos, es preciso diferenciar entre el sexo, la identidad sexual y la inclinación sexual, los cuales conforman la identidad de género. En primer lugar, el sexo remite a una división bipartita entre hombres y mujeres que es determinada por criterios anatómicos (el aparato reproductor masculino y femenino), genéticos (diferenciación cromosómica xx/xy) y hormonales (producción de andrógenos y estrógenos)¹⁰.

En segundo lugar, las personas pueden desarrollar su identidad de acuerdo, o en desacuerdo, a su sexo objetivo. Esta proyección, referida a la relación entre la persona y su sexo, es conocida como identidad sexual y puede darse de dos maneras: si la identificación sexual de la persona coincide con su sexo, se denomina cisgénero y, si no, transgénero¹¹.

10 Pinzón, 2008, p. 5.

11 Miller, 2014, p. 2.

Finalmente, en cuanto a la inclinación sexual, ésta depende de la preferencia de la persona en el ámbito relacional, la cual puede ser tendente al sexo opuesto (heterosexual), al mismo sexo (homosexual), a los dos sexos, entendiéndolos como diferentes (bisexual), indiferente del sexo de su pareja (pansexual)¹² o puede no haber ninguna inclinación en el ámbito relacional (asexual)¹³.

Por razones similares a las que justifican las diferencias anteriores, se debe hacer una distinción entre la violencia contra la mujer, la violencia doméstica y la violencia por razones de género, pues se trata de tres conceptos distintos. La violencia de género, es aquella ejercida contra otra persona por motivaciones discriminatorias frente a la identidad de género de la víctima, así, pues, esta violencia se ejerce contra cualquier persona y, aunque la población femenina es un grupo vulnerable, también lo es, por ejemplo, la comunidad LGBTI¹⁴.

La violencia doméstica o intrafamiliar es aquella que se suscita circunstanciada por un contexto familiar, puede tratarse de violencia conyugal, de maltrato de los padres a los hijos o de violencia filio-parental¹⁵.

Finalmente, la violencia contra la mujer, es la ejercida contra ésta por móviles misóginos, es decir, la violencia contra la mujer es una expresión de las violencias de género, la cual puede concretarse con cualquier tipo de maltratamiento físico, sexual, psicológico, económico, etc.¹⁶

II. DISCUSIONES DE CARÁCTER POLÍTICO CRIMINAL

El delito de feminicidio, tal y como se ha entendido en términos jurídicos, se centra únicamente en una cosmovisión binaria hombre-mujer¹⁷, sin hacer mayor reparo en la identidad, ni en la inclinación sexual. Sin embargo, existe un amplia gama de identidades de género frente a las que no existe ningún tipo de protección reforzada, a pesar de tratarse, en algunos casos, de personas vulnerables a la violencia discriminatoria en razón del género (los hombres cisgénero homosexuales, por ejemplo), mientras hay otros grupos sociales frente a los cuales la ley pareciera no

12 Labor, 2012, p. 32.

13 Álvarez, 2010, p. 2.

14 Pinzón, 2008, p. 3.

15 Flores, 2009, p. 1.

16 Barragán / Alfonso, 2010, pp. 12-29.

17 Fontán / Ledesma, 2013, p. 97; Velásquez, 2013, p. 153.

ser suficientemente clara en clave del alcance del ámbito de tutela de la norma, como las personas transgénero, pues no está claro si la protección abarca a quienes, habiendo nacido mujeres, se identifican con el sexo masculino o al contrario, los nacidos hombres que se identifican con el sexo femenino.

Las problemáticas planteadas generan dos problemas jurídicos diferentes en clave constitucional: en primer lugar, la protección sesgada de un solo sector de la sociedad que sugiere una eventual vulneración del principio de igualdad previsto en el art. 13 Constitucional. En segundo lugar, lo relativo a la vaguedad de la expresión mujer, que puede resultar insuficiente frente a las exigencias de taxatividad derivadas del principio de legalidad consagrado en el art. 29 de la Carta Política.

En cuanto a la primera cuestión, se debe tener en cuenta que el concepto de igualdad no es unívoco dentro de nuestro ordenamiento, y que hay dos diferentes acepciones de igualdad, ambas protegidas constitucionalmente. Por un lado, se habla de una igualdad formal, que exige un idéntico trato a situaciones equivalentes, prevista en el primer inciso del precitado art. 13. Por el otro, la igualdad material, que exige dar un trato diferenciado a situaciones de hecho distintas, con miras a reducir una brecha fáctica de desigualdad, está prevista en los incisos segundo y tercero *eiúsdem*.

Es por ello que, en sede del principio de igualdad, la jurisdicción constitucional colombiana ha planteado dos líneas jurisprudenciales diferentes, de manera paralela, aplicando una u otra acepción según las circunstancias fácticas reguladas y no de los supuestos normativos. De esta manera, se ha determinado que es inconstitucional dar un trato legislativo distinto a dos situaciones que se encuentran en pie de igualdad¹⁸; mientras que es constitucional producir legislaciones diferenciadas cuando obedecen a un trato social excluyente y discriminatorio¹⁹. Este tipo de regulaciones de acciones afirmativas hace parte de la política conocida como discriminación positiva²⁰ y, frente a esta última clase de situaciones, las normas son constitucionales de manera temporal, mientras se superan las circunstancias de exclusión que la justifican²¹.

18 SCConstCo, C-622, 1997; C-082, 1999; C-101, 2005; C-804, 2006.

19 SCConstCo, C-410, 1994; C-622, 1997; C-371, 2000.

20 Velasco, 2007, p. 141.

21 SCConstCo, C-101, 2005; C-804, 2006; C-674, 2005; C-776, 2010; C-355, 2013.

De cara al segundo problema constitucional planteado, se debe tener en cuenta una reciente línea jurisprudencial esbozada por la Corte Constitucional entre 2015 y 2016, en la que ha integrado una postura de género inclusiva de las personas transgénero, según la cual la identidad sexual reconocida y protegida por el Estado es aquella que ha desarrollado la persona y que puede ir de la mano con su sexo o ser distinta de este (T-63, 2015, 7.2.4). Por ejemplo, la Corte Constitucional, previendo que la identidad de género la da el autorreconocimiento de la identidad sexual y no el sexo objetivo, ha eximido a las mujeres transgénero de la obligación de prestar el servicio militar obligatorio (Sentencias T-63, 2015 y T-99, 2015) y ha conminado al Congreso a desarrollar una legislación que, al tiempo que exime a las mujeres transgénero de dicha obligación, haga obligatorio el servicio militar a los hombres transgénero, es decir, a aquellas personas que habiendo nacido con la anatomía de una mujer, se reconocen como hombres.

Estas interpretaciones judiciales relativas a la identidad sexual informan el concepto jurídico de mujer dentro de nuestro ordenamiento jurídico, enmarcándolo únicamente en la identidad subjetiva y, de esta manera, podría entenderse resuelto cualquier problema en torno al principio de legalidad estricta (taxatividad).

En cualquier caso, acéptese o no la tesis propuesta por la Corte Constitucional, los conceptos de hombre y de mujer deben ser tenidos por elementos descriptivos o como elementos normativos, pero, en ningún caso, han de quedar librados a la interpretación del juez, pues ello resultaría lesivo de los principios de legalidad y de taxatividad por la interpretación que conlleva, minando, por lo tanto, la seguridad jurídica que debe proteger, a toda costa, el ordenamiento penal.

Ahora bien, la criminalización del feminicidio debe entenderse como el desarrollo de una política criminal del Estado, cuya función es la prevención²² de conductas negativas de suficiente impacto social que justifican una respuesta tan invasiva como la privación de la libertad de un ciudadano. De modo general, puede decirse que la diferente punición de las conductas delictivas se justifica por el valor intrínseco del bien jurídico transgredido y el consecuente disvalor de resultado, esto es, por el grado objetivo de afectación del bien jurídico y por un disvalor de acción relativo a la peligrosidad que representa la acción misma frente a la

22 Fernández, 2004, p. 72.

sociedad, referido a las motivaciones de autor y al riesgo que representa la exteriorización de su conducta *per se*.

Tratándose de la Ley *Rosa Elvira Cely*, que incorporó la actual redacción del tipo de feminicidio, se expuso que la importancia de la criminalización de dicha conducta radicaba en la protección de “la vida, la integridad y la libertad de la mujer”, como bien jurídico²³. Esta aseveración, por supuesto, no deja de generar problemas políticocriminales, pues se determina que la vida, la integridad y la libertad no son conceptos que incorporen un valor propio, sino que dicho valor varía en función de su titular, siendo mayor al tratarse de una mujer que de un hombre.

Si bien, tal y como se anotó anteriormente, las estadísticas reflejan una mayor vulnerabilidad de las mujeres en materia de violencia de género, del que deriva la constitucionalidad de la norma con relación al art. 13 mayor, tal criterio —una diferencia aritmética— no puede justificar una distinción en clave de bienes jurídicos. No se debe olvidar que los bienes jurídicos comportan un valor propio el cual se puede diferenciar axiológicamente y no sólo atendiendo a cuestiones aritméticas²⁴, es decir, los bienes jurídicos se distinguen por el mayor o menor interés que revisten para el Estado y no por la frecuencia estadística con que ocurra su vulneración.

No puede, entonces, aceptarse el punto de partida del legislador colombiano en este punto, si bien puede plantearse que el feminicidio es un delito pluriofensivo que atenta contra dos bienes jurídicos diferentes, uno individual, la vida humana independiente, (entendida como un valor universal de igual jerarquía con indiferencia de su titular) y otro colectivo, la estabilidad de la población femenina. Así, tal y como ocurre frente a las conductas de genocidio y los llamados delitos de odio, converge un bien jurídico colectivo, entendido como la existencia y estabilidad de un grupo social vulnerable que se ve amenazado por acciones o expresiones discriminadoras; en el caso de la violencia de género ejercida contra la mujer, se protege de manera reforzada a las mujeres por efectos de su mayor vulnerabilidad colectiva, como un grupo social históricamente oprimido por patrones, en la voz de las colectividades feministas, “patriarcales”.

Frente al bien jurídico individual “vida”, el reproche exige un juicio de disvalor de resultado, toda vez que se debe tener en cuenta la afecta-

23 Congreso de la República de Colombia, 2015.

24 STC 059, 2008.

ción o efectiva amenaza (en las situaciones de tentativa) del bien jurídico vida, por lo cual el reproche jurídicopenal no es diferente del de un homicidio. Mientras que, tratándose del bien jurídico colectivo “existencia y estabilidad de una comunidad vulnerable (la femenina)”, el juicio de disvalor recae en la acción, en cuanto a la peligrosidad intrínseca que tiene el perpetuar una sistemática violenta hacia dicha comunidad, como también, en cuanto a la descalificación que se hace de las motivaciones del autor²⁵, en punto de violencia con motivos de género.

Es importante señalar que la Ley *Rosa Elvira Cely*, gozó del aval de los medios de comunicación, en su rol de generadores de opinión²⁶, lo que ayudó a su aprobación generalizada por parte de la ciudadanía, ávida por encontrar en los textos legislativos fórmulas que modifiquen los rezagos sexistas presentes en una sociedad que no escatima esfuerzos en la lucha contra la discriminación y el favorecimiento del pluralismo.

Sin embargo, el nuevo texto legislativo evidencia una tendencia políticocriminal de carácter represivo, la cual merece un análisis juicioso debido a las implicaciones que necesariamente conlleva la aplicación de la norma, como son las dificultades dogmáticas y los contrasentidos de cara al espíritu liberal del que, en teoría, se precia el ordenamiento castigador colombiano: no se trata de una regulación sencilla, por el contrario, es abundante en exigencias típicas que proponen un sofisticado juicio de tipicidad que pone en riesgo la seguridad jurídica.

En este mismo sentido, este tipo de regulaciones problemáticas permite cuestionar las finalidades del legislador al momento de incluir una tipificación de estas características dentro del plexo jurídicopenal. Así, cabe preguntarse si el órgano legislativo en realidad estaba empeñado en combatir la violencia de género ejercida contra las mujeres o si, más bien, la finalidad de dicha norma atiende a la satisfacción del descontento popular que se ha generado frente a casos mediáticos, sin tocar el *quid* de la problemática, pero logrando la satisfacción popular que reclama la sensibilidad avivada del electorado²⁷.

No deja de llamar la atención la manera en que el órgano legislativo bautizara la novedosa ley contra la violencia de género, usando el nombre de una víctima, tristemente recordada por haber encontrado la muerte

25 Velásquez, 2013, p. 153.

26 Soto, 2005, p. 17.

27 Ruiz / Turcios, 2009, p. 200.

en las más ominosas circunstancias²⁸; anecdóticamente, es pertinente recordar que tras la conciliación del proyecto, el título de la norma no hacía referencia a la señora Cely y que su nombre fue incorporado de manera afanada en una sesión diferente, a modo de corrección²⁹. El aludido es un recurso, con trazos demagógicos, que brinda fuerza semiótica al texto legal, en tanto remite a su destinatario a lo que el nombre de la norma propone³⁰.

No se trata de una inferencia afanada. El mismo Congreso de la República reconoce, en la parte motiva de la última ponencia del trámite legislativo³¹, que el móvil que lo llevó a trabajar en la confección de esta ley fue la protección que reclaman casos como el de Rosa Elvira Cely o el de Yanira Rojas Ramírez, los cuales fueron objeto de una exhaustiva mediatización por parte de la prensa local³².

Al margen de lo anterior, el carácter simbólico de la ley en estudio trasciende a la denominación oficial con que fue bautizada; de hecho, su contenido normativo ha sido justificado por diferentes sectores en la importancia formal que tiene darle un nombre diferenciado a las conductas de violencia de género atentatorias de la vida, frente al solo homicidio, pues satisface una necesidad de visibilización de la problemática de la violencia de género al reconocer dicho delito con un nombre propio³³. En el entender de estos sectores, la innominación del delito de feminicidio como agravante del homicidio lo ponía en el mismo nivel de reproche social que a un homicidio simple³⁴. Nada más alejado de la realidad. Basta estudiar las agravantes del homicidio previstas en el art. 104 del CP colombiano para notar que en todos los casos se tratan conductas, bajo el nombre de homicidio agravado, con un altísimo reproche social (el parricidio, el homicidio intersicarios o el homicidio con fines terroristas, entre otros).

Si bien, es cierto que las leyes penales comportan una importante función semiótica, esta no puede ser la principal directriz políticocriminal y no puede justificar vicios en la técnica legislativa empleada. Mucho menos el valor simbólico de la norma puede amparar las tendencia popu-

28 Forero, 2012; noticiascaracol.com, 2012.

29 Congreso de la República de Colombia, 2015.

30 Fernández-Pacheco, 2013, p. 20.

31 Congreso de la República de Colombia, 2015.

32 Toro, 2014, pp. 42-58.

33 Semana Educación, 2015.

34 Congreso de la República de Colombia, 2015.

listas que acompañan a estas tipificaciones. Un derecho penal meramente simbólico es un derecho penal politizado y jurídicamente ineficaz³⁵.

Al hilo de esto, conviene resaltar que, paradójicamente, la actual figura de feminicidio simple prevé una consecuencia jurídica menor que la existente bajo la ley de 2008. Con todo, la modalidad simple será de difícil aplicación, gracias a las diferentes modalidades agravadas, cuyas penas, esas sí, son mayores a las consideradas en la legislación derogada.

III. LA CRIMINALIZACIÓN DEL FEMINICIDIO DE CARA AL DERECHO PENAL SUSTANTIVO

Es razonable pensar que la redacción actual tiene una mayor vocación de aplicación, debido a su flexibilidad. Esto último, se evidencia en la posibilidad de sustituir el ingrediente subjetivo distinto del dolo, indispensable bajo la anterior legislación, por otros ingredientes de carácter objetivo, lo cual, empero, le brinda una desmedida apertura³⁶. Uno de los argumentos expuestos en la ponencia para el último debate en el Senado es, precisamente, que la anterior legislación exigía un ingrediente subjetivo de muy difícil aplicación y que, de hecho, un sector de la doctrina ha considerado inaprensible para el juzgador³⁷.

Arguyó el ponente que la inclusión de dolos especiales resulta de muy difícil prueba (confundiendo, probablemente, los móviles, indicadores de la personalidad del reo³⁸, con los ánimos o las finalidades, verdaderos dolos especiales)³⁹ y que dicha dificultad radica en la imposibilidad de entrar en la mente del agente criminal para determinar cuáles fueron sus intenciones criminales⁴⁰.

Si bien los cuestionamientos a las dificultades probatorias derivadas del uso de elementos subjetivos son, en términos generales, acertados, cabe resaltar que una mayor aplicación del nuevo tipo con relación al anterior, no implica, necesariamente, una utilización más justa del derecho penal, ni siquiera, una norma penal más “correcta”. La fungibilidad del ingrediente subjetivo distinto del dolo desnaturaliza la figura del femini-

35 Benavides, 2015.

36 Villanueva, 2011, p. 151.

37 Cuerda, 2010, pp. 40, s.

38 Bettiol, 1965, p. 394.

39 Velásquez, 2007, p. 320; Roxin, 1997, p. 426.

40 Congreso de la República de Colombia, 2015.

cidio, el cual, por antonomasia, requiere de móviles de violencia sexista y, por lo tanto, prescindir de este elemento puede resultar en una nociva confusión de un homicidio con sujeto pasivo mujer y un feminicidio, figuras que son diferentes.

Resulta insuficiente el citado argumento, pues nuestro ordenamiento penal proscribire la responsabilidad objetiva, y, por lo tanto, los jueces tienen que enfrentar, en todos los casos, la determinación de ingredientes subjetivos, no solo del tipo, sino también de las causales de justificación o de las exculpantes (el dolo, la culpa, el ánimo de repeler una agresión o salvar un bien jurídico, el conocimiento de la antijuridicidad, etc.). Los ingredientes subjetivos del tipo no son elementos que caprichosamente se incorporan al delito, sino que son elementos necesarios para precisar el alcance del tipo⁴¹.

No obstante, lleva razón el Congreso cuando afirma que las adecuaciones típicas bajo la anterior figura no eran muy comunes y, de hecho, la primera sentencia relativa al delito de feminicidio fallada por la Corte Suprema de Justicia —en sede de casación— se dio apenas en 2015, siete años tras la promulgación de la norma⁴².

En cualquier caso, al volverse el ingrediente subjetivo distinto del dolo un elemento prescindible, pierde protagonismo la intención del sujeto activo, priorizándose la experiencia del sujeto pasivo y con lo cual se satisfacen los reclamos de algunos sectores feministas en cuyo sentir el apego a la dogmática frente a la violencia de género resulta nocivo para los intereses de las mujeres⁴³.

Al sustraer el ingrediente subjetivo del tipo distinto del dolo, el legislador tipificó algo diferente del feminicidio, y por supuesto, diferente de la violencia de género. Bajo la actual regulación, se castiga, por ejemplo, la muerte producida por una persona (de sexo indeterminado) a una compañera de trabajo suya, si hubiere mediado un ciclo de violencia previo, pues se prescinde de cualquier móvil misógino. La Ley N.º 1761 criminaliza de forma diferenciada los delitos de homicidio con sujeto pasivo mujer de los que tienen sujeto pasivo hombre, sin cubrir, las necesidades de las mujeres como personas vulnerables a la violencia ejercida por razones de género. El feminicidio, en sentido estricto, solo

41 Fernández, 2004, p. 497.

42 SCSPCo, SP 2190-2015.

43 Radford / Rusell, 1992, p. 3.

está previsto en el primer supuesto de hecho y, en razón de la fungibilidad que el ingrediente subjetivo actualmente comporta, está llamado a tener una aplicación residual.

En cualquier caso, las conductas incorporadas por el legislador, bajo el nombre falsario de feminicidio, son especialmente graves y, al margen de que obedezcan o no al fenómeno de la violencia por razones de género, merecen un especial reproche y su ocurrencia está soportada con suficiencia en términos estadísticos. Así, por ejemplo, la muerte ocasionada en la pareja sentimental (tal y como se expresa en la criminalización del uxoricidio), a la cual le cabe un mayor reproche cuando existieren actos sistemáticos de dominación y cosificación dentro de la relación de pareja.

Es de anotar, además, que la Ley N.º 1761 criminalizó una serie de tipos complejos que, antes de que esta ley entrara en vigor, se entendían como concursos de conductas punibles (las agresiones sexuales, por ejemplo), pues no son ajenos a la violencia contra la mujer y que, bajo la actual regulación, se deben entender como actos copenados⁴⁴ que excluyen el concurso de conductas⁴⁵ y lo cual beneficia, en términos de punición, al reo.

En sede de las lesiones personales, el texto de la Ley N.º 1761 determina una agravante especial de las lesiones de cualquier tipo cuando se den por el hecho de ser mujer. La agravación supone un aumento del 200 % en la pena, lo que sin lugar a dudas propone un endurecimiento desproporcionado de las penas.

IV. EL FEMINICIDIO FRENTE A LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

Hasta junio del 2016 se han presentado cuatro demandas diferentes de inconstitucionalidad de la Ley *Rosa Elvira Cely*, dos de las cuales fueron admitidas por la Corte Constitucional. En una de ellas se aduce la contrariedad de la norma con el ordenamiento constitucional al permitir en uno de sus apartados que se determine la ocurrencia de un feminicidio por la existencia de antecedentes o indicios de cualquier tipo de violencia o amenaza, independientemente de que haya sido denunciado o no; y en la segunda, se denuncia la falta de taxatividad en la fórmula “por el hecho de ser mujer” usada en el primer inciso del incorporado art. 104-A del CP.

44 Cerezo, 2008, p. 1038; Terragni, 2013, p. 641.

45 Velásquez, 2007, p. 1006.

Frente a la primera de las acciones referidas, no son infundados los reparos del accionante, pues la presunción de inocencia, pilar de nuestro ordenamiento penal y constitucional se ve amenazada al exigir indicios o antecedentes de agresiones, y no de las agresiones en sí mismas. No obstante, la Corte Constitucional avaló la exequibilidad de la norma, de tal suerte que, aunque existieren objeciones de lege ferenda sobre la constitucionalidad del apartado impugnado⁴⁶. En sentir de la máxima autoridad de la jurisdicción constitucional colombiana, el tipo de feminicidio es un tipo abierto, en el que se criminaliza la violencia de género ejercida contra la mujer, permitiendo, con cada uno de los literales del incorporado artículo 104A, guiar al operador judicial en la difícil tarea de decidir sobre los móviles del delincuente y, en este sentido, aunque la expresión “cualquier tipo de violencia”, pareciere un ingrediente valorativo, en realidad, entendiendo que se trata de una norma relativa a la violencia de género, es un ingrediente normativo que remite a la Convención Belem do Para donde se precisan los alcances de este tipo de violencia.

Frente a la segunda de las acciones admitidas por la Corte Constitucional, que todavía no se resuelve, debe tenerse en cuenta que la inclusión de ingredientes subjetivos distintos del dolo no implica, de suyo, una vulneración del principio de taxatividad. Se debe tener en cuenta, en este punto, que, aún cuando se admitiera, en gracia de discusión, que los móviles incluidos dentro de la tipicidad subjetiva son, de suyo, indeterminados, hay que advertir que para la nueva norma dicho ingrediente es ampliamente fungible por una rica gama de ingredientes objetivos.

Por otra parte, tal y como se señaló antes, en la jurisdicción ordinaria, al día de hoy solo existe un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia sobre la materia, de 4 de marzo del 2015, el cual se dictó dentro de la vigencia del tipo penal previsto por la Ley N.º 1257 (2008), y no con arreglo a la más reciente *Ley Rosa Elvira Cely*. En dicho fallo se discutió sobre la distinción de un delito de uxoricidio y un delito de feminicidio, a partir de lo entonces previsto por el CP. Esta sentencia resulta, cuando menos, desatinada, toda vez que parte de presunciones realizadas por el juzgador sin amparo ninguno en el ordenamiento jurídico, por ejemplo, a juicio de la Corte, se presume que una persona que ejerce violencia de manera reiterada dentro del ámbito relacional lo hace por una discrimi-

46 SCConstCo, C-297, 2016.

nación hacia el género opuesto, siempre que se trate de violencia ejercida por el hombre contra la mujer.

En sentir de la Corte, la actuación del victimario perpetúa un sistema machista, aún sin ser consciente de ello, de tal suerte que las situaciones celotípicas se producen como constructos artificiales dentro de un sistema cultural en el que el hombre posee y controla a la mujer, sin dejar suficientemente claro por qué existen manifestaciones igualmente posesivas desde algunas mujeres hacia sus parejas hombres o al interior de relaciones homosexuales o, incluso, en las relaciones poliamorosas⁴⁷.

Además, la Corte determinó que es posible satisfacer el dolo y los ingredientes subjetivos distintos de este, sin ser consciente de ello, soslayando, tal vez, que no es posible dirigir de alguna manera la voluntad ni motivar un comportamiento con absoluta prescindencia del elemento cognitivo del entendimiento⁴⁸. La conclusión es que, al no ser la persona consciente de que hace parte de un sistema de discriminación constante, no se exige que exista un desprecio generalizado hacia las mujeres.

Las presunciones efectuadas por la Corte, que parten de la preexistencia de un sistema patriarcal, deben ser ajenas al sistema de juzgamiento penal; aun cuando no se niega la existencia de patrones culturales que favorecen a los hombres sobre las mujeres en diferentes ámbitos, aquellos no pueden justificar en ningún caso un juicio de tipicidad en el que se puedan remplazar las exigencias subjetivas que se hacen a nivel individual, por la coincidencia con odiosas tendencias generalizadas⁴⁹. Juzgar a una persona en razón de las acciones, pasadas o concomitantes, desplegadas por terceros, implica el juzgamiento de una persona en razón de una responsabilidad que no le es imputable. No se debe olvidar que la responsabilidad penal es, ante todo, individual.

V. CONCLUSIÓN Y DISCUSIÓN

El afán de dar una respuesta contundente frente a la problemática que se suscita alrededor de la violencia de género, ha llevado a una actuación irracional del Estado, tanto en ejercicio de sus funciones legislativas, como en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, lo cual no puede resultar

47 Benavides, 2015b, p. 177.

48 Velásquez, 2010, p. 622; Terragni, 2013, p. 173.

49 STC 059, 2005.

sino en detrimento de las garantías individuales, en especial frente a la facultad punitiva estatal, cuyo marco parecía dado por límites materiales y formales.

La Ley *Rosa Elvira Cely*, por ejemplo, propone un texto afanado, con una pobre técnica legislativa, en el que resultan sacrificándose principios del derecho penal y que, permite, por ejemplo, ajustar la calificación normativa de un hecho dependiendo de indicios no probados y ni siquiera denunciados.

Es en demasía preocupante la introducción de este tipo de fórmulas, pues se da pie a que el derecho penal, otrora liberal, legitime una incisiva cacería de brujas frente a unos presuntos maltratadores, elevados al estatus de enemigos, para la comodidad de la sociedad y la conveniencia de sus representantes⁵⁰. Por otra parte, se puede entrever en la criminalización del feminicidio visos de la llamada tolerancia cero, propios de un sistema penal de rigidez exagerada que contraviene la eficiencia del ordenamiento en conjunto.

El principio de legalidad estricta también se ve amenazado mediante una tipificación tan casuística que propone unos retos superlativos a los operadores judiciales y que exige, además, que los receptores de la norma penal tengan presente un número exagerado de supuestos de hecho.

A la postre, queda abierta la inquietud sobre la necesidad y pertinencia de la tan loada Ley *Rosa Elvira Cely* frente a tantas problemáticas dogmáticas y político-criminales, cuando existía ya, de manera previa una norma encaminada a sancionar el feminicidio en términos estrictos.

La violencia de género es una problemática de lamentable arraigo en el globo, *a fortiori* en la comunidad latinoamericana, frente a la que, tristemente, Colombia aún brilla como un escenario propicio para este tipo de agresiones discriminatorias contra la mujer. Sin embargo, la respuesta adecuada no está en expedir este tipo de normatividades que, por el tipo de delitos de que se trata, no parecen tener un poder motivador suficiente.

En este sentido, cabe cuestionar la eficacia del derecho penal como una herramienta para afrontar la violencia contra la mujer, al tratarse de conductas que guardan estrecha correlación con circunstancias de

50 Martínez, 2008b, p. 190.

intolerancia y celos, tal y como muestran las cifras más recientes⁵¹, de tal suerte que el agresor está, generalmente, circunstanciado por una alta emotividad, sin miramientos a las consecuencias jurídicas, razón por la cual, es cuestionable la idoneidad del endurecimiento de las penas o la tipificación autónoma de delitos, frente a los fines preventivos y disuasorios que deben acompañar, necesariamente, a las normas penales.

Antes que en expedir normas penales, el Estado debe esforzarse en el empoderamiento de la mujer y en construir una sociedad respetuosa de la identidad de sus mujeres y, en general, de la identidad y de las libertades individuales. Se debe promover una cosmovisión armónica en la que se valore, en pie de la igualdad, a las personas por ser personas. Este camino, sin abusar del *ius puniendi*, puede resultar mucho más efectivo para el combate de estos execrables crímenes. La sociedad no debe tomar la vía facilista de entregarle completamente al Estado la responsabilidad frente a estos fenómenos violentos⁵² y debe comprometerse con la erradicación del sexismo y la discriminación de cualquier naturaleza.

51 Pataquiva, 2015, p. 143.

52 Sciortino / Guerra, 2009, pp. 120-123.