

Sentencia C-539/16

LEY QUE CREA EL TIPO PENAL DE FEMINICIDIO COMO DELITO AUTONOMO “LEY ROSA ELVIRA CELY”-Tipificación del delito de feminicidio y circunstancias de agravación punitiva cuando autor tenga la calidad de servidor público y se aproveche de tal calidad

FEMINICIDIO-Existencia por razones de identidad de género que surgen si existe un contexto de discriminación

IDENTIDAD DE GENERO DE LA VICTIMA-Ingrediente motivacional del agente que da lugar al feminicidio

CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA DEL FEMINICIDIO-No desconoce la prohibición de la doble incriminación

CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA DEL FEMINICIDIO CUANDO AUTOR TENGA LA CALIDAD DE SERVIDOR PUBLICO Y SE APROVECHE DE TAL CALIDAD-No desconoce la prohibición de la doble incriminación

CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA DEL FEMINICIDIO CUANDO AUTOR TENGA LA CALIDAD DE SERVIDOR PUBLICO Y SE APROVECHE DE TAL CALIDAD-No viola el principio del non bis in ídem

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Requisitos mínimos

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Cargos deben ser claros, ciertos, específicos, pertinentes y suficientes

TIPO PENAL DE FEMINICIDIO-Sentido y alcance de la expresión “por su condición de ser mujer”

ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO PENAL-Exigen que el agente haya obrado con un propósito, motivación, móvil o impulso específico para que la conducta sea típica

ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO PENAL-Alcance/ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO

PENAL-Finalidad

TIPO PENAL DE FEMINICIDIO-Motivación le otorga autonomía normativa y permite diferenciarlo del homicidio simple causado a una mujer

DELITO DE FEMINICIDIO-Circunstancias de agravación punitiva deben estar precedidas del elemento motivacional que lleva al agente a terminar con la existencia de la mujer

CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA DEL FEMINICIDIO-Requieren la verificación efectiva de la motivación del agente a privar de la vida a la mujer

PRINCIPIO DE TIPICIDAD-Límite a la potestad de configuración del legislador en materia penal

LEGISLADOR-Competencia para expedir códigos e interpretar, reformar y derogar sus disposiciones según la Constitución Política

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO PENAL-No establece cuáles intereses jurídicos deben ser protegidos mediante ciertas normas sancionatorias por razones de gravedad y derechos atacados/BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO PENAL-Impone la criminalización de ciertas conductas/BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO PENAL-Proscripción del uso de los castigos penales frente a ciertas normas sancionatorias/DERECHO PENAL-Amplio margen de configuración normativa del legislador

POTESTAD DE CONFIGURACION DEL LEGISLADOR EN MATERIA PENAL-No es absoluta

POTESTAD DE CONFIGURACION DEL LEGISLADOR EN MATERIA PENAL-Límites

POTESTAD DE CONFIGURACION DEL LEGISLADOR EN MATERIA PENAL-Sujeta a la prohibición de doble incriminación y principio de legalidad/POTESTAD DE CONFIGURACION DEL LEGISLADOR EN MATERIA PENAL FRENTE A LA PROHIBICION DE DOBLE INCRIMINACION Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD-Implicaciones

PROHIBICION DE DELITOS Y PENAS INDETERMINADOS-Principio de taxatividad o tipicidad

TIPOS PENALES EN BLANCO-Contenido y alcance/TIPOS PENALES ABIERTOS-Contenido y alcance

TIPOS PENALES-Principio de taxatividad

POTESTAD DE CONFIGURACION DEL LEGISLADOR EN MATERIA PENAL-Principio del non bis in ídem

TIPOS PENALES-Principio de tipicidad

PROHIBICION DE LA DOBLE INCRIMINACION-Límite a la potestad de configuración del legislador en materia penal

PRINCIPIO DEL NON BIS IN IDEM-Alcance/PRINCIPIO DEL NON BIS IN IDEM-Prohibición de la doble incriminación

DERECHO PENAL-Doble incriminación/PRINCIPIO DEL NON BIS IN IDEM-Manifestaciones

PRINCIPIO DEL NON BIS IN IDEM-Garantía de la seguridad jurídica y la justicia material

PRINCIPIO DEL NON BIS IN IDEM-Implicación

PRINCIPIO DEL NON BIS IN IDEM-Dualidad o multiplicidad de consecuencias jurídicas

PRINCIPIO DEL NON BIS IN IDEM-Proscribe dos sanciones para el mismo hecho cuando existe identidad de causa, objeto y persona a la cual se le hace la imputación

PROHIBICION DE LA DOBLE INCRIMINACION-Desconocimiento cuando se verifica la identidad de causa, objeto y persona y se imputa la sanción penal

PRINCIPIO DEL NON BIS IN IDEM-Razones por las cuales no existe violación

PRINCIPIO DEL NON BIS IN IDEM-Límite a la libertad de configuración legislativa en materia penal

VIOLENCIA CONTRA LA MUJER-Condiciones sociales y culturales/VIOLENCIA CONTRA LA MUJER-Tipos

VIOLENCIA CONTRA LA MUJER-Se fundamenta en prejuicios y estereotipos de género

ESTEREOTIPOS DE GENERO-Dan lugar a condiciones históricas de discriminación contra la

mujer en varias facetas

VIOLENCIA DE GÉNERO-Carácter estructural

VIOLENCIA CONTRA LA MUJER-Manifestaciones/VIOLENCIA CONTRA LA MUJER-Discriminación de género asume diferentes modalidades

VIOLENCIA SEXUAL-Implicaciones/VIOLENCIA SEXUAL-consecuencias

VIOLENCIA PSICOLÓGICA-Características

VIOLENCIA ECONÓMICA-Características

VIOLENCIA DE GÉNERO-Tipos

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA DE PREVENCIÓN, SANCION Y ERRADICACIÓN DE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER-Subreglas

VIOLENCIA CONTRA LA MUJER-Obligaciones públicas para el Estado

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA DE PREVENCIÓN, SANCION Y ERRADICACIÓN DE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER-Reconocimiento del derecho a la dignidad humana, igualdad, vida, integridad personal y a no ser sometida a tratos crueles, inhumanos y degradantes/BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA DE PREVENCIÓN, SANCION Y ERRADICACIÓN DE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER-Constatación de condiciones materiales en el marco del derecho internacional de derechos humanos

VIOLENCIA CONTRA LA MUJER-Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer/VIOLENCIA CONTRA LA MUJER-Recomendación General N° 19 adoptada por el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer

VIOLENCIA CONTRA LA MUJER-Adopción de medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer según el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer

DECLARACIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER-Definición de actos de violencia contra la mujer

DECLARACION SOBRE LA ELIMINACION DE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER-Derechos de las mujeres

VIOLENCIA CONTRA LA MUJER EN LA CONVENCION BELEM DO PARA-Definición

CONVENCION BELEM DO PARA-Derechos de las mujeres

CONVENCION BELEM DO PARA-Deber de debida diligencia para prevenir y sancionar la violencia contra la mujer

CONVENCION BELEM DO PARA-Estados deben fijar procedimientos legales justos y eficaces a favor de la mujer sometida a la violencia

VIOLENCIA CONTRA LA MUJER-Instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad

VIOLENCIA CONTRA LA MUJER-Compromisos internacionales vinculados a la erradicación de la discriminación y la violencia

VIOLENCIA CONTRA LA MUJER-Enfoque diferencial de género en el ejercicio del control constitucional y de acciones de tutela

MUJERES EN EL CONFLICTO ARMADO INTERNO-Vulneración y exposición a riesgos de violencia, explotación sexual y violencia física por razón de identidad de género

MUJERES EN EL CONFLICTO ARMADO INTERNO-Obligación del Estado de brindar medidas de protección de manera oportuna y eficaz

MUJERES EN EL CONFLICTO ARMADO INTERNO-Obligación del Estado de diseñar estrategia de protección a víctimas y testigos en procesos de justicia y paz con enfoque de género

VIOLENCIA CONTRA LA MUJER-Obligación del Estado de prevenir, investigar y sancionar con la diligencia debida

VIOLENCIA CONTRA LA MUJER-Deber de adoptar medidas para el cumplimiento de las leyes y mecanismos de control social informal que desapruében los actos de discriminación y violencia de género

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN SENTIDO Estricto-Deber de prevención, investigación, sanción y erradicación de la violencia contra la mujer

DELITO DE FEMINICIDIO-Alcance

FEMINICIDIO-Desarrollo del término

Referencia: Expediente D-11293

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 104A (parcial) y 104B, literales a) y g) (parcial) de la Ley 599 de 2000, adicionados por el artículo 2 y 3, literales a) y g) de la Ley 1761 de 2015, “por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones (Rosa Elvira Cely)”.

Actores: Juan Pablo Acosta Navas, John Fredy Ríos Agudelo y Luis Felipe Villa García.

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá, D.C., cinco (5) de octubre de dos mil dieciséis (2016).

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241, numeral 4 de la Constitución Política, los demandantes solicitan a la Corte declarar inexecutable los siguientes fragmentos del Código Penal: “por su condición de mujer”, previsto en el artículo 104A, adicionado por el artículo 2 de la Ley 1761 de 2015; la expresión “7”, del literal g) del artículo 104B, así como el literal a), del mismo artículo, que indica: “[c]uando el autor tenga la calidad de servidor público y desarrolle la conducta punible aprovechándose de esta calidad”, ambos literales adicionados por el artículo 3 de la Ley 1761 de 2015.

Mediante providencia de seis (6) de abril de 2016, el Magistrado Sustanciador dispuso admitir la demanda por considerar reunidos los requisitos previstos en el Decreto 2067 de 1991, corrió traslado al Procurador General de la Nación y comunicó el inicio del proceso al Presidente de la República, al Presidente del Congreso y a los Ministros del Interior y de Justicia y del Derecho. De igual forma, invitó a participar en el proceso a las Facultades de

Derecho de las Universidades Javeriana, Externado, Libre y Nacional de Colombia, de Los Andes, ICESI de Cali, Eafit de Medellín, Sergio Arboleda, de la Sabana, del Atlántico, Industrial de Santander, de Ibagué, de Antioquia y del Rosario.

Así mismo, a la Fiscalía General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, la Corte Suprema de Justicia, la Academia Colombiana de Jurisprudencia, al Instituto Colombiano de Derecho Procesal, al Centro de Estudios sobre el Derecho, Justicia y Sociedad -Dejusticia-, a la Comisión Colombiana de Juristas, a la Corporación Sisma Mujer y a la Red Nacional de Mujeres, con el objeto de que emitieran concepto técnico sobre la demanda, de conformidad con lo previsto en el artículo 13 del Decreto 2067 de 1991. Cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución Política y en el Decreto Ley 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la demanda de la referencia.

II. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcriben los artículos demandados, subrayados en los fragmentos objeto de impugnación.

LEY 599 DE 2000

(julio 24)

“[p]or la cual se expide el Código Penal”.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 104A. Adicionado por el art. 2 de la Ley 1761 de 2015. Femicidio. Quien causare la muerte a una mujer, por su condición de ser mujer o por motivos de su identidad de género o en donde haya concurrido o antecedido cualquiera de las siguientes circunstancias, incurrirá en prisión de doscientos cincuenta (250) meses a quinientos (500) meses.

(...)

Artículo 104B. Adicionado por el art. 3 de la Ley 1761 de 2015. Circunstancias de agravación punitiva del feminicidio. La pena será de quinientos (500) meses a seiscientos (600) meses de prisión, si el feminicidio se cometiere:

a). Cuando el autor tenga la calidad de servidor público y desarrolle la conducta punible aprovechándose de esta calidad.

b). Cuando la conducta punible se cometiere en mujer menor de dieciocho (18) años o mayor de sesenta (60) o mujer en estado de embarazo.

c). Cuando la conducta se cometiere con el concurso de otra u otras personas.

d). Cuando se cometiere en una mujer en situación de discapacidad física, psíquica o sensorial o desplazamiento forzado, condición socioeconómica o por prejuicios relacionados con la condición étnica o la orientación sexual.

e). Cuando la conducta punible fuere cometida en presencia de cualquier persona que integre la unidad doméstica de la víctima.

f). Cuando se cometa el delito con posterioridad a una agresión sexual, a la realización de rituales, actos de mutilación genital o cualquier otro tipo de agresión o sufrimiento físico o psicológico.

g). Por medio de las circunstancias de agravación punitiva descritas en los numerales 1, 3, 5, 6, 7 y 8 del artículo 104 de este Código”.

III. LA DEMANDA

Los actores consideran que los fragmentos acusados contravienen los artículos 29 y 93 C.P. y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

1. Afirman que la expresión “por su condición de ser mujer”, contenida en el artículo 104A del Código Penal, desconoce los artículos 29 C.P. y 9 de la Convención Americana, que consagran el principio de estricta legalidad, pues resulta vaga, ambigua y no establece de manera clara, inequívoca y expresa los supuestos en los cuales se configura la motivación a que hace referencia, para la comisión del delito de feminicidio.

Con base en jurisprudencia de la Corte, argumentan que cuando el legislador establece las conductas punibles, la vaguedad y la ambigüedad están constitucionalmente proscritas y si los tipos penales no son precisos, la consecuencia no puede ser otra que la declaración de inexecutable de la respectiva norma. Indican que la consagración normativa de un tipo abierto vulnera los principios de tipicidad y legalidad, porque no sería el legislador quien crea el comportamiento sino la voluntad del juez, expresada en la sentencia.

A juicio de los demandantes, la expresión impugnada hace que el tipo penal sea indeterminado, puesto que la disposición no ofrece criterios para determinar cuándo el agente que suprime la vida de una persona del género femenino lo hace “por su condición de ser mujer” y en qué eventos se trata del homicidio simple, sancionado en el artículo 103 del Código Penal. La disposición no sería clara ni inequívoca, por lo cual infringiría el principio de estricta legalidad.

Los actores advierten que, de acuerdo con la Sentencia C-742 de 2012, todas las expresiones del lenguaje natural no solo poseen problemas de ambigüedad semántica, sintáctica o pragmática, sino que también son vagas, por lo cual, además de señalar la imprecisión lingüística de la norma, en la acusación por desconocimiento de la estricta legalidad se debe demostrar que adolece de una indeterminación insuperable desde el punto de vista jurídico o que su sentido no es determinable con fundamento en una interpretación razonable.

Indican que, con arreglo al fallo citado, la imprecisión de un tipo penal se entiende resuelta: (i) si el producto de la interpretación razonable es una norma penal que asegura a sus destinatarios un grado admisible de previsibilidad sobre las consecuencias jurídicas de sus comportamientos; (ii) si garantiza el derecho de defensa, es decir, si una eventual imputación o acusación por el respectivo tipo penal es susceptible de ser refutada; y (iii) si el sentido del precepto es tan claro, que se puede definir cuál conducta pretende prevenirse o estimularse para prevenir la vulneración al bien jurídico.

En criterio de los demandantes, ninguna de las anteriores pautas es satisfecha en el presente asunto. En primer lugar, señalan que la vaguedad de la expresión “por su condición de ser mujer” no puede ser resuelta mediante una interpretación razonable del tipo penal, debido a que se trata de un elemento del ámbito personal del autor. Dicho

ingrediente no alcanza, en su opinión, el grado admisible de previsibilidad indicado por la Corte, en razón de que el lenguaje utilizado por el legislador no es descriptivo y claro acerca de la conducta que se sanciona, sino que es meramente “enunciativo”.

En segundo lugar, aseveran que para desvirtuar que el sujeto activo ocasionó la muerte a una persona “por su condición de ser mujer”, el proceso penal no es el escenario idóneo y “no existe una manera científica o empírica de la comprobación de la motivación, pues ella pertenece a la esfera personal del sujeto activo”. Destacan que en un sistema de derecho penal de acto, no de autor, como el acogido en el sistema jurídico colombiano, no es posible penalizar al individuo por lo que piensa, sino por aquello que realiza.

De este modo, carecería de fundamento constitucional que “pueda penetrarse la esfera personal del individuo a tal nivel que permita determinar que este actuó en contra del bien jurídico vida del sujeto pasivo “por su condición de ser mujer” y no por otra motivación, que hace que las consecuencias jurídicas sean menos gravosas para el autor.

Y, en tercer lugar, consideran que la indeterminación de la expresión bajo examen tampoco puede ser superada con base en la identificación del sentido del precepto normativo, pues pese a que el bien jurídico protegido es la vida, este ya se encuentra tutelado con el tipo de homicidio del artículo 103 del Código Penal y, con posterioridad, por el artículo 26 de la Ley 1257 de 2008, que adicionó el numeral 11, con un texto prácticamente idéntico al demandado, como circunstancia de agravación punitiva del homicidio simple.

De esta manera, los actores consideran que los problemas de indeterminación lingüística que posee la expresión “por su condición de ser mujer” no pueden ser superados a través de ninguno de los tres mecanismos establecidos por la Corte.

2. Los demandantes estiman que las demás disposiciones acusadas, es decir, las que consagran dos de las circunstancias de agravación punitiva del feminicidio, desconocen el principio del non bis in ídem. Con fundamento en jurisprudencia de esta Corporación, indican que aquél es una garantía constitucional del juzgamiento y un límite a la libertad de configuración del legislador en materia sancionatoria, que impide crear normas que impliquen una segunda sanción a un comportamiento ya penalizado. Señalan que, de acuerdo con la Corte, para acreditar su infracción no basta con constatar la penalización doble de un comportamiento, sino que es necesario demostrar una triple identidad entre las

respectivas normas.

En primer lugar, sería necesaria la identidad de objeto, es decir, la correspondencia en la especie fáctica de la conducta, en dos procesos de igual naturaleza; en segundo lugar, se requeriría la identidad en la causa, lo que implicaría que el motivo de la iniciación del proceso debe ser, en ambos casos, idéntico; y, en tercer lugar, sería indispensable la identidad de las personas, esto es, que el sujeto inculpatado en los dos procesos sea el mismo. Las tres circunstancias concurrirían en el presente asunto y por esta razón los literales a) y g) (parcial) del artículo 104B del Código Penal serían vulneratorios de la garantía constitucional en mención.

2.1. En relación con el literal a), que prevé como agravante del feminicidio que el autor “tenga la calidad de servidor público y desarrolle la conducta punible aprovechándose de esa calidad”, según los impugnantes, las circunstancias que lo configuran ya están previstas en el literal c) del artículo 104A del Código Penal, adicionado por el artículo 2º, literal c) de la Ley 1761 de 2015, que estructura el feminicidio, cuando la muerte es ocasionada “en aprovechamiento de las relaciones de poder ejercidas sobre la mujer, expresado en la jerarquización personal, económica, sexual, militar, política o sociocultural”.

A juicio de los demandantes, el objeto de la agravante referida a la calidad de servidor público del sujeto activo se identifica con la mencionada circunstancia de comisión del delito, en aprovechamiento de diversas relaciones de poder, por cuanto “la posición de un servidor público frente a cualquier individuo representa una relación de poder jerarquizada”. Así mismo, habría identidad de causa entre las dos normas, en razón de que la naturaleza jurídica de la sanción sería la misma, así como la finalidad, el bien jurídico y la jurisdicción que impone la pena, pues en ambos casos se pretendería la protección del derecho a la vida, mediante una sanción, cuya imposición es de competencia de la jurisdicción ordinaria.

Existiría, finalmente, también “identidad de las personas”, dado que el destinatario de las disposiciones es “un miembro del género masculino”, que se encuentra en una relación jerárquica en la sociedad.

2.2. En lo relativo al literal g), que, al remitir al numeral 7 del artículo 104 del Código Penal, agrava el feminicidio cuando es consumado “colocando a la víctima en situación de

indefensión o inferioridad o aprovechándose de esta situación”, los demandantes señalan que la disposición coincide con el literal f) del artículo del artículo 104A ídem, adicionado por el artículo 2º, literal c) de la Ley 1761 de 2015, conforme al cual, el citado delito se realiza en aquellos casos en que la víctima “haya sido incomunicada o privada de su libertad de locomoción, cualquiera que sea el tiempo previo a la muerte de aquella”.

Argumentan que la expresión “en situación de indefensión o inferioridad o aprovechándose de esta situación” es bastante amplia y puede comprender los casos en que se priva a la víctima de la posibilidad de comunicarse o movilizarse libremente. Esto mostraría que existe identidad en el objeto de la regulación. Igualmente, existiría identidad en la causa, debido a que la sanción, la finalidad, la jurisdicción y el bien jurídico protegidos serían idénticos en las dos regulaciones. Así mismo, para los actores, ambos enunciados normativos persiguen la tutela del derecho a la vida, mediante una pena, cuya imposición corresponde a la jurisdicción ordinaria.

Finalmente, también habría identidad personal entre los preceptos, por cuanto el destinatario sería “un sujeto del género masculino” que coloca a la víctima en situación de indefensión o la priva de toda posibilidad de comunicarse o de su libertad de locomoción, con el fin de perpetrar el delito. Conforme a lo anterior, el legislador también habría infringido en este segundo caso la prohibición de la doble incriminación.

3. Con fundamento en lo expuesto, los demandantes solicitan a la Corte declarar inexecutable los siguientes fragmentos del Código Penal: “por su condición de mujer”, prevista en el artículo 104A; la expresión “7”, del literal g) del artículo 104B, que por remisión agrava el feminicidio cuando es realizado “colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad o aprovechándose de esta situación; así como el literal a), del mismo artículo, que también agrava el injusto: “[c]uando el autor tenga la calidad de servidor público y desarrolle la conducta punible aprovechándose de esta calidad”.

IV. INTERVENCIONES

4.1. Intervenciones oficiales

4.1.1. Ministerio del Interior

Gabriel René Cera Cantillo, Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio del Interior, intervino para defender la constitucionalidad de las disposiciones demandadas.

4.1.1.2. El interviniente señala que el feminicidio, como delito autónomo, surge con el fin de responder al problema social, de grandes y graves dimensiones, de la violencia que afecta las mujeres en el país, y en cumplimiento de las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado, en el marco de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

Destaca que el concepto de feminicidio pretende visibilizar esa específica expresión de violencia de género, producto de un sistema cultural y social que coloca las mujeres en situación de subordinación, marginalidad y riesgo y parte de reconocer que son privadas de su vida por razones diferentes a aquellas por las cuales lo son los hombres. La consagración del tipo específico y autónomo de feminicidio admitiría, entonces, la existencia de un contexto histórico de desigualdad y de relaciones de poder inequitativas y pretendería garantizar normas adecuadas y efectivas para la investigación y sanción de los responsables de ese tipo particular de violencia.

4.1.1.3. De esta manera, el representante del Ministerio señala que los argumentos de los solicitantes no solo evidencian desconocimiento del contexto en el que surge la ley acusada, sino que proponen una interpretación restringida de su texto, del principio de legalidad y del bloque de constitucionalidad, en detrimento de los derechos de las mujeres. Con fundamento en los anteriores argumentos, indica que las normas impugnadas no infringen ningún mandato constitucional y solicita que sean declaradas exequibles.

4.1.2. Ministerio de Justicia y del Derecho

Fernando Arévalo Carrascal, en nombre y representación del Ministerio de Justicia y del Derecho, allegó escrito mediante el cual justifica la constitucionalidad de una de las disposiciones demandadas.

4.1.2.1. A modo introductorio, el interviniente ilustra el contexto de surgimiento de la conducta punible de feminicidio. Afirma que su consagración autónoma obedece a un entorno social en el que el homicidio contra las mujeres se utiliza como instrumento para mantener el sometimiento masivo y como forma de perpetuar la concepción, según la cual,

aquellas serían seres humanos “... dependientes del poder y el mando masculinos, esclavos de roles y paradigmas retrógrados e inhumanos... de segunda categoría...”.

Por lo anterior, el representante del Ministerio subraya que no todo homicidio puede ser calificado de feminicidio, específicamente, en aquellos casos en que la vulneración de la vida de la mujer no tiene como fin la continuación del “aberrante paradigma del machismo o en pro del sometimiento del género femenino a los prejuicios y roles propios de una sociedad patriarcal”. El feminicidio buscaría, así, penalizar la causación de la muerte como mecanismo de control, sometimiento, humillación, degradación e instrumentalización del ser humano del género femenino, “bajo consideraciones, dogmas, ideas o ideologías fundamentalistas y radicales que pululan en todos los ámbitos de la sociedad, la familia, el Estado, la religión, la política, el mundo profesional y laboral”.

El interviniente transcribe varios apartes de la “Declaración sobre el Feminicidio”, del Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará y las Conclusiones y Recomendaciones del informe “Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de la Violencia en las Américas”, de la Comisión IDH. De estos documentos, resalta las menciones acerca de que la violencia de género está asociada a la muerte sufrida por gran parte de las mujeres en América Latina y el Caribe, el concepto de feminicidio que allí se expresa y las recomendaciones a nivel legislativo, principalmente en el campo del derecho penal, así como en el marco de las políticas públicas y acciones del gobierno, orientadas a contrarrestar el fenómeno.

4.1.2.2. A continuación, cita la Sentencia C-501 de 2014, sobre la libertad de configuración legislativa y los principios de legalidad y taxatividad en materia penal y sostiene que el tipo de feminicidio es un delito autónomo y su consagración no vulnera los principios de legalidad y non bis in ídem, pues “una cosa es el homicidio como atentado al derecho a la vida y otra cosa objetivamente distinta es el feminicidio, usado como mecanismo de sometimiento, de intimidación y control totalitaria del género femenino”.

El representante del Ministerio manifiesta que entre el feminicidio y el homicidio no existe identidad de objeto, de finalidad ni de bien jurídico protegido. Refiere que el homicidio tiene como objetivo y propósito sancionar la causación de la muerte de una persona, independientemente de su género y, por consiguiente, proteger el derecho a la vida de

cualquier ser humano, mientras que el feminicidio busca penalizar la muerte de una mujer, como expresión radical de discriminación, control y sometimiento y, de este modo, tutelar el “bien jurídico complejo”, compuesto por la vida, la dignidad, la libertad, la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad de las mujeres.

De la misma manera, advierte que el sujeto activo del delito es indeterminado y el sujeto pasivo es la persona humana del género femenino. La conducta consistiría en ocasionar la muerte a la mujer, por el hecho de serlo (identidad de género), bajo circunstancias de discriminación, control y sometimiento y el propósito del tipo penal sería la protección de las mujeres contra el homicidio, empleado como herramienta de discriminación, sometimiento y control de género. Los bienes jurídicos serían, además de la vida, la libertad “-en todo sentido, incluso sexual”, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, entre otros, y el objeto material estaría constituido por la vulneración del interés jurídico resguardado con el tipo penal.

4.1.2.3. Por las razones expuestas, el representante del Ministerio de Justicia solicita a la Corte declarar exequible la disposición acusada y, de presentarse “cualquier falencia de su contenido normativo” y considerarse necesario, emitir una decisión de exequibilidad condicionada que la subsane, en aplicación del principio de conservación del derecho.

4.1.3. Fiscalía General de la Nación

Caterina Heyck Puyana, Directora de la Unidad Nacional de Estrategia en Asuntos Constitucionales de la Fiscalía General de la Nación, intervino para defender la constitucionalidad de las disposiciones impugnadas.

4.1.3.1. La interviniente plantea que la consagración del tipo penal de feminicidio es una medida afirmativa que ampara a las mujeres, en su condición de grupo históricamente discriminado, y supone el cumplimiento de recomendaciones y órdenes de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que han solicitado adoptar una perspectiva de género en las políticas públicas dirigidas a contrarrestar la violencia contra el género femenino. El legislador, así mismo, habría buscado responder a la necesidad de acciones efectivas para evitar la impunidad de ese tipo de agresiones y proteger la mujer, victimizada por su identidad de género.

4.1.3.2. A partir de jurisprudencia de esta Corte, la representante de la Fiscalía pone de presente que al legislador le asiste la potestad de configuración normativa en materia penal y, sin embargo, el principio de legalidad, en sentido estricto, así como el principio del non bis in ídem, comportan límites a su ejercicio. Enseguida, la interviniente se ocupa de sustentar las razones por las cuales las normas impugnadas, a su juicio, son compatibles con la Constitución Política.

En primer lugar, sostiene que la expresión “por su condición de ser mujer”, del artículo 104A del Código Penal, no desconoce el principio de taxatividad, debido a que existen referentes objetivos y verificables que permiten “precisar su contenido”. Con base en jurisprudencia constitucional y doctrina, argumenta que las disposiciones penales deben ser objeto de interpretación al realizar la adecuación típica de una conducta, pues, además, el legislador no está en posibilidad de prever todos los comportamientos particulares. En este sentido, en el examen de estricta legalidad se deberían ponderar la obligación legislativa de otorgar la mayor claridad posible a los tipos penales y la necesidad de que el operador lleve a cabo un ejercicio hermenéutico.

De acuerdo con la representante de la Fiscalía, la citada frase denota una realidad compleja, que no puede ser explicada de una sola manera, pues a ella subyace un entorno de discriminación y de relaciones inequitativas de poder, con manifestaciones de violencia extrema contra la mujer y en el cual el contexto mismo de subordinación ejerce incidencia en la conducta de los agentes del delito. Con todo, de un lado, a partir de los antecedentes legislativos de la norma, “por su condición de ser mujer” sería equivalente a la expresión “por el hecho de ser mujer”, que antes era una agravante del homicidio y hacía referencia a un estado de ánimo especial del agente.

Por lo anterior, pese a que la expresión demandada presentaría ciertas dificultades para el operador jurídico, no sería debido a una indeterminación ni a causa de que desconozca el principio de estricta legalidad, sino porque supondría una mayor exigencia en la actividad probatoria de la Fiscalía, la cual debe demostrar al juez que el agente actuó con ese ánimo. Además, conforme al proyecto de ley y los informes de ponencia, el segmento en cita haría referencia al elemento de discriminación y dominación a la que históricamente ha estado sometida la mujer, en razón de las relaciones de poder que se han erigido en su contra.

De otro lado, la representante de la Fiscalía señala que, a través de una interpretación contextual y sistemática de la ley en que se prevé la disposición impugnada, con especial atención del artículo 1, que regula su objeto, y 7, literal c), que contiene una de las actuaciones que deben llevar a cabo las autoridades para investigar y sancionar el feminicidio (“La determinación de los elementos subjetivos del tipo penal relacionados con las razones de género que motivaron la comisión del delito de feminicidio”), se puede entender que la expresión “por su condición de ser mujer” implica que el homicidio debe ser “el producto de un acto de violencia en su contra, motivado en razones de género y de discriminación”.

Así mismo, afirma que, conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el delito se comete cuando el acto de violencia está asociado a la discriminación y a la dominación de que la mujer víctima es objeto; y, a su vez, según la jurisprudencia constitucional, las agresiones contra la mujer son una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres, que conduce a perpetuar la discriminación. En los anteriores términos, la interviniente estima que la expresión “por su condición de ser mujer”, si bien proporciona cierta amplitud al tipo penal, no desconoce el principio de estricta legalidad.

4.1.3.3. En segundo lugar, en lo que hace relación al cargo por infracción al principio del non bis in ídem, la representante de la Fiscalía considera que no les asiste razón a los demandantes. Respecto a la supuesta concurrencia entre el feminicidio, en aprovechamiento de las relaciones de poder ejercidas sobre la mujer, expresado en la jerarquización personal, económica, sexual, militar, política o sociocultural, por un lado, y la circunstancia de agravación punitiva, consiste en que el autor tenga la calidad de servidor público y desarrolle la conducta punible aprovechándose de esta calidad, por el otro, destaca que esta última tiene justificaciones y persigue finalidades distintas a las del tipo básico.

Estima que, contrario a lo que afirman los actores, no es cierto que la calidad de servidor público del agente dé lugar, de forma necesaria, a una relación de poder, pese a que de él se espere una conducta ajustada a derecho. Este aspecto, en su criterio, debe ser valorado caso a caso y responde únicamente a un mayor reproche que el legislador ha querido dirigir a quienes tienen responsabilidades asignadas de manera especial por la Constitución y la

ley. Las dos normas, en suma, plantearían solamente un problema interpretativo y de aplicación, que excluye su concurrencia en casos concretos, de modo que tampoco se infringiría la prohibición de doble incriminación.

En lo concerniente a la doble sanción que, a juicio de los demandantes, surge de las circunstancias del feminicidio, relativas a que la víctima haya sido incomunicada o privada de su libertad de locomoción, cualquiera sea el tiempo previo a la muerte de aquella y la causal de agravación por haberla puesto en situación de indefensión o inferioridad o aprovechándose de esta situación, la interviniente considera que esta última comprende numerosas y diferentes circunstancias, distintas a la mencionada forma básica del delito. En este sentido, la agravante solo podría ser aplicada si no ha sido ya valorada como elemento constitutivo del tipo. En consecuencia, tampoco en este segundo sentido se desconocería la prohibición de la doble incriminación.

Así, con base en las anteriores razones, la interviniente solicita a la Corte la declaratoria de exequibilidad de las normas acusadas.

4.1.4. Defensoría del Pueblo

Andrea Liliana Romero López, Delegada para Asuntos Constitucionales y Legales de la Defensoría del Pueblo, allegó escrito mediante el cual defiende la constitucionalidad de las normas impugnadas.

4.1.4.1 La Delegada explica el sentido del delito de feminicidio. En primer lugar, ilustra que su creación hace parte de las medidas que reconocen que la violencia cometida en contra de la mujer obedece a patrones culturales que la legitiman y, correlativamente, que su existencia tiene como pretensión contribuir a la erradicación de esas lógicas de agresión. Enseguida, destaca algunas disposiciones de instrumentos internacionales de protección y recomendaciones de órganos que les hacen seguimiento, orientadas a que los Estados incorporen medidas legislativas para hacer desaparecer la violencia contra las mujeres, los patrones culturales y prácticas que la favorecen, así como los contextos de discriminación y las relaciones desiguales de poder.

En segundo lugar, expone que el trasfondo caracterizado por los patrones culturales patriarcales, los estereotipos e ideas que neutralizan la posición de subordinación de las

mujeres frente a los hombres y justifican toda clase de agresiones planteó la introducción, en el campo de las ciencias sociales, del concepto, inglés, de “femicide”, para identificar la misoginia que se encuentra detrás de la mayoría de los asesinatos de mujeres en la esfera pública y privada. En Latinoamérica, sin embargo, se habría debatido en torno al uso de ese término en su traducción española, es decir, el vocablo femicidio, y el concepto de feminicidio, al consagrar ese acto como conducta punible en varios países.

El vocablo femicidio expresaría únicamente la privación de la vida de una mujer y, por consiguiente, sería insuficiente para dar cuenta de la misoginia (odio a las mujeres) presente en los crímenes y de la responsabilidad estatal al favorecer su impunidad, en tanto que el concepto de feminicidio abarcaría el móvil de los asesinatos y todo el contexto de dominación que rodea el crimen. Debido a la pérdida de significado que se derivaría de la primera expresión, la interviniente indica que en los ordenamientos jurídicos internos del contexto latinoamericano se ha optado mayoritariamente por la segunda, con el objeto de visibilizar las causas de tales privaciones de la vida a las mujeres y sancionar de forma diferencial a sus autores.

Y, en tercer lugar, con fundamento en lo indicado en precedencia, la representante de la Defensoría sostiene que la demanda ignora la reivindicación que hace el tipo penal a los derechos de las mujeres, al sancionar una violencia ocasionada por razones culturales, y no comprende que la expresión que estima indeterminada “denuncia un contexto de discriminación en su contra, frente al cual dirige su reproche”.

4.1.4.2. Desde otro punto de vista, la Delegada argumenta que el fragmento “por su condición de ser mujer” no desconoce el principio de legalidad y la conducta punible no constituye un tipo penal abierto, pues se define con claridad el comportamiento que pretende prevenirse, sin desconocer el derecho de defensa. Indica que no debe indagarse por la motivación personal del autor, sino que la frase acusada se dirige a poner en claro que la marginalización de las mujeres sustenta y justifica la comisión del delito.

En consecuencia, considera que la conducta que se reprocha es clara y permite a las y los destinatarios de la norma prever las consecuencias jurídicas de sus actos. Así mismo, la posibilidad de defenderse quedaría asegurada por cuanto la formulación de la conducta sería compatible con el derecho penal de acto que rige en el sistema jurídico y en razón de

que existiría certeza sobre el comportamiento que busca prevenirse, pues se pretendería preservar la vida, la indemnidad física y la integridad sexual de las mujeres.

La interviniente también subraya que la formulación del tipo penal, al incluir dos supuestos, “por su condición de ser mujer (acusado)” y “por motivos de su identidad de género”, responde a demandas de los grupos que reclaman respuestas de la normatividad, que no solamente evidencien la violencia contra las mujeres, lo que puede ser propio de concepciones biologicistas y deterministas, sino también aquella cometida en contra de personas de identidad de género diversa.

4.1.4.3. Por último, la representante de la Defensoría del Pueblo discrepa del cargo por infracción del non bis in ídem, al que atribuye una vez más una incomprensión de la función reivindicatoria del tipo penal. La demanda confundiría el fenómeno de subordinación de la mujer, conforme a patrones históricos de discriminación, con la que aquella padece cuando es objeto de ataques por parte de un servidor público o cuando es puesta en situación de indefensión.

En criterio de la interviniente, el elemento objetivo del tipo hace referencia a la relación de poder ejercida en virtud de esquemas culturales que han legitimado las relaciones asimétricas entre hombres y mujeres. No ocurriría lo mismo, en cambio, bien sea con la sujeción que se presenta cuando el autor del delito es un servidor público, a quien se le recrimina con mayor énfasis, por ser llamado a la protección de los derechos de las personas, o en los casos en que la víctima se pone en condiciones de indefensión o inferioridad, de las que se aprovecha al agente para perpetrar el daño.

De esta manera, por las razones indicadas, la Delegada de la Defensoría del Pueblo solicita a la Corte declarar exequibles las normas demandadas.

4.1.5. Secretaría Distrital de la Mujer

Cristina Vélez Valencia, Secretaria Distrital de la Mujer, intervino en el presente proceso para defender la constitucionalidad de las normas acusadas.

4.1.5.1. En su criterio, la expresión “por el hecho de ser mujer” no es vaga ni ambigua, sino que exige una interpretación razonable del marco normativo en que se fundamenta y

su inclusión en el tipo penal de feminicidio obedece al cumplimiento de obligaciones internacionales del Estado, de expedir normas concordantes con la Convención Internacional para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, de Belém do Pará. Agrega que dicha frase hace alusión a la naturaleza o conjunto de características subjetivas, propias o definitorias de un ser humano, en este caso, la mujer víctima.

La Secretaria advierte que la mujer es el sujeto pasivo de las conductas victimizantes, no solo porque es privada efectivamente de la vida, sino debido a elementos que le asignan una protección especial y “factores objetivos”, como la sistematicidad de las violencias que preceden su muerte y constituyen indicadores de agresiones por razones de género. Plantea que la condición de mujer se adquiere no solo por habitar un cuerpo: también al poseer rasgos biológicos a los cuales le son asignados roles en la sociedad, de forma que se relaciona con el sexo pero, en mayor medida, con el género, entendido como una construcción social que atribuye a la mujer ciertas características, posiciones y grados de vulnerabilidad, discriminación y exclusión.

Desde otra perspectiva, la interviniente señala que la supuesta ambigüedad de la expresión “por su condición de mujer”, que transgrediría el principio de estricta legalidad, se supera si se tiene en cuenta que esa redacción no fue capricho del legislador ni existe una potestad del juez para elucubrar al respecto, sino que “responde a criterios razonables y necesarios para adentrar en un juicio de ponderación”.

4.1.5.3. En relación con el cargo por violación al non bis in ídem, luego de hacer algunas consideraciones generales sobre esa garantía a partir de la jurisprudencia constitucional, la Secretaria Distrital se muestra en desacuerdo con el punto de vista de los demandantes.

De un lado, en cuanto a la presunta coincidencia entre el delito de feminicidio, configurado en aprovechamiento de las relaciones de poder ejercidas sobre la mujer, expresado en la jerarquización personal, económica, sexual, militar, política o sociocultural, y la agravante relativa aquellos supuestos en que el sujeto activo tenga la calidad de servidor público y desarrolle la conducta punible aprovechándose de esa calidad, indica que la citada forma de comisión de la conducta no requiere sujeto activo calificado, como sí ocurre con la circunstancia de agravación punitiva.

En el mismo sentido, afirma que la determinación de la mencionada relación jerárquica, necesaria para la configuración del injusto, debe ser estricta, de forma que no es posible presumirla solamente porque el agente sea servidor público. En contraste, refiere que es posible que aun teniendo esta calidad, el sujeto activo no se aproveche de ella sino que lleve a cabo la conducta punible en el ámbito de su vida privada, caso en el cual no procedería la aplicación de la agravante.

De otro lado, en lo que atañe a la supuesta identificación entre el feminicidio en los casos en que la víctima “haya sido incomunicada o privada de su libertad de locomoción, cualquiera que sea el tiempo previo a la muerte de aquella” y la agravante, cuando el comportamiento se realiza “colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad o aprovechándose de esta situación, la Secretaria recalca que el legislador quiso diferenciar el homicidio del feminicidio y erigir este último en delito autónomo y, además, las causales de agravación punitiva del homicidio son residuales, por cuanto solo proceden si la conducta no se agrava en virtud de las circunstancias previstas especialmente para el delito asociado a la violencia de género.

Añade que aunque la citada forma de feminicidio supone que la víctima se encuentra en estado de indefensión, la agravante en que consiste esta última circunstancia es mucho más amplia y comprende adicionales supuestos de inferioridad. En este orden de ideas, no se desconocería el principio del non bis in ídem, pues las normas plantearían únicamente un problema interpretativo y probatorio para los jueces, a quienes les corresponde determinar que los hechos juzgados se acomodan a una u otra disposición. Con fundamento en las anteriores razones, la Secretaria Distrital de la Mujer solicita a la Corte declarar exequibles las normas acusadas.

4.2. Intervenciones de Instituciones Académicas

4.2.1. Instituto Colombiano de Derecho Procesal

Juan David Riveros Barragán, miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, intervino para justificar la constitucionalidad de las disposiciones impugnadas.

4.2.2.1. El interviniente considera, contrario a lo que afirman los demandantes, que la expresión “por su condición de ser mujer”, que estructura el tipo de feminicidio, es

suficientemente clara al exigir esa motivación en el agente. Además, a su juicio, la norma señala con precisión razonable todos los elementos constitutivos del tipo: (i) el sujeto activo indeterminado, salvo el caso del literal a) del artículo 104 B del Código Penal, que establece un supuesto de comisión cuando el agente es servidor público; (ii) el sujeto pasivo, que necesariamente debe ser una mujer, y (iii), el verbo rector, que consiste en la privación de la vida. A estos elementos se sumaría el elemento subjetivo anotado, consistente en la motivación que debe guiar al agente.

De otro lado, el interviniente discrepa del argumento, según el cual, en tanto la motivación del autor del delito, a la que se refiere la expresión impugnada, es un elemento relativo a su ámbito personal, no es posible determinarlo. En su criterio, esto no tiene ninguna relación con el principio de legalidad, pues si así fuera, también serían inconstitucionales el homicidio por piedad, que para su configuración implica que el sujeto actúe con el único propósito de ponerle fin a intensos sufrimientos o dolores de la víctima, y deberían desaparecer figuras como la preterintención, debido a que, para su aplicación, es necesario valorar la intención del agente. Este elemento, apunta, puede probarse y ser valorado dentro del proceso penal.

4.2.2.2. En cuanto al cargo por infracción al non bis in ídem, el interviniente estima que los actores tienen una concepción equivocada de esa garantía. Afirma que esta consiste en que una persona no puede ser juzgada dos veces por el mismo hecho y no la imposibilidad de que una conducta sea doblemente sancionada por el legislador. Del mismo modo, advierte que, al margen de la anterior imprecisión, el feminicidio es un tipo penal básico e independiente, “con sus agravantes”, que protege la vida de la mujer de manera especial y no el bien jurídico de la vida en general.

4.2.2. Universidad Sergio Arboleda

Fernando Velásquez y Juan David Jaramillo Restrepo, Director y Profesor Investigador, respectivamente, del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Sergio Arboleda, intervinieron para justificar la constitucionalidad de las disposiciones impugnadas, una de ellas bajo cierta específica interpretación.

4.2.2.1. Luego de hacer algunas consideraciones dogmáticas sobre el principio de taxatividad en materia penal y destacar que el feminicidio es un delito doloso, refieren que

la frase “por su condición de ser mujer” supone un elemento subjetivo distinto al dolo o un móvil de autor, relativo al odio, la aversión o la intolerancia que el agente muestra hacia las mujeres, pero estiman que es “desafortunada”, pues creen que en la práctica no es común que un hombre prive de la vida a una mujer únicamente por razones de género. En su parecer “se mata por celos, por venganza, por envidia, por despecho, pero no por odio generalizado (e indiscriminado) hacia el género femenino”.

Una cuestión diferente, señalan, es que la muerte ocurra en el marco de un contexto de discriminación. En criterio de los docentes, la citada frase no logra expresar correctamente la relación de poder desigual entre sexos que caracteriza al feminicidio, de ahí que el legislador se haya visto en la necesidad de establecer seis circunstancias, dentro de la misma descripción típica, que sustituyen la existencia del móvil. Creen, por lo tanto, que les asiste razón a los demandantes, pues para el juez sería imposible verificar la presencia de dicho elemento subjetivo y terminaría presumiéndolo indiscriminadamente o infiriéndolo de la personalidad o apariencia del autor.

4.2.2.2. Por otra parte, los intervinientes discrepan de los cargos por infracción a la garantía del non bis in ídem. En primer lugar, señalan que la agravante consistente en que el agente sea servidor público y se aproveche de tal calidad para cometer el delito puede concurrir con cualquiera de las modalidades de feminicidio previstas en el artículo 104A del Código Penal, distintas de aquella relativa a que el sujeto ejerza poder sobre la mujer, expresado en una jerarquización personal, económica, sexual, militar, política o sociocultural. Se trataría, en consecuencia, solo de un problema interpretativo que debe ser resuelto por el operador en cada caso, justamente, con base en la prohibición de juzgar doble vez la misma conducta y el “principio de plena valoración”.

Y, en segundo lugar, los intervinientes consideran que la causal de agravación derivada de colocar a la víctima en situación de indefensión o inferioridad no se aplica solamente a los casos en que ha sido incomunicada o privada de su libertad de locomoción, sino también a las demás modalidades básicas de feminicidio. Pero, en particular, consideran que la modalidad básica y la causal de agravación citadas no se identifican. En su opinión, poner la víctima en situación de indefensión o inferioridad facilita el ataque a la vida de la mujer y, por lo tanto, incrementa el desvalor de acción. En cambio, privarla de la libertad o impedirle comunicarse comporta otra infracción, a bienes jurídicos adicionales, como la

libertad individual y la autonomía personal.

4.2.2.3. Además de lo anterior, los intervinientes consideran imprescindible que la Corte se pronuncie sobre la constitucionalidad de los artículos 104A y 104B del Código Penal, por infracción al derecho a la igualdad material. Con apoyo en doctrina nacional, sostienen que el sujeto pasivo de la violencia de género también pueden ser los hombres. Desde su punto de vista, el legislador genera una consecuencia perversa para las mujeres, pues las consideraría parte de grupos vulnerables y que, debido a ello, requieren de una especial protección jurídico penal. Esto, a su vez, se traduciría en una visión paternalista y reforzaría la discriminación ontológica, no prevendría la violencia de género ni preservaría la “igualdad material entre los sujetos pasivo del delito”.

Por último, los autores cuestionan si las diversas modalidades de feminicidio previstas en el artículo 104A (literales a, b, c, d, e y f) “absorben” el desvalor de otros delitos concomitantes o precedentes (lesiones personales, acceso carnal violento, acto sexual violento, secuestro, etc.) o, por el contrario, concursan con esas otras conductas punibles. En su criterio, en razón de la riqueza descriptiva de las formas básicas del delito contra la mujer, podría pensarse que se trata de un caso de unidad delictiva y no de concurso.

4.2.2.4. Con fundamento en los argumentos aducidos, los intervinientes solicitan la declaratoria de exequibilidad condicionada del artículo 104A del Código Penal, en el entendido de que, en virtud de principio de taxatividad y el “verdadero” fin de la norma, la expresión “por su condición de ser mujer” debe interpretarse en sentido amplio, es decir, no solo como odio o aversión hacia el género femenino sino, también, como expresión heterosexual de dominación asimétrica en un contexto de dominación. En segundo lugar, solicitan declarar exequibles los literales a) y g) (parcial) del artículo 104B del Código Penal, debido a que no infringen la prohibición del non bis in ídem.

Por último, piden “revisar” la constitucionalidad del artículo 104A del Código en cita, en relación con el con el principio de igualdad material.

4.2.3. Universidad del Rosario

4.2.3.1. Luego de ilustrar el contexto cultural de violencia, subordinación y dominio patriarcal sobre las mujeres, tanto a nivel nacional como en otros países, las dificultades

para contrarrestarlo a nivel jurídico, social y político, a partir de la jurisprudencia constitucional y de organismo internacionales, la necesidad de enfoque de género en orden a garantizar los derechos de aquellas y erradicar los patrones de subordinación, los intervinientes consideran que la consagración del feminicidio responde al cumplimiento de las obligaciones del Estado, frente a la situación de violencia por razones de género que afecta a las mujeres.

Así mismo, destacan que implica el reconocimiento de una práctica histórica y sistemática de dominación sobre el cuerpo de aquellas. El delito de feminicidio, en este sentido, pretendería alcanzar la igualdad de género y la reivindicación de los derechos de la mujer en Colombia y no solo hacer efectivo el derecho a una vida libre de violencias. Los representantes del Grupo muestran que similar legislación, aunque con ciertas variantes, ha sido incorporada en otros países de América Latina, con la pretensión de garantizar progresivamente la vida dignidad y la igualdad de mujeres y niñas.

Los intervinientes hacen un recuento de las principales leyes nacionales, dictadas en orden a contrarrestar la violencia contra las mujeres, generada como resultado de la desigualdad y discriminación tradicional. Mencionan la legislación sobre prevención y sanción de la violencia intrafamiliar (Leyes 296 (sic) de 1996, 599 de 2000 y 1542 de 2012); las normas sobre sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres (Ley 1257 de 2008); las destinadas a sancionar los ataques mediante ácido (Ley 1257 de 2008) y la ley que crea el delito de feminicidio (Ley 1761 de 2015).

4.2.3.2. Por otro lado, citan jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional y señalan que esta última Corporación ha puesto de manifiesto la necesidad y la obligación internacional de crear variados instrumentos jurídicos de protección de los derechos de las mujeres, a través de un enfoque diferencial, que tome en cuenta el contexto especial de la sociedad colombiana. De ahí que, según advierten, el tipo penal de feminicidio está acorde con estos postulados y se encuentra conforme con la Carta Política.

Los intervinientes ilustran, además, que tanto en el Sistema Interamericano, como en el Sistema Universal de Derechos Humanos, los instrumentos internacionales, las autoridades que les hacen seguimiento y las que desempeñan labores jurisdiccionales han hecho

énfasis en la importancia de incorporar el feminicidio en las legislaciones internas, como mecanismo para la lucha contra la discriminación y la violencia de género, y la Corte IDH lo ha aplicado en el juzgamiento, por lo menos en el caso Campo Algodonero, de González y otros contra México.

Con fundamento en las anteriores razones, solicitan declarar exequible el tipo penal de feminicidio.

4.2.4. Universidad Libre

Jorge Kenneth Burbano Villamarín, Director del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre, sede Bogotá, y David Andrés Murillo Cruz, Docente del área de Derecho Público de la misma Facultad, intervinieron para sustentar la constitucionalidad de las disposiciones acusadas, en un caso, conforme a una específica interpretación.

4.2.4.1. Después de realizar algunas consideraciones sobre el principio de tipicidad y la relación entre este y el principio de legalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte, los intervinientes sostienen que la generalidad de la expresión “por su condición de mujer” puede ser solucionada a través de una interpretación teleológica de la norma. A su juicio, mediante el tipo penal de feminicidio se busca sancionar “una doble motivación” en la realización del comportamiento.

Por un lado, a partir de jurisprudencia de la Corte IDH, indican que el feminicidio se ocasiona “por el hecho de sentir aversión hacia ese género” y, por el otro, cuando la muerte ocurre en un contexto de dominación, público o privado, por razones de género, en los casos en que la causa está asociada a la instrumentalización de la cual la mujer es objeto, según lo indicó la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y lo ha puesto de manifiesto la Corte IDH, al interpretar la Convención de Belem do Pará. En consecuencia, los intervinientes consideran que la citada expresión implica que la muerte de la mujer debe estar motivada en la aversión al género femenino o determinada por la condición de subordinación o discriminación de la víctima.

4.2.4.2. Desde otro punto de vista, luego de hacer algunas consideraciones sobre el concepto del non bis in ídem, sus manifestaciones, finalidad y el límite que supone para la

libertad de configuración del legislador penal, los miembros del Observatorio afirman que la agravante que recae sobre el agente que detenta la posición de un servidor público y se aprovecha de ella no formula un nuevo juicio de reproche por la modalidad de feminicidio realizado en virtud de jerarquía personal, sino que aumenta ese juicio, debido a la responsabilidad constitucional de todo servidor público, prevista en el artículo 2 C. P.

Del mismo modo, consideran que “colocar a la víctima en situación de indefensión o inferioridad o aprovecharse de ella”, como causal de agravación del feminicidio, no es equivalente a causarle la muerte habiéndola “incomunicado o privado de su libertad de locomoción”. Indican que esta última acción no comporta, al menos en todos los casos, que la víctima sea puesta en estado de indefensión y por ello pierda su capacidad de defensa física. A su vez, la incomunicación y la afectación a la libertad de locomoción no pondrían al actor en condición de superioridad sobre la víctima.

A modo de ejemplo, señalan que encerrar a una mujer sin ningún tipo de medio de comunicación no la pone per se en estado de indefensión o de inferioridad, pues ella conservaría toda su fuerza física intentar huir de su encierro. Distinto sería, anotan, si además de encerrarla se le ata de pies y manos, con lo cual se le coloca en imposibilidad de defenderse de la agresión. En este último caso, sí se estaría frente la consumación de la conducta punible y la concurrencia de la respectiva causal de agravación punitiva.

Con base en los anteriores argumentos, los intervinientes solicitan a la Corte declarar la exequibilidad condicionada la expresión “por su condición de ser mujer, del artículo 104A del Código Penal, en el entendido que hace referencia al homicidio de una mujer por razones de género, motivado por la aversión o determinado por la condición de subordinación y discriminación de que la afectada es víctima. Por otra parte, solicitan declarar exequibles las demás disposiciones acusadas.

4.2.5. Universidad Externado de Colombia

Miguel Córdoba Angulo, profesor de la Universidad Externado Colombia, intervino en el presente trámite para defender la constitucionalidad de las normas demandadas.

4.2.5.2. A partir de lo anterior, el interviniente considera que la expresión “por el hecho de ser mujer” es compatible con la Constitución, por cuanto no desconoce el principio de

tipicidad. Afirma que su entendimiento debe estar mediado por una consideración y aplicación del contexto, no solo colombiano sino internacional, que muestra la existencia de múltiples espacios de violencia basada en el poder, la desigualdad y la subordinación del género femenino. El delito no se cometería simplemente si se causa la muerte a una mujer, sin tomar en cuenta estos últimos elementos.

De este modo, estima que la expresión en cuestión es ajustada a la Carta, pero siempre debe ser entendida a la luz de entornos y “ciclos de discriminación, subordinación, dominación, cosificación, violencia, celos, sometimiento, desigualdad, entre otros”.

4.2.5.3. El interviniente destaca los fundamentos constitucionales e internacionales de la prohibición de la doble incriminación, los supuestos de configuración y la manera de verificación, conforme a la jurisprudencia constitucional. En relación con el presente asunto, considera que la calidad de servidor público del agente no es todavía penalizada en el tipo básico de feminicidio, por cuanto “el hecho de «una circunstancia de poder» se da frente a la mujer en el caso concreto, es decir, se refiere a la dominación o superioridad que tiene el autor respecto de la víctima en particular, llevando a que la muerte que le propina sea el hecho culminante dentro del ciclo de esa relación jerarquizada y que concurre en el momento de la perpetración del feminicidio”.

Agrega que la aplicación de la agravante tiene razón de ser, pues, debido al rol del servidor público, se tiene la expectativa de que cumpla, entre otros, con los fines del Estado, como la protección de todas las personas en su vida, honra y bienes. Por su posición, además, el legislador podría imponerle mayores cargas, como lo mostraría que, por ejemplo, también el artículo 83, inciso 6º de la Ley 599 de 2000, prevé que la acción penal prescribe en un tiempo mayor cuando el sujeto activo comete el delito en ejercicio de sus funciones como servidor público o con ocasión de ellas.

Desde otro punto de vista, contrario a lo que sostienen los demandantes, el interviniente considera que no hay identidad de objeto entre las dos normas que supuestamente dan lugar a la violación de la garantía en examen. El docente afirma que el delito se realiza en el marco de una relación de dominación entre víctima y victimario, lo cual es diferente a que, además de esto, el primero tenga y se aproveche de su calidad de servidor público.

Así mismo, pese a que la naturaleza de la sanción, el bien jurídico y la jurisdicción que

impone la pena sean los mismos, no existiría identidad de causa entre los dos contenidos normativos, en razón de que la finalidad de ambos sería diversa. Mientras que el tipo básico buscaría proteger la vida de la mujer, en un entorno determinado, la agravante sancionaría “la idoneidad de los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones”, debido a la transparencia que el ordenamiento jurídico espera de sus actos. De manera que, en su opinión, no se desconoce el principio del non bis in ídem, en cuanto hace relación a este par de enunciados normativos.

Respecto a la agravante derivada de colocar a la víctima en situación de indefensión o inferioridad o aprovecharse de ella, sostiene que esta regulación es mucho más amplia que el feminicidio, cuando la víctima ha sido incomunicada o privada de su libertad de locomoción. De hecho, afirma que la primera se configura conforme a circunstancias diferentes a las que hace referencia la segunda, dado que puede concurrir con más supuestos, aparte de aquél relacionado con la incomunicación o violación a la libertad de la agredida. Además, en este último caso se protegería no solo el bien jurídico de la vida sino, también, el derecho a la libertad.

El interviniente admite que en casos concretos la solución puede no ser tan clara, pero, en su criterio, esto no da lugar a la inconstitucionalidad de los preceptos, sino que el problema debe ser resuelto por el operador jurídico, con respeto a la prohibición de la doble incriminación. En este orden de ideas, el docente solicita a la Corte “no aceptar las pretensiones de la demanda de inconstitucionalidad”.

4.2.6. Universidad de Antioquia

Jorge Andrés Amézquita Toro, Daniel Eduardo Argumedo López, Nathalie Zaray Martínez James y Hernán Alonso Lopera Morales, miembros del Grupo de Estudios de Derecho Penal, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, intervinieron dentro del presente proceso para coadyuvar la solicitud de inconstitucionalidad de las normas impugnadas.

4.2.6.1. Los intervinientes ilustran el principio de estricta legalidad en materia penal, como límite al ius puniendi en el marco de un Estado social y democrático de derecho y sostienen que, en este caso, la expresión “por su condición de ser mujer” es imprecisa, ambigua e indeterminada y que tales defectos no puede ser subsanados, conforme a las pautas

indicadas en la Sentencia C-742 de 2011, citada también por los demandantes.

Así, en primer lugar, los miembros del Grupo señalan que una interpretación razonable no permite prever las consecuencias jurídicas del enunciado impugnado. Precisan que no es posible determinar si hace referencia a un elemento objetivo del tipo, como resultado “fáctico-normativo de una condición exterior”, o si implica una motivación que incorpora un dolo específico y diferencia el feminicidio del homicidio, lo cual impediría un conocimiento veraz y previsible de lo sancionado por el legislador.

En segundo lugar, esto no permitiría, a quien se le imputa la conducta, defenderse adecuadamente, a causa de que no sería claro si se proscribe el resultado o su motivación, además de las dificultades probatorias para acreditar lo segundo. Y, en tercer lugar, señalan que, no obstante el bien jurídico que se protege es la vida, resulta incierto cuál es la circunstancia reprochada por el legislador, debido a que la expresión acusada “no permite una calificación jurídica adecuada que permita diferenciar el homicidio del feminicidio”.

4.2.6.1. Finalmente, por razones idénticas a las expuestas en la demanda, los miembros del Grupo consideran que al sancionar el feminicidio ejecutado en aprovechamiento de las relaciones de poder ejercidas sobre la mujer, de tipo personal, económica, sexual, militar, política o sociocultural, y, al mismo tiempo, agravar la conducta en aquellos casos en que el sujeto activo tiene la calidad de servidor público y se aprovecha de ella, el legislador infringió efectivamente la prohibición de la doble incriminación.

Con fundamento en las razones anteriores, los intervinientes solicitan declarar inexecutable todas las normas demandadas y respecto de la expresión “por su condición de ser mujer”, prevista en el artículo 104A del Código Penal, piden que se integre la unidad normativa con la totalidad de la redacción del tipo penal demandado, con el fin de que el fallo no resulte inocuo.

4.2.7. Universidad de Los Andes

Farid Samir Benavides Vanegas y Juliana Laguna Trujillo, Profesor Asociado y estudiante, respectivamente, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, mediante

escrito remitido por los dos pero solo firmado por la alumna, intervinieron para justificar la constitucionalidad de las normas demandadas.

Señalan que el Estado tiene la obligación de investigar todas las formas de violencia contra la mujer, tanto públicas como privadas. Del mismo modo, destacan que, conforme a la Convención de Belém do Pará de 1993, la violencia contra la mujer, como forma de violencia de género, va más allá de la relación entre violencia y discriminación. Aquella podría ocurrir en lo público y en lo privado, de modo que dejaría de ser violencia doméstica para convertirse en un ataque a bienes jurídicos protegidos por el Estado, el cual también respondería cuando falla en su deber de protección.

Los intervinientes muestran y analizan, así mismo, la manera en que la Corte IDH abordó el problema de la violencia de género, en tanto acto de violación de derechos humanos, en el conocido caso Campo Algodonero, que dio lugar a la condena contra el Estado mexicano, no solo por falla en la protección sino debido a que encontró que la ausencia de acción del Estado fue discriminatoria y contribuyó a la violencia contra las mujeres de Ciudad Juárez, México.

Ponen de manifiesto que la Corte Constitucional y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia han adoptado algunas definiciones de violencia de género, tomadas de convenciones y de la jurisprudencia internacionales, de forma tal que los patrones de dominación y de violencia en que se ve inserta la muerte de una mujer serían los criterios para la demostración del delito de feminicidio.

Por otro lado, los intervinientes mencionan la principal legislación que se ha emitido para la prevención, sanción y erradicación de la violencia y la discriminación de género. Entre las principales, destacan las leyes 51 de 1981, mediante la cual se ratificó la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; 23 de 1982, que reconoce varios derechos civiles a las mujeres; 194 de 1996, para la prevención de la violencia intrafamiliar; 679 de 2001, que penaliza el turismo sexual; 1257 de 2008, que sanciona varios actos de violencia de género, y la ley que creó el tipo penal autónomo de feminicidio.

4.2.7.2. En cuanto al asunto objeto de debate, los intervinientes señalan que la expresión “por su condición de mujer” debe ser entendida a partir de un enfoque de género y, en

específico, señalan que la muerte de la mujer debe haber obedecido a la discriminación y subordinación de la que ha sido víctima, no al mero hecho de ser mujer, desde el punto de vista biológico o de su identidad. Añaden que, no obstante el tipo penal de feminicidio es abierto y supone cierto grado de indeterminación de sus ingredientes normativos, hay elementos que permiten precisar su contenido en la jurisprudencia nacional y en el derecho y jurisprudencia internacionales.

Conforme al Modelo de Protocolo Latinoamericano de Investigación de las Muertes Violentas de Mujeres por Razones de Género, justamente las razones de género determinarían si la muerte de la mujer se produjo “por su condición de mujer” y permitirían diferenciar el feminicidio del homicidio simple de una mujer. En el mismo sentido, a la luz del Informe sobre Homicidios de Mujeres, elaborado por Rashida Manjoo, Relatora Especial de la ONU sobre Violencia contra la Mujer, la muerte de una mujer, debida a su condición, constituiría el último acto de violencia, en un contexto de actos múltiples de los que ha sido víctima.

Dichos actos serían legitimados por estructuras sociales y construcciones culturales sobre el rol de la mujer y del hombre, que constituyen condiciones de discriminación por razones de género. De ahí que el feminicidio no podría ser considerado un delito aislado sino la manifestación más extrema de violencia contra la mujer, que pone en evidencia la perpetración de estereotipos de género y discriminación. De otra parte, los intervinientes precisan que, conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la muerte de la mujer constituye un feminicidio cuando es consecuencia de la violencia acaecida en un contexto de dominación (pública o privada) y donde la causa está asociada a la instrumentalización de que es objeto.

Con base en los anteriores argumentos, concluyen que existen referentes que permiten precisar el contenido normativo de la expresión “por su condición de ser mujer”, prevista en la disposición demandada y, específicamente, de las razones de género presentes en aquellos supuestos en que se vulnera la vida de una mujer, por el hecho de serlo. Critican que la demanda carece de enfoque de género, lo cual resulta indispensable en el análisis de normas penales que responden a un fenómeno que afecta a las mujeres y, adicionalmente, desconoce que la interpretación del juez siempre resulta necesaria en la operación de subsunción y adecuación típica, lo que no implica necesariamente que el juez “reemplace” la expresión fijada por el legislador.

Con fundamento en lo anterior, los intervinientes solicitan a la Corte declarar exequibles los artículos parcialmente demandados del Código Penal.

4.2.8. Universidad de Ibagué

Omar Mejía Patiño, Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Ibagué, intervino para respaldar la constitucionalidad de las disposiciones objeto de impugnación.

4.2.8.1. Sostiene que se causa la muerte de una mujer “por el hecho de ser mujer” cuando el acto está determinado por la subordinación y discriminación y, en consecuencia, por la extrema situación de vulnerabilidad y la instrumentalización de que la víctima es objeto, situación que debe estar debidamente probada y corresponderá valorar al juez, a partir del contexto y de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrolla el comportamiento.

Argumenta que el feminicidio, como delito autónomo tiene por objeto garantizar la investigación y sanción de la violencia contra las mujeres por motivos de género, así como prevenirla y erradicarla y adoptar estrategias de sensibilización de la sociedad colombiana. En este sentido, el tipo penal pretendería, además, reivindicar sus derechos e impedir que se realicen sobre ellas atrocidades o vejámenes. Para el interviniente, el fin de la norma es la prevención general y/o especial para el individuo que comete la conducta de feminicidio, cuestión que no posee «la misma fuerza psíquica» que el delito de homicidio, cuyas causales de agravación tienen una connotación distinta cuando se refieren a la violencia contra la mujer, debida a su condición.

Por lo anterior, el tipo de feminicidio no vulneraría tampoco la prohibición de la doble incriminación, puesto que “consideramos que obedecen a supuestos de la norma distintos que sí deben estar consagrados en la ley y que sí deben hacer parte de la figura autónoma e independiente del feminicidio, más no del homicidio”. Con fundamento en los anteriores argumentos, el interviene solicita la declaratoria de exequibilidad de las normas impugnadas.

4.2.9. Universidad Industrial de Santander

Javier Alejandro Acevedo, Director de la Escuela de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Industrial de Santander (UIS), y Lucía Andrade Manjarrés, Directora de la Línea Transversal de Géneros del Consultorio Jurídico de la misma Facultad, intervinieron para justificar la constitucionalidad de las normas demandadas, una de ellas, a partir de un específico entendimiento.

4.2.9.1. Los intervinientes discrepan de que el tipo de feminicidio infrinja el principio de legalidad. Consideran que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la muerte de una mujer se ocasiona, en razón de su condición, “cuando el acto violento que la produce está determinado por la subordinación y discriminación de que es víctima, de lo cual resulta una situación de extrema vulnerabilidad”. Refieren que la violencia de género que caracteriza al feminicidio ha sido reconocida por la Corte IDH, la Corte Constitucional, la Convención de Belém do Pará e, incluso, ha sido adoptada con una redacción similar en la legislación de otros países latinoamericanos que penalizan el mismo comportamiento.

De este modo, consideran que los destinatarios de la norma pueden saber, mediante una interpretación razonable y un análisis del contexto, cuándo se configura a un hecho constitutivo de feminicidio. Existiría una base “jurídica y social” que sustenta la creación del delito, además que en el Código Penal no estaría provista la sanción de una conducta similar, puesto que, precisamente, la agravante del homicidio simple que antes cumplía similar papel fue derogada por la ley que ahora se acusa (parcialmente) de inconstitucional. El delito, además, permitiría ejercer el derecho de defensa, dado que se referiría a “circunstancias perfectamente refutables y que permiten al acusado, de manera científica y empírica demostrar su inocencia”.

4.2.9.2. En lo que hace relación a la infracción del principio del non bis in ídem, los intervinientes, así mismo, desacuerdan con los demandantes. Afirman que el servidor público que realiza el injusto no es, como sí ocurre con la modalidad básica de feminicidio, una persona con autoridad frente a la víctima, sino un representante del Estado, de manera que “una cosa serían las relaciones de poder económicas y políticas, entre otras, que puede tener el actor como particular, y otra la relación de poder, si el mismo es un servidor público, como por ejemplo, un miembro de las fuerzas armadas o un alcalde o gobernador”.

Subrayan, entonces, que la citada causal de agravación es “necesaria”, pues cuando el servidor comete el delito no solo defrauda la confianza depositada en él sino que viola el deber jurídico de garantizar una vida libre de violencias. Así, pese a que “en un primer momento” habría identidad de objeto y causa entre la agravante en mención y el tipo de feminicidio realizado en aprovechamiento de relaciones de poder en el plano personal, económico, sexual, militar, político y sociocultural sobre la víctima, “vemos cómo al analizar la calidad de los sujetos destinatarios de la conducta el sentido de las disposiciones cambia”.

Respecto a la supuesta identidad entre el feminicidio antecedido por una incomunicación o privación de la libertad de locomoción de la víctima y la agravante relativa a colocar a la vulnerada en situación de indefensión o inferioridad o aprovecharse de ellas, consideran que esta última comprende varias posibilidades, además de la “retención ilegal” referenciada en el tipo básico, de manera que puede ser aplicada, siempre que la modalidad del feminicidio no haya sido la mencionada.

Por las razones anteriores, los intervinientes solicitan declarar condicionalmente exequible la citada agravante, en el sentido de que opera “siempre que no se haya incomunicado o privado de la libertad a la víctima”. De otro lado, piden declarar exequibles las demás normas impugnadas.

4.3. Fundaciones y Organizaciones NO Gubernamentales

4.3.1. Fundación Saldarriaga Concha

Lucas Correa Montoya y Camila Andrea Suárez Ángel, Líder de Incidencia e Investigadora Junior, respectivamente, de la Fundación Saldarriaga Concha, intervinieron para sustentar la constitucionalidad de las normas acusadas.

Consideran que no les asiste razón a los demandantes al señalar que la expresión “por su condición de ser mujer” infringe el principio de legalidad, por cuanto el mismo artículo indica las circunstancias que le permiten al operador determinar la concurrencia de dicho elemento. Aseveran que la muerte de la mujer debe estar asociada a la violencia, producto de una situación generalizada de discriminación y que una regulación “más cerrada” desconocería las múltiples formas en que esa desigualdad se manifiesta.

Desde otro punto de vista, señalan que “la condición de ser mujer” debe ser interpretada de manera que cobije a las personas mayores y en situación de discapacidad, pues la discriminación de género en la realidad es multidimensional y comprende todos los periodos de la vida. Aún más, subrayan que la violencia, las barreras, la dependencia y la inequidad que afecta a las mujeres en las anteriores condiciones son mucho mayores y más agudas que aquellas que comprometen a quienes no se hallan en tales circunstancias.

Así, consideran que las agravantes del feminicidio deben interpretarse de conformidad con la realidad del primer grupo poblacional citado y que debe entenderse que la causal relativa a la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial de la víctima (literal d) del artículo 104B del Código Penal), también abarca los eventos en que esa condición es de carácter “intelectual”. Con fundamento en las razones indicadas, los intervinientes solicitan la declaratoria de exequibilidad de las normas impugnadas.

4.3.2. Colombia Diversa

Marcela Sánchez Buitrago, Samuel Escobar y Nicolás Giraldo Chica, Directora Ejecutiva, “Abogado Penalista” y Abogado del Área de Litigio, respectivamente, de la ONG Colombia Diversa, intervinieron para cuestionar la aptitud sustantiva de la demanda y, en todo caso, para argumentar a favor de la constitucionalidad de las normas acusadas.

4.3.2.1. Los intervinientes consideran que la demanda no es apta, por no reunir algunos de los requisitos señalados en la jurisprudencia de la Corte. Estiman que no cumple el requisito de claridad, pues si bien los actores señalan que la expresión “por su condición de ser mujer” es vaga y ambigua, simultáneamente señalan que la norma previa, subrogada por la demandada y con igual contenido normativo, ya contenía la protección especial que tutela el delito de feminicidio y, por ello, sería innecesaria la creación de un tipo penal autónomo.

Afirman, así mismo, que los cargos no son específicos, puesto que no logran demostrar una oposición objetiva entre las normas acusadas y las disposiciones constitucionales invocadas. Indican que se acusa reiteradamente la citada expresión de ser vaga y ambigua, pero no se precisa de qué forma se manifiestan estos dos tipos de indeterminaciones. Tampoco los cargos serían pertinentes, pues el primero se basaría en un análisis de conveniencia, al señalar que la norma impugnada es innecesaria y reiterativa y, a su vez, el

segundo apelaría a “hipótesis que pretenden la solución de casos particulares”.

La argumentación de la demanda tampoco sería suficiente, en razón de que el primer cargo no contiene la fundamentación requerida y el segundo se limita a hacer un análisis escueto de identidad entre las normas que supuestamente vulnera el principio del non bis in ídem. En este último caso no se tomarían en cuenta las premisas establecidas por la Corte para evaluar la confluencia en la causa entre ambas, sino que solo se demostraría una identidad personal, la cual siempre se presentaría, dado que los tipos y sus agravantes se dirigen al mismo sujeto y estas no pueden ser aplicadas de manera independiente del tipo penal del cual hacen parte.

Por las anteriores razones, los intervinientes solicitan a la Corte declararse inhibida para emitir pronunciamiento de fondo sobre la demanda. Con todo, también presentan los siguientes argumentos para defender la constitucionalidad de las normas acusadas.

4.3.2.2. En lo que hace relación a la expresión “por su condición de ser mujer”, los miembros de Colombia Diversa indican que no desconoce el principio de legalidad. Afirman que el feminicidio pretende sancionar el asesinato de mujeres en razón de prejuicios relativos al género y proteger, además del derecho a la vida, la igualdad, la dignidad humana y la prohibición de discriminación. Según afirman, en cuanto a la expresión impugnada, el delito ocurre en dos eventos: (i) cuando el sujeto activo odia a las mujeres y priva de la vida a una particular y (ii) en aquellos casos en que utiliza la violencia como mecanismo excluyente y de subordinación de las mujeres, en un contexto social de dominación.

Los intervinientes advierten que el tipo penal protege, no solamente a las mujeres cuyo sexo asignado al nacer se ajusta a su identidad de género, sino, así mismo, al género femenino de modo universal, de manera que constituye delito de feminicidio también aquél realizado en personas trans. Ilustran diversos instrumentos internacionales para la prevención, sanción y erradicación de la violencia de género contra las mujeres y ponen de presente que la jurisprudencia constitucional ha reconocido sus derechos fundamentales, en su especial calidad, también a personas trans.

En el anterior sentido, los miembros de la ONG estiman importante que los operadores jurídicos interpreten el tipo penal (parcialmente) impugnado, de tal manera que cubije

tanto a las mujeres como a los hombres trans, en aquellos supuestos que el acto haya estado motivado en el sexo (femenino) asignado al nacer a la afectada o en la identidad de género asumida por la víctima.

4.3.2.3. En lo concerniente al cargo por vulneración del non bis in ídem, los intervinientes consideran que el aprovechamiento de las relaciones de poder, de diversos tipos, ejercidas sobre la mujer, no están necesariamente relacionadas con la calidad de servidor público del agente. Así mismo, el hecho de tener esa posición y aprovecharse de ella para la realización del delito no implicaría, indefectiblemente, la existencia de una jerarquía por parte del sujeto activo. Este, siendo servidor público, podría no hallarse en una posición de superioridad y, sin embargo, emplear su calidad para desarrollar la conducta, como sería el caso de un escolta de un organismo de seguridad del Estado que ocasiona la muerte a la mujer que tiene la obligación de proteger.

Los representantes de Colombia Diversa refieren que en ciertos casos las normas podrían superponerse. No obstante, consideran que el problema debe ser resuelto al momento de su aplicación. En lo que atañe al otro supuesto de presunto desconocimiento de la prohibición de doble incriminación, señalan que la agravante relativa a haber colocado a la víctima en situación de indefensión o inferioridad o haberse aprovechado de ella es antecedente a los hechos y, así mismo, no se predica únicamente cuando la afectada ha sido incomunicada o privada de su libertad, sino también en otras hipótesis. Los impugnantes ignorarían, también, el principio de especialidad, que supone la aplicación de la norma específica, antes que la general.

Afirman, con todo, que aquí también podrían coincidir las dos normas en casos concretos, pero señalan que la forma de solucionar el problema debe ser la misma indicada en el evento anterior, a través de la interpretación, de modo que se excluya la aplicación de la circunstancia de agravación punitiva. Con fundamento en las anteriores razones, solicitan a la Corte que, de no inhibirse para emitir pronunciamiento, declare la exequibilidad de los enunciados normativos demandados, en el entendido de que se aplican también cuando el delito se realiza en personas trans.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

En cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 242-2 y 278-5 de la Constitución Política,

mediante concepto 006109 de 31 de mayo de 2016, el Procurador General de la Nación solicitó a la Corte declararse inhibida para pronunciarse de fondo sobre el parágrafo 2º del artículo 2º de la Ley 1184 de 2008, por ineptitud sustantiva de la demanda, en razón de la falta de certeza y suficiencia de los cargos. En todo caso, presentó también algunos argumentos tendientes a defender la constitucionalidad de las normas impugnadas, de una de ellas bajo un específico entendimiento.

5.1. De acuerdo con el Ministerio Público, el argumento según el cual la expresión “por su condición de ser mujer” es indeterminada e imprecisa y permitiría sancionar “los pensamientos antes que las conductas” carece de certeza y suficiencia, pues estas consecuencias que se le atribuyen son falsas. Señala que el objeto de la norma es penalizar una conducta cometida con dolo especial, fundado en misoginia u odio por la mera pertenencia de la víctima al sexo femenino, estructura típica similar a la que se adopta en el delito de genocidio, que exige la intención en el sujeto activo de exterminar un grupo en razón de su identidad.

Según lo anterior, el feminicidio no sancionaría un elemento perteneciente al fuero interno del agente, en lugar de su conducta y, si bien existirían dificultades probatorias para demostrar el dolo especial con que debió actuar para que la conducta sea típica, esto no sería suficiente para afirmar que el tipo penal es indeterminado y, por lo tanto, tampoco para considerarlo contrario a la Constitución. Con base en estas razones, la Vista Fiscal señala no hay elementos de juicio para emitir pronunciamiento y, en consecuencia, la Corte debe declararse inhibida.

Con todo, el Ministerio Público señala que si la Corte decide resolver de fondo, la disposición debe ser declarada condicionalmente exequible. Argumenta que la expresión impugnada puede ser interpretada de tres maneras: (i) como una cualificación especial del sujeto pasivo del delito; (ii) como una cualificación especial del dolo (misoginia en abstracto) o (iii) como una precisión de un dolo característico, fundado en los roles desplegados entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del delito. Visto de esta manera, el contenido normativo de la disposición podría ser problemático, por cuanto no permitiría establecer con certeza cuál es la conducta sancionada.

El Procurador descarta la primera posibilidad interpretativa, pues considera que el sujeto pasivo ya está cualificado en la expresión “el que matare a una mujer”, prevista en la primera parte de la descripción típica. Conforme a la segunda opción interpretativa, el homicidio sería cometido por el agente debido a una “distorsión de la figura femenina como individuo de la raza humana”. Y de acuerdo con la tercera alternativa, la muerte se ocasionaría en consideración a ciertos roles sociales o por la “condición subordinada” de la mujer, opción que implicaría asumir dicha condición como un atributo ontológico del género femenino, lo que sería, a su juicio, un “craso error antropológico... una presunción ideológica y típicamente discriminatoria”.

Por las anteriores razones, el representante de la Procuraduría señala que la expresión impugnada es compatible con la Constitución, pero solo bajo el entendido de que la disposición sea interpretada conforme a la segunda posibilidad, es decir, en el entendido de que se sanciona el feminicidio realizado “con el dolo especial de la misoginia en abstracto, es decir, el odio hacia la mera condición sexuada de las mujeres como un atributo ontológico”.

5.2. Respecto del cargo por violación a la prohibición de la doble incriminación, derivada de la supuesta identificación entre la agravante debida al aprovechamiento de la calidad de servidor público y el tipo básico de feminicidio, realizado gracias a relaciones de poder ejercidas sobre la víctima, el Ministerio Público sustenta que dicha garantía constitucional exige que el mismo comportamiento sea objeto de doble reproche penal, lo que no se puede confundir con la existencia de diversos juicios de reproche sobre conductas conexas o simultáneas, ni con la determinación del legislador, acerca de los diversos niveles de gravedad de las conductas.

Para el Procurador no existiría identidad entre las normas referidas sino una “gradación” de los diversos niveles de gravedad de la conducta penalizada, dado que, mientras una norma sanciona el feminicidio, la causal de agravación reprocha la infracción a la mayor diligencia y respeto de los derechos humanos predicable de los servidores públicos, en el ejercicio de su cargo. Esto impide, según el funcionario, que el cargo esté llamado a prosperar.

Con fundamento en los argumentos expuestos, el Ministerio Público solicita a la Corte inhibirse para fallar respecto del cargo formulado contra la expresión “por su condición de

ser mujer” y, subsidiariamente, declararla exequible en el entendido de que tipifica el homicidio “motivado en el odio hacia la mera condición sexuada de las mujeres como un atributo ontológico de ellas”. Y, en segundo lugar, solicita declarar exequible la agravante del feminicidio, consistente en que el sujeto activo detente y se aproveche de su calidad de servidor público para realizar el injusto.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

6.1. Competencia

1. La Corte Constitucional es competente para resolver la demanda de la referencia, en los términos del artículo 241-4 C.P., puesto que se trata de la acción pública de inconstitucionalidad contra disposiciones contenida en una ley de la República.

6.2. Cuestión previa. Aptitud sustantiva de la demanda

6.2.1. Antes de indicar los problemas jurídicos que deben ser resueltos y la estructura que seguirá la justificación de la decisión, es necesario determinar la aptitud sustantiva de la demanda, pues la ONG Colombia Diversa y el Procurador General de la Nación consideran que no cumple con los requisitos mínimos para ser estudiada y solicitan a la Corte inhibirse de emitir pronunciamiento de fondo. Los representantes de la ONG indican que la argumentación en que se sostiene no es clara, específica, pertinente ni suficiente, mientras que el Ministerio Público estima que carece de certeza.

6.2.1.1. De conformidad con el artículo 2 del Decreto 2067 de 1991, la demanda de inconstitucionalidad debe contener: “(i) el señalamiento de las normas acusadas como inconstitucionales, su transcripción literal por cualquier medio o un ejemplar de la publicación oficial de las mismas; (ii) el señalamiento de las normas constitucionales que se consideren infringidas; (iii) las razones por las cuales dichos textos se estiman violados; (iv) cuando fuere el caso, el señalamiento del trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado; y (v) la razón por la cual la Corte es competente para conocer de la demanda”.

A la luz de lo anterior, la demanda debe contener por lo menos una argumentación básica que, desde el punto de vista lógico, plantee dudas de incompatibilidad, de manera

inteligible y precisa, de una norma de nivel legal con una de rango constitucional. Los cargos, por lo tanto, deben reunir ciertos requisitos, para que se ajusten a la naturaleza normativa, abstracta y comparativa del control que realiza la Corte y permitan comprender mínimamente el problema de transgresión constitucional que se propone. Esto ha sido resumido en la necesidad de que los cargos sean claros, específicos, pertinentes, suficientes y satisfagan la exigencia de certeza.

La claridad hace relación a que los argumentos sean determinados y comprensibles y permitan captar en qué sentido el texto que se controvierte infringe la Carta. Deben ser entendibles, no contradictorios, ilógicos ni anfibológicos. Conforme la exigencia de la certeza, de una parte, se requiere que los cargos tengan por objeto un enunciado normativo perteneciente al ordenamiento jurídico e ir dirigidos a impugnar la disposición señalada en la demanda y, de la otra, que la norma sea susceptible de inferirse del enunciado acusado y no constituir el producto de una construcción exclusivamente subjetiva, con base en presunciones, conjeturas o sospechas del actor.

La especificidad de los cargos supone concreción y puntualidad en la censura, es decir, la demostración de que el enunciado normativo exhibe un problema de validez constitucional y la explicación de la manera en que esa consecuencia le es atribuible. Es necesario que los cargos sean también pertinentes y, por lo tanto, por una parte, que planteen un juicio de contradicción normativa entre una disposición legal y una de jerarquía constitucional y, por la otra, que el razonamiento que funda la presunta inconstitucionalidad sea de relevancia constitucional, no legal, doctrinal, político o moral.

Tampoco el cargo es pertinente si el argumento en que se sostiene se basa en hipótesis acerca de situaciones de hecho, reales o de hipotética ocurrencia, o ejemplos en los que podría ser o es aplicada la disposición. Y, por último, la suficiencia implica que el razonamiento jurídico contenga un mínimo desarrollo, en orden a demostrar la inconstitucionalidad que le imputa al texto demandado. El cargo debe proporcionar razones, por lo menos básicas, que logren poner en entredicho la presunción de constitucionalidad de las leyes, derivada del principio democrático, que justifique llevar a cabo un control jurídico sobre el resultado del acto político del legislador[1].

Así, es indispensable que demanda de inconstitucionalidad satisfaga las mencionadas

exigencias mínimas, para que la Corte se adentre en el análisis de fondo planteado por el actor. En caso contrario, no poseerá aptitud sustantiva y la Sala deberá inhibirse para emitir el respectivo pronunciamiento.

6.2.1.2. En el presente caso, los representantes de Colombia Diversa sostienen que el cargo contra la expresión “por su condición de ser mujer”, que estructura la modalidad de feminicidio, carece de claridad, pues en él se acusa el fragmento de indeterminado, pero, al mismo tiempo, se reprocha la necesidad de la creación del delito, por ya existir la agravante del homicidio simple, con igual contenido normativo. El cargo carecería, así mismo, de especificidad, por cuanto la citada frase sería señalada de ser vaga y ambigua y, sin embargo, no se explicaría por qué estos defectos le son atribuibles.

De igual forma, los intervinientes estiman que los cargos no son pertinentes, puesto que la impugnación contra el apartado referido se basa en un análisis de conveniencia y la dirigida contra dos de las agravantes del feminicidio, por violación al non bis in ídem, se funda en hipótesis sobre resolución de casos concretos. Por último, los cargos tampoco cumplirían el requisito de suficiencia, a causa de que la primera acusación no contendría la “fundamentación requerida” y en la segunda solo habría un análisis “escueto” de identidad de las normas que, entre sí, supuestamente desconocen la prohibición de doble incriminación, pero no se demuestra su identidad de causa.

6.2.1.3. Por su parte, el Procurador General de la Nación afirma que la norma que contiene la expresión “por su condición de ser mujer” no sanciona un elemento perteneciente al fuero interno del agente, como afirman los demandantes, sino una conducta cometida con dolo especial, basado en misoginia u odio por la mera pertenencia de la víctima al sexo femenino. De igual forma, refiere que, si bien pueden existir dificultades probatorias para demostrar el dolo especial con que debió haber actuado el agente, esto no bastaría para afirmar que el tipo penal es indeterminado, como cree la impugnación. Por estas razones, para la Vista Fiscal, el cargo en mención no satisface los requisitos de certeza y suficiencia.

6.2.1.4. En relación con el cargo dirigido contra la expresión “por su condición de ser mujer”, la Sala observa que algunas de las objeciones que aducen los intervinientes se basan en ciertas afirmaciones contenidas en la demanda, evidentemente al margen, que no

hacen parte de la idea central que los actores defienden, ni inciden en la tesis que con claridad surge de su argumentación. Los representantes de Colombia Diversa subrayan que, según los demandantes, la norma impugnada no era necesaria, al existir previamente otra con idéntico ámbito de regulación.

De lo anterior se seguiría la supuesta falta de claridad del cargo, porque con la citada afirmación es también presentado el argumento de indeterminación de la norma, así como la falta de pertinencia, pues se trataría de un típico análisis de conveniencia de la disposición. La afirmación que resaltan los intervinientes, sin embargo, es una crítica ciertamente aislada de la impugnación, no fundamental ni imprescindible para el desarrollo del cargo, que tampoco altera su coherencia ni le añade la confusión que le atribuyen los intervinientes.

Los demandantes sostienen esencialmente que la expresión “por su condición de ser mujer”, de una de las modalidades de feminicidio, es indeterminada y no ofrece criterios para saber cuándo la conducta se comete por esa razón, de modo que no es claro el supuesto al que hace referencia y permite conocer cuándo la conducta es típica, todo lo cual sería contrario a los principios de tipicidad y de estricta legalidad penal. Esta idea surge con claridad de la construcción del cargo y la afirmación en que hacen énfasis los intervinientes no tiene la capacidad de desviar el objeto de la impugnación, como ellos lo creen. Para Sala, entonces, la acusación cumple el requisito de claridad.

El cargo, así mismo, es pertinente, pues, como se ha dicho, la demanda cuestiona la citada expresión, prevista en el artículo 2 de la Ley 1761 de 2015, no a partir de criterios de conveniencia, sino por su presunta incompatibilidad con el principio de estricta legalidad penal, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política. Satisface, también, las exigencias de especificidad y suficiencia, por cuanto, se estructura en orden a mostrar el presunto problema de inconstitucionalidad del fragmento demandado y los actores desarrollan elementalmente la impugnación en los términos indicados.

Por último, el cargo cumple el requisito de certeza, dado que, como resulta evidente de lo anterior, los demandantes parten de una interpretación razonable de la expresión impugnada. Afirman que el fragmento establece un ingrediente subjetivo, de índole motivacional, para la realización del delito, relativo a las razones con que debe actuar el

agente para privar de la vida a la mujer, sentido del fragmento que, como se advertirá en breve, resulta además acorde con el fin pretendido por el legislador al establecer la conducta punible en mención. La impugnación en examen, por lo tanto, cuenta con aptitud sustantiva para ser estudiada.

6.2.1.4. En lo que tienen que ver con el cargo contra dos agravantes del feminicidio, por violación al non bis in ídem, la conclusión es similar a la anterior. Para los representantes de la mencionada ONG, no cumple con los requisitos de pertenencia y suficiencia, pues, por un lado, se apela a hipótesis de aplicación de las normas discutidas y, por el otro, se limita a un análisis genérico de identidad entre las normas que supuestamente vulneran la garantía en mención, pero no tomarían en cuenta las premisas establecidas por la Corte para evaluar la confluencia en la causa entre las dos.

La Sala observa que, en oposición a lo indicado por los intervinientes, el cargo contra dos de las agravantes del feminicidio, por violación al non bis in ídem, cumple con los requisitos para ser estudiado. Según la demanda, esas dos agravantes sancionan dos conjuntos de circunstancias ya penalizados por dos formas de cometer el feminicidio. Los actores sostienen que en un caso habría exacta coincidencia entre la pareja de normas asemejadas, mientras que en el otro, la agravante comprendería, debido a su amplitud, la respectiva forma de feminicidio, todo lo cual se intenta sustentar mediante el test de triple identidad entre las normas comprometidas, fijado en la jurisprudencia de la Corte (identidad de objeto o especie fáctica regulada, de causa y de personas).

El cargo, a juicio de la Sala, satisface todos los requisitos para ser estudiado de fondo. Contiene una acusación y sustentación clara contra las circunstancias de agravación punitiva demandadas, por ser presuntamente contrarias a la prohibición constitucional de la doble incriminación. Cumple, del mismo modo, con las exigencias de especificidad y certeza puesto que, de un lado, se dirige a cuestionar concretamente dos agravantes del delito de feminicidio, en relación con una disposición constitucional y, del otro lado, para hacerlo, parte de una interpretación razonable de las normas cuestionadas y del principio constitucional que se considera vulnerado.

El cargo es pertinente debido a que, contrario a lo afirmado por los representantes de Colombia Diversa, los actores no solo no recurren a casos concretos para demostrar las

tesis que defienden, sino que impugnan las normas por su presunta contradicción, en el plano abstracto, con una disposición constitucional. Y, por último, cumple con el requisito de suficiencia, en cuanto, contiene un planteamiento elemental, que explica con razonable amplitud, la razón por la cual los enunciados normativos demandados serían contrarios a la Constitución, de modo que logra generar una duda mínima sobre su compatibilidad con el mandato superior invocado.

De esta manera, la Sala constata que la demanda en su integridad posee aptitud sustantiva para ser estudiada.

6.3. Problemas jurídicos y esquema de la decisión

Los demandantes acusan de inconstitucionales tres textos normativos:

(i) la expresión “por su condición de ser mujer”, contenida en el artículo 104A del Código Penal, que establece el delito de feminicidio en los siguientes términos: “[q]uien causare la muerte a una mujer, por su condición de ser mujer o por motivos de su identidad de género o en donde haya concurrido o antecedido cualquiera de las siguientes circunstancias, incurrirá en prisión de doscientos cincuenta (250) meses a quinientos (500) meses...” (énfasis fuera de texto).

(ii) la circunstancia de agravación punitiva del feminicidio, del literal a) del artículo 104B íbidem, que prevé: “[c]uando el autor tenga la calidad de servidor público y desarrolle la conducta punible aprovechándose de esta calidad” (énfasis fuera de texto), y

(iii) la expresión “7”, contenida en la circunstancia de agravación punitiva del feminicidio, del literal g), del artículo 104 íbidem, que señala: “... [p]or medio de las circunstancias de agravación punitiva descritas en los numerales 1, 3, 5, 6, «7» y 8 del artículo 104 de este Código”. La agravante para el homicidio simple prevista en el numeral 7 del artículo 104 del Código Penal cuya remisión se impugna indica: “7. Colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad o aprovechándose de esta situación” (énfasis fuera de texto).

6.3.1. De acuerdo con los actores, la expresión “por su condición de ser mujer”, como elemento del delito de feminicidio, es inconstitucional, fundamentalmente porque infringe el principio de estricta legalidad penal. Sostienen que la disposición es indeterminada, debido

a la dificultad para identificar cuándo ha tenido lugar el móvil al que se refiere. Argumentan que es empíricamente imposible comprobar esa motivación en el agente, la cual pertenece a su esfera personal, y que en la descripción típica tampoco hay elementos que permitan determinarla, por lo que la “valoración” de la conducta queda librada al ámbito subjetivo del juzgador.

Con excepción de los integrantes del Grupo de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Antioquia, quienes respaldan la inexequibilidad de la citada expresión con idénticos argumentos a los expuestos en la demanda, todos los intervinientes solicitan la declaratoria de su exequibilidad, en el caso de los representantes de las Facultades de Derecho de las Universidades Libre y Sergio Arboleda, con el condicionamiento de que hace referencia al homicidio por razones de género, por aversión a las mujeres o determinado por la subordinación y discriminación de que es objeto la víctima; y, en el caso del Procurador General, a que la muerte es ocasionada por la mera “condición sexuada de las mujeres como un atributo ontológico”.

Los demás intervinientes, si bien no consideran que la exequibilidad deba ser condicionada, sostienen en favor de la constitucionalidad del fragmento una interpretación similar a la de quienes consideran necesaria su modulación, que podría obtenerse a partir de elementos objetivos. Exponen que el delito de feminicidio surge en un marco social y cultural que coloca a las mujeres en situación de subordinación, marginalidad y discriminación y que el tipo penal constituye, de esta manera, una medida afirmativa para erradicar esa clase de violencia que, además, se ajusta a obligaciones internacionales adquiridas por el Estado.

En ese sentido, estiman que la expresión impugnada implica que el feminicidio se configura solo si la muerte se produce en un contexto de desigualdad y sometimiento de la víctima. El móvil se verificaría siempre que la privación de la vida de la mujer sea utilizada para perpetuar las condiciones de sujeción e inferioridad en que ha sido puesta, que suceda en medio de unas relaciones de sometimiento, intimidación, dominación y control de la víctima y/o sea el último de una serie de actos múltiples de violencia y discriminación.

El interviniente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal precisa que la dificultad que presenta la expresión “por su condición de ser mujer” no tiene ninguna relación con el principio de legalidad, pues, en su opinión, si así fuera también serían inconstitucionales

otras conductas que requieren un propósito especial, como el homicidio por piedad. Afirma que la citada expresión es un elemento subjetivo del tipo suficientemente claro, relativo a la motivación del agente, que puede ser probado y valorado dentro del proceso penal.

Por su parte, la representante de la Fiscalía General de la Nación coincide en que el problema del segmento acusado no es debido a una indeterminación, sino a las dificultades probatorias para demostrar que el agente actuó con ese ánimo. Este elemento, sin embargo, conforme a la jurisprudencia constitucional y a los antecedentes legislativos, supondría que la muerte ocurra en un contexto de relaciones inequitativas de poder, con manifestaciones de violencia extrema contra la mujer y motivada “en razones de género y de discriminación”.

Como se observa, el problema de constitucionalidad de la expresión “por su condición de ser mujer” surge en torno a si el móvil a que esta se refiere, como elemento indispensable para la configuración del feminicidio, puede ser efectivamente comprobado. Los demandantes en cierto momento afirman que el segmento es vago y ambiguo. No obstante, si se analiza con detenimiento, su argumento no está destinado a impugnar en realidad un problema de indeterminación lingüística de las palabras usadas por el legislador. No refieren que estas tengan varios significados (ambigüedad) ni que resulte incierto si, por su textura abierta, se aplican, no, en algunos casos (vaguedad). En cambio, insisten en la presunta dificultad para probar la circunstancia a la que hacen referencia.

Por otro lado, en su criterio, el problema anterior vulnera el principio de estricta legalidad. Quienes consideran que la expresión demandada es constitucional afirman que el móvil al que se refiere puede ser determinado a partir de circunstancias contextuales, de modo que no se produce la vulneración alegada. Por su parte, los intervinientes en representación del Instituto Colombiano de Derecho Procesal y de la Fiscalía General precisan que, al tratarse de un problema de tipo probatorio, no tiene relación alguna con el principio de legalidad.

En los anteriores términos, la Sala deberá resolver el problema jurídico de si la expresión “por su condición de ser mujer”, en tanto elemento motivacional de la conducta punible de feminicidio, vulnera el principio de estricta legalidad penal y, específicamente, de tipicidad.

6.3.2. Los demandantes acusan de inconstitucionales, como se indicó, dos enunciados por

violación al principio del non bis in ídem.

(i) Refieren que la circunstancia que agrava el feminicidio, consistente en que el autor “tenga la calidad de servidor público y desarrolle la conducta punible aprovechándose de esa calidad” ya está prevista en la modalidad de feminicidio ocasionada “en aprovechamiento de las relaciones de poder ejercidas sobre la mujer, expresado en la jerarquización personal, económica, sexual, militar, política o sociocultural”. Argumentan que la posición de un servidor público frente a cualquier individuo genera siempre una relación jerarquizada de poder, de ahí que las dos normas sancionan la misma situación de hecho.

De nuevo, salvo los intervinientes de la Universidad de Antioquia, quienes respaldan la demanda y los argumentos en su integridad, todos los intervinientes solicitan que la disposición sea declarada exequible. La mayoría considera que se trata solamente de un problema interpretativo, resoluble en los casos concretos. Según la Secretaría Distrital de la Mujer, en la práctica es posible que el servidor público cometa el delito sin aprovechamiento de su calidad y, de acuerdo con Colombia Diversa, puede ocurrir que una persona tenga la calidad de servidor público y se aproveche de ella para cometer el delito, sin haberse hallado en una posición de poder sobre la víctima.

Por otro lado, los intervinientes de la Fiscalía General, la Defensoría del Pueblo y las Universidades Libre, Externado e Industrial de Santander, así como el Procurador General de la Nación, destacan que la agravante tiene justificación, sentido y diferentes a los del tipo básico, cifrado en un mayor grado de reproche a los servidores públicos, debido a sus obligaciones legales y constitucionales y la confianza que la ciudadanía deposita en ellos por razón de su cargo y su papel social.

Así, el problema jurídico que debe ser resuelto es si la circunstancia de agravación punitiva del feminicidio, debida a que el agente tenga la calidad de servidor público y desarrolle la conducta punible aprovechándose de esta calidad, supone, de forma necesaria, la realización del delito en aprovechamiento de las relaciones de poder ejercidas sobre la mujer, expresado en la jerarquización personal, económica, sexual, militar, política o sociocultural y, por lo tanto, infringe el non bis in ídem.

(ii) De acuerdo con los demandantes, la agravante “en situación de indefensión o

inferioridad o aprovechándose de esta situación” es bastante amplia y puede comprender la modalidad de feminicidio consistente en que la muerte haya antecedido o concurrido con la privación a la víctima de la posibilidad de comunicarse o movilizarse libremente. En consecuencia, también por esta razón se infringiría el non bis in ídem.

Todos los intervinientes, a excepción de los miembros de la Universidad de Antioquia, solicitan la exequibilidad de la expresión que efectúa la remisión a la citada agravante, en el caso de la Universidad Industrial de Santander, bajo el entendido de que opera “siempre que no se haya incomunicado o privado de la libertad a la víctima”. Los representantes de la Secretaría Distrital de la Mujer, la Fiscalía General, la ONG Colombia Diversa y las Universidades Sergio Arboleda, Libre, y Externado de Colombia señalan que la agravante comprendería otros supuestos diferentes al tipo penal asemejado y que solo puede ser aplicada si no ha sido ya valorada como elemento constitutivo del tipo.

La mayoría, a su vez, insisten en que el cargo solamente pone en evidencia un problema interpretativo y probatorio en supuesto específicos y que al juez corresponde identificar cuál es la norma aplicable, de acuerdo con las circunstancias del caso concreto. Además, según los intervinientes de las Universidades Sergio Arboleda y Externado, la agravante compromete bienes jurídicos protegidos distintos a aquellos que amparan la forma básica de feminicidio.

En estos términos, la Corte deberá resolver el problema de si, debido a que el tipo de feminicidio cuando la mujer ha sido incomunicada o privada de su libertad de locomoción, cualquiera que sea el tiempo previo a la muerte de aquella es una forma de colocar a la víctima en situación de indefensión o inferioridad o aprovecharse de esta situación, esta última, como circunstancia agravación de agravación punitiva, supone una doble sanción que vulnera el principio del non bis in ídem.

6.3.3. Clarificados los tres problemas jurídicos que habrán de ser analizados, a fin de justificar su resolución, se procederá de la siguiente manera. Como se ha dejado señalado, el debate que plantea el primer cargo gira en torno a la presunta dificultad probatoria del móvil al que hace referencia la expresión “por su condición de ser mujer” y la supuesta afectación que de esto se sigue para el principio de estricta legalidad penal. Lo anterior hace necesario establecer, de manera previa, el sentido y alcance que asume dicha

expresión en el contexto general del delito de feminicidio (i).

Enseguida, la Sala reiterará su jurisprudencia sobre los principios de tipicidad (ii) y prohibición de doble incriminación (iii), como límites a la potestad de configuración del legislador en materia penal. Luego, contextualizará las condiciones culturales de la violencia y los tipos de violencia contra la mujer, a las que se ha referido la doctrina constitucional (iv), recordará los instrumentos internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia constitucional sobre prevención y sanción de este tipo de agresiones (v) y reiterará las características del delito de feminicidio, a partir de un enfoque de género (vi). Por último, llevará a cabo el análisis de constitucionalidad de las normas impugnadas (vii).

6.4. Fundamentos

i. Sentido y alcance de la expresión “por su condición de ser mujer” dentro del tipo penal de feminicidio

1. El artículo 104B del Código Penal establece: “Quien causare la muerte a una mujer, por su condición de ser mujer o por motivos de su identidad de género o en donde haya concurrido o antecedido cualquiera de las siguientes circunstancias, incurrirá en prisión (...)

2. La expresión subrayada, como ya se ha adelantó páginas atrás, es aquello que la dogmática jurídica denomina un elemento subjetivo del tipo penal. Algunos sostienen que los elementos subjetivos del tipo implican un dolo especial o calificado, mientras que otros señalan que son ingredientes de carácter subjetivo que, además del conocimiento y la voluntad de llevar a cabo el comportamiento, son requeridos para la realización del injusto[2]. Bajo una y otra conceptualización, lo cierto es que tales elementos exigen que el agente haya obrado con un propósito, motivación, móvil o impulso específico para que la conducta sea típica.

3. En términos generales, esos elementos subjetivos son utilizados por el legislador para crear un delito, una circunstancia de agravación punitiva, una modalidad calificada del injusto o para establecer tipos penales autónomos, respecto de otros semejantes. Correlativamente, permiten determinar si una conducta se subsume bajo la modalidad básica, agravada o calificada del delito o si se trata de uno u otro tipo penal. En sustancia,

dichos ingredientes sirven a los fines de distinguir y asignar consecuencias jurídicas diferentes a dos comportamientos que, desde el punto de vista externo o de los resultados ocasionados, son prácticamente iguales.

4. El propósito o la motivación del agente distingue, así, dos conductas idénticas y funda con frecuencia sanciones más rigurosas de una respecto de la otra. Esto no obedece, sin embargo, a que la ley sancione meros ánimos o pensamientos. Los tipos penales caracterizados por elementos subjetivos sancionan también conductas exteriorizadas y efectivamente violatorias de bienes jurídicos protegidos, pues este es el único uso del derecho penal constitucionalmente permitido[3]. Ocurre solo que el legislador, en algunos casos, estima que comportamientos antecedidos por ciertos propósitos o motivaciones implican una lesión más intensa al bien jurídico o comprometen otros intereses merecedores de protección penal.

5. En la disposición que se analiza, la expresión “por su condición de ser mujer” introduce un elemento subjetivo, consistente en la motivación que debe llevar al sujeto activo a privar de la vida a la mujer. Este ingrediente identifica el tipo de feminicidio, le otorga autonomía normativa y permite diferenciarlo particularmente del homicidio simple causado a una mujer. En ambos casos el resultado material es el mismo, pues se concreta en la supresión de la existencia del ser humano de ese género. Sin embargo, mientras que el homicidio simple de una mujer no requiere motivación alguna, el feminicidio sanciona la circunstancia de haberse finalizado con la vida de la víctima por su propia condición de mujer.

6. El móvil que lleva al agente a terminar con la existencia de la mujer comporta no solo a una trasgresión al bien jurídico de la vida, como sucede con el homicidio, sino, según la exposición de motivos de la ley que creó el delito, la lesión a la dignidad humana, la igualdad, la no discriminación y el libre desarrollo de la personalidad de las víctimas[4]. El legislador reprime y pretende desestimular la muerte de las mujeres con carácter discriminatorio y en tanto acto de sujeción y dominación, como más adelante se ilustrará in extenso. Por eso, aunque el resultado sea el mismo que en el homicidio, la privación de la vida en este caso adquiere connotaciones y significados negativos distintos y por ello legislador los sanciona también de manera diferente.

7. Ahora, en el artículo parcialmente demandado, el legislador señaló que comete

feminicidio quien cause la muerte a una mujer por su condición de ser mujer o por motivos de su identidad de género o en donde haya concurrido o antecedido cualquiera de las siguientes circunstancias...” y enseguida estableció seis conjuntos de circunstancias, dispuestas de los literales a) al f), que corresponden a diversos escenarios de comisión del injusto[5]. En la Sentencia C-297 de 2016[6], que examinó la constitucionalidad de las circunstancias previstas en el literal e), la Corte acogió la interpretación, según la cual, ese literal, así como los demás, deben, en todo caso, estar precedidos del elemento motivacional a que se ha venido haciendo referencia[7].

A partir de una lectura sistemática y teleológica del tipo penal y, en especial, de su finalidad[8], de la definición técnica de feminicidio[9] y los problemas de discriminación de la mujer en el acceso a la justicia[10], la Sala puso de manifiesto que las situaciones indicadas en los mencionados literales son elementos contextuales que contribuyen a revelar, a mostrar, el elemento subjetivo del tipo penal, pero que no lo reemplazan ni conllevan a que pueda prescindirse de él. En consecuencia, en cada uno de tales contextos descriptivos se requiere todavía mostrar que, efectivamente, la vida de la mujer fue suprimida “por su condición de ser mujer o por motivos de su identidad de género”, para que se realice el delito.

8. Dichos conjuntos de circunstancias implican, entonces, siempre el citado elemento subjetivo del tipo. La implicación en sentido contrario, en cambio, no se da, pues la condición de mujer de la víctima, como ingrediente motivacional del agente, da lugar al feminicidio no solo en las situaciones indicadas en los mencionados literales. El elemento subjetivo no se agota en las circunstancias expresadas en ellos. El delito consiste en ocasionar la muerte a una mujer por el hecho de serlo, lo cual puede ocurrir y ser inferido de una gran cantidad de contextos que, evidentemente, no correspondan con los expresados en los citados enunciados[11]. Por lo tanto, se comete feminicidio cuando se priva de la vida a la mujer en razón de su condición, ya sea en esas u otras situaciones.

9. En resumen, la expresión “por su condición de ser mujer” prevista en el delito de feminicidio es un elemento subjetivo del tipo, relacionado con la motivación que lleva al agente a privar de la vida a la mujer (i). Este ingrediente identifica y permite diferenciar el feminicidio del homicidio de una mujer, que no requiere de ningún móvil en particular (ii). En tanto motivación de la conducta, comporta no solo la lesión al bien jurídico de la vida,

como sucede con el homicidio, sino también una violación a la dignidad, la libertad y la igualdad de la mujer (iii). La causación de la muerte asume aquí el sentido de un acto de control y de sometimiento de contenido esencialmente discriminatorio (iv).

En la regulación del feminicidio el legislador estableció seis escenarios de comisión del delito que, en todo caso, requieren la verificación efectiva de la citada motivación del agente. Esto supone que cada uno de tales conjuntos de circunstancias implica ese ingrediente subjetivo (v). La motivación del agente, por el contrario, hace de la muerte de la mujer un feminicidio no solo en las situaciones indicadas en esos seis conjuntos de circunstancias sino en todos aquellos en que pueda ser inferido (vi).

ii. El principio de tipicidad, como límite a la potestad de configuración del legislador en materia penal

10. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, el legislador cuenta con la competencia para regular de manera detallada los diversos sectores del ordenamiento jurídico, a través de la expedición de Códigos y de la interpretación, reforma, derogación de sus disposiciones, conforme a los numerales 1 y 2 del artículo 150 de la Constitución Política.

11. En el ámbito del derecho penal, la Corte ha sostenido que, si bien el bloque de constitucionalidad no establece expresamente cuáles intereses jurídicos deben ser protegidos mediante este tipo de normas sancionatorias, por razón de la ostensible gravedad y de los derechos atacados, sí impone la criminalización de ciertas conductas[12], y debido a la disminuida lesividad o a la escasa fundamentalidad de los intereses conculcados, está proscrito el uso de los castigos penales frente a otras[13]. En medio de estos dos márgenes, el legislador dispone en principio de un amplio espectro de configuración normativa[14].

12. Al Congreso le asiste, por lo tanto, la potestad para definir los delitos, las modalidades de la conducta punible, las causales de agravación punitiva y calificación del comportamiento, las causales de ausencia de responsabilidad, los modos de participación, los ingredientes objetivos y subjetivos de cada tipo penal, la naturaleza y la cantidad de pena y, en general, la posibilidad de emplear las más variadas técnicas legislativas propias de este ámbito de regulación, para prevenir y sancionar las conductas que considere merecedoras de control penal.

13. Pese a lo anterior, debido al efecto impregnación de los mandatos constitucionales en el derecho penal y a la introducción de principios en la Carta que condicionan y delimitan su utilización, el legislador no posee una potestad y absoluta en este campo. La Corte ha recalcado que su ejercicio se somete a dos criterios fundamentales que están en la base de un derecho penal constitucionalmente justificado. Por un lado, el castigo oficial solo puede ser utilizado para la defensa, protección y garantía de bienes jurídicos esencialmente ligados, de manera directa o indirecta, a los derechos fundamentales y, por el otro, su uso no puede, correlativamente, invadir la dignidad humana ni restringir irrazonablemente los derechos fundamentales[15].

14. De lo anterior se siguen básicamente un conjunto de límites y vínculos para el uso del derecho penal. Principalmente, al legislador le está expresamente proscrita la imposición de penas de muerte (art. 11 C. P.), destierro, prisión perpetua o confiscación (art. 34 C. P.), así como someter a cualquier persona a torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 12 C. P.). Del mismo modo, en virtud de los principios de igualdad (art. 13 C. P.) y de dignidad humana (art. 1 C. P.), la graduación de las penas[16] y la criminalización de las conductas están sujetas a los criterios de idoneidad, razonabilidad y proporcionalidad, esto es, a la denominada prohibición de exceso en materia penal[17].

15. De igual manera, conforme al artículo 29 C. P., la producción normativa de carácter penal está sujeta a la prohibición de doble incriminación y al principio de legalidad, el cual, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional implica (i) que su elaboración es competencia exclusiva del Congreso de la República (reserva de ley material); (ii) la prohibición de la analogía; (iii) la prohibición del derecho consuetudinario para fundamentar y agravar la pena; (iv) la prohibición de la retroactividad; (v) la prohibición delitos y penas indeterminados; (vi) el principio de lesividad del acto; (vii) el principio de la necesidad de tipificar un comportamiento como delito y (viii) el derecho penal de acto (no de autor)[18].

16. Específicamente, la prohibición de delitos y penas indeterminados es traducida en el principio de taxatividad o tipicidad, el cual impone al legislador la redacción de descripciones típicas claras, específicas, precisas e inequívocas. Con arreglo a este mandato, son inadmisibles supuestos de hecho y penas imponibles inciertos[19] y se exige que el significado de los predicados, los verbos rectores y expresiones en general,

empleados por el legislador en la estructuración de las conductas punibles, sean determinados o determinables por el intérprete.

17. Por lo anterior, tipos penales en blanco, entendidos como aquellos que hacen remisión a otros textos normativos extrapenales para la completa conformación del supuesto de hecho[20], solo son admitidos si la remisión es precisa y permite determinar inequívocamente la conducta penalizada[21] y, de otra parte, la norma objeto de remisión existe al momento de la integración definitiva del tipo[22], es determinada, de público conocimiento y respeta los derechos fundamentales[23]. Por otra parte, tipos penal abiertos, que demandan la adscripción de significado a ciertas palabras o expresiones especialmente amplias utilizadas por el legislador[24], solo son ajustados a la Constitución si esta indeterminación está justificada, es moderada y existen referencias que permitan precisar su contenido y alcance.

18. En similar sentido, según la jurisprudencia, dado que la vaguedad y la ambigüedad son defectos consustanciales y prácticamente ineliminables del lenguaje natural, del que hace uso también el legislador, tipos penales a los que sean atribuibles tales problemas pueden ser considerados compatibles con el principio de taxatividad únicamente si, con fundamento en una interpretación razonable y a partir de referentes objetivos y verificables, es posible trazar una frontera que divida con suficiente claridad el comportamiento lícito del ilícito[25].

19. Recapitulando, entonces, si bien el legislador, fuera de su mandato general de emplear el castigo solo para reprimir conductas ostensiblemente dañosas, dispone de un importante espacio de configuración normativa, el ejercicio de su potestad en materia penal está constitucionalmente condicionado (i). Al Congreso le está vedada expresamente por el Constituyente la imposición de algunos tipos de penas (artículos 11, 34, 12 C. P.) (i.i), en virtud de los principios de igualdad y dignidad humana, la creación de delitos y sanciones con infracción de la prohibición de exceso (i.ii), y la consagración de tipos penales que desconozcan los principios del non bis in ídem y de legalidad en alguna de sus manifestaciones (i.iii).

En el establecimiento de tipos penales y de sus correspondientes sanciones, el legislador está vinculado al respeto del principio de tipicidad, de modo que la redacción de cada figura

debe ser clara, precisa e inequívoca, pues ello garantiza la libertad y el debido proceso (ii). En virtud de estos mandatos, están proscritos los supuestos de hecho punibles, en todos sus elementos, así como las consecuencias jurídicas indeterminadas e imposibles de determinar con razonable certeza (iii).

Por lo anterior, los tipos penales en blanco solo son admitidos si la remisión que hacen a otras normas permite determinar la conducta penalizada y si la norma objeto de remisión existe al momento de la necesaria integración del tipo, es determinada, de público conocimiento y respeta los derechos fundamentales (iv). Así mismo, la validez constitucional de los tipos abiertos está sujeta a que el margen de indeterminación sea moderado y a la disponibilidad de referentes para precisar su contenido y alcance (v). Y, en general, la vaguedad y ambigüedad de las normas penales resulta admisible, conforme a la garantía bajo análisis, solo si elementos objetivos habilitan de alguna manera distinguir lo prohibido de aquello que no lo está (v).

iii. La prohibición de la doble incriminación, como límite a la potestad de configuración del legislador en materia penal

20. Como se enunció en la sección anterior, otro de los límites al ejercicio de la potestad de configuración normativa del legislador en materia penal está dado por el principio del non bis in ídem. Según el artículo 29 de la Constitución, toda persona tiene derecho, entre otras garantías, a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho, lo que se traduce en la prohibición general de sancionar doblemente la misma conducta del agente.

21. En el plano más general, una doble incriminación tiene lugar porque el derecho penal, en abstracto, incrimina dos veces el mismo acto o porque, sin hacerlo, los órganos de investigación y juzgamiento utilizan las mismas normas para someter al ciudadano, en dos ocasiones, a la acción penal o a la pena. La lesión a la garantía puede provenir entonces del derecho penal propiamente dicho o del uso oficial del derecho penal, de modo que el non bis in ídem comporta un límite general en realidad doble, de carácter sustantivo y procesal. De esta distinción se derivan varias manifestaciones específicas del principio, en cada uno de tales ámbitos. Conforme a una primera manifestación, la Corte ha afirmado que el fin del non bis in ídem es:

22. Según lo anterior, el derecho de sancionar permite al Estado, con arreglo al debido proceso, imponer consecuencias jurídicas de carácter penal a quien es hallado responsable de un delito, pero, una vez la decisión judicial ha quedado en firme, no es posible “retomar... ese hecho para someterlo a una nueva valoración y decisión”[27]. En este sentido, el non bis in ídem proporciona al ciudadano la certeza de que se ha hecho justicia material y el debate concluido no puede ser reabierto ni la responsabilidad nuevamente discutida[28]. De ahí que se diga que es una garantía de seguridad jurídica y una afirmación de la justicia material[29].

23. La anterior manifestación del principio en examen es de estirpe procesal, pues implica que el sistema penal y los trámites no pueden ser puestos en movimiento por segunda vez con la pretensión de remover la cosa juzgada. Es, podría afirmarse, la forma del non bis in ídem por antonomasia. Hay, sin embargo, otras manifestaciones también de tipo procesal emparentadas con la anterior. Toda persona tiene derecho, también, a no ser investigada, perseguida penalmente dos veces por el mismo hecho, incluso si no existe sentencia ejecutoriada en ninguna de las dos actuaciones. Y, así mismo, una vez individualizada la pena, nadie puede ser penado una vez más por el mismo acto[30].

24. Una doble incriminación, como se ha dicho, también puede provenir del derecho penal en abstracto, es decir, de la producción normativa del legislador. En la Sentencia C-121 de 2012, la Corte indicó:

la jurisprudencia ha reconocido al principio del non bis in ídem un espectro mayor, al admitir que no es solo una prohibición dirigida a las autoridades judiciales con el fin de impedir que una persona ya juzgada y sentenciada, vuelva a ser investigada y/o juzgada por la misma conducta. Ha dicho que es también un derecho fundamental que el legislador debe respetar. De manera que una norma legal viola este derecho cuando permite que una persona sea objeto de múltiples sanciones, o juicios sucesivos, por los mismos hechos, ante una misma jurisdicción.

Según lo indicado, el non bis in ídem implica la prohibición para el legislador de imputar dos sanciones penales a una misma circunstancia o acto[31]. Si una pena es empleada por el Estado para disuadir y prevenir cierto comportamiento violatorio de un bien jurídico

específico, le está impedido al legislador valorar una vez más esa conducta, por violación al mismo interés jurídico, para asignarle otra consecuencia de la misma naturaleza. La persona no puede ser sometida a dos sanciones por las mismas circunstancias de hecho, su acto no puede ser evaluado y desvalorado penalmente en dos oportunidades y ante la misma jurisdicción.

25. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que en el ordenamiento, una conducta puede tener diversas connotaciones jurídicas, dentro del mismo o en diferentes ámbitos de regulación. Esto quiere decir que un solo acto puede ser trascendente para varios tipos de normas, distintas entre sí, que protegen intereses o tienen propósitos también diversos. En estos casos, esa dualidad o multiplicidad de consecuencias jurídicas, imputadas al mismo comportamiento, no es incompatible con el non bis in ídem.

A este respecto, la Corte ha afirmado que la prohibición de doble incriminación no excluye que un mismo comportamiento pueda dar lugar a diversas investigaciones y sanciones, siempre que tengan distintos fundamentos normativos y finalidades. Por esto, según la jurisprudencia constitucional, el principio en cuestión proscrib, más exactamente, dos sanciones para el mismo hecho, cuando existe identidad de causa, de objeto e identidad en la persona a la cual se le hace la imputación[32].

En la Sentencia C-244 de 1996[33], la Corte precisó que la identidad de la persona significa que el sujeto físico incriminado en las dos actuaciones sea el mismo; la identidad de objeto, hace referencia a la igualdad en los supuestos de hecho sobre los cuales se aplica la sanción y la identidad de causa se refiere a que el motivo que da lugar a la iniciación del proceso sea idéntico en ambos casos. Así, solo si se verifica esta triple identidad y la sanción penal se imputa en ambos casos habrá tenido lugar un desconocimiento de la prohibición de doble incriminación[34].

26. Por lo común, los casos que generan mayores dudas acerca de si ha tenido, o no, lugar la violación al principio del non bis in ídem están asociados a la identidad de causa entre los supuestos. Sin embargo, la Corte ha precisado que existen múltiples razones por las cuales puede no darse este requisito. En este sentido, ha indicado que la causa de los juzgamientos concurrentes es distinguible cuando difieren la naturaleza jurídica de las

sanciones[35], su finalidad[36], el bien jurídico protegido[37], la norma que se confronta con el comportamiento sancionable[38] o la jurisdicción que impone la sanción[39].

27. En suma, el principio del non bis in ídem supone un límite a la libertad de configuración legislativa en materia penal (i). La lesión a esta garantía puede provenir del derecho penal en abstracto o del uso oficial del derecho penal, por lo cual, la prohibición de doble incriminación adquiere una dimensión sustantiva y procesal (ii). Se vulnera dicha garantía, así, si la persona es sometida a un nuevo juzgamiento por la misma conducta o circunstancia de hecho, luego de una sentencia en firme, (ii.i) si se adelantan dos investigaciones criminales en su contra, por la misma conducta o supuesto fáctico o (ii.ii) si, una vez dentro del proceso es individualizada la pena, es sancionado una vez más por el mismo hecho o situación fáctica (ii.iii).

A su vez, en el ámbito sustantivo, el legislador menoscaba el principio de la doble incriminación si imputa dos sanciones penales a una misma circunstancia o acto, es decir, si los valora, bajo cualquier figura típica, y les atribuye dos penas diferentes (iii). Al interior del ordenamiento o de un mismo ámbito de regulación, un solo acto puede ser trascendente para varios tipos de normas, distintas entre sí, que protegen intereses diferentes o tienen diversa razón de ser, lo cual es compatible con el non bis in ídem (iv). En consecuencia, solo se desconoce la prohibición de doble incriminación cuando los dos supuestos en los que se manifiesta la sanción guardan identidad de causa, objeto y persona imputada (v).

iv. Condiciones culturales de la violencia contra la mujer y tipos de violencia

28. La violencia contra la mujer, como problema estructural, surge en unas precisas condiciones sociales y culturales. Como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, es el producto de prejuicios y estereotipos de género[40], asociados al lugar que la mujer ha cumplido en la sociedad a través del tiempo[41]. Los estereotipos acerca del papel y la situación de la mujer, debido a su carácter subordinante y a sus connotaciones excluyentes, han tenido históricamente un fuerte efecto discriminatorio, del cual se han seguido, a su vez, las prácticas de violencia contra la mujer.

29. Mientras que el hombre era distinguido por su presunta independencia, racionalidad, capacidad para la adopción de importantes decisiones, asunción de grandes responsabilidades y el trabajo fuera de casa, la mujer era identificada por su supuesta

debilidad, dependencia y una exclusiva aptitud de madre, cuidadora y ama de casa[42]. Estas preconcepciones, estereotipos y, en general, asignación de identidades de marcada impronta asimétrica en perjuicio de la mujer dieron lugar a prácticas inicialmente familiares, y luego sociales, públicas, institucionales y legales de profundo acento discriminatorio.

En el hogar, la mujer fue etiquetada con la función reproductiva, las labores de limpieza y la crianza de los descendientes[43]. No era reconocida como un eje de la familia, no tomaba parte de las decisiones trascendentales de la pareja, tampoco sobre la educación, el futuro y el quehacer de los hijos, sobre su propio futuro, ni en relación con el manejo y la administración del dinero y de los bienes. Su sexualidad y la de la pareja, la decisión de concebir hijos, el número, el momento y el intervalo de concepción entre uno y otro eran cuestiones también reservadas con exclusividad al hombre.

En la esfera personal, el hombre decidía sobre cuestiones individuales de la mujer como, por ejemplo, su modo de vestir, sus modales y modo de comportarse en público y en privado, sus amistades y tiempos para frecuentarlas y definía la manera y oportunidad para que ella alterara sus oficios y tareas domésticos con las visitas y relación con sus padres y familiares.

A nivel social, dada la situación en el contexto doméstico, la mujer era reconocida como económicamente dependiente, sin autonomía para asumir obligaciones financieras y sin capacidad para hacerse cargo de responsabilidades diferentes a las del hogar. Se le excluía en buena medida de participar del mercado laboral, lo que aseguraba su dependencia económica, y en particular se le impedía desempeñar determinados oficios y ocupar específicos puestos de trabajo, asociados a la fuerza física o a altas responsabilidades. Mucho menos se le permitía la formación académica y profesional[44] o incursionar en el campo de las ciencias.

En el espacio público e institucional, a la mujer se le cerraban las puertas al ejercicio de cargos y funciones oficiales, en particular, de índole directiva. Así mismo, se le excluía de participar en el debate político del país y en el manejo del poder en las instituciones del gobierno, así como de tomar parte de la vida pública y de la discusión sobre los problemas relevantes de la nación[45].

El campo legal no solo reflejó con nitidez estereotipos de género y fue un espacio más de

discriminación, sino que se convirtió en un poderoso escenario de reproducción, legitimación y garantía de continuación del sometimiento que experimentaba la mujer en los demás ámbitos. Las normas del derecho civil les obligaba a adoptar el apellido del cónyuge, con la adición al suyo de la partícula “de” como símbolo de pertenencia. Solo podían ejercer la patria potestad en caso de que faltara el esposo y se les equiparaba a los menores en la administración de sus bienes y el ejercicio de sus derechos, pues estaban sujetas a la potestad marital, que eran las atribuciones concedidas al esposo sobre la persona y bienes de la mujer[46].

Las reglas civiles establecían que el “marido” tenía derecho a obligar a “su mujer” a vivir con él y seguirlo a donde trasladara su residencia, mientras la mujer solo tenía derecho a que el hombre la recibiera en su casa. Así mismo, el “marido” debía “protección” a la mujer, al paso que la mujer debía obediencia al “marido” [47]. En lo laboral, la posibilidad de trabajar de toda mujer casada se encontraba sometida a la autorización del marido. Por otra parte, la mujer no alcanzó el estatus de ciudadana sino en 1945 y tuvo restringidos sus derechos políticos hasta comienzos de los años cincuenta[48].

30. Como se observa con claridad, los estereotipos de género han dado lugar a condiciones históricas de discriminación contra la mujer en varias facetas, las cuales solo hace pocas décadas y de manera muy paulatina han comenzado a ser modificadas, en especial, a partir del derecho, de las políticas públicas y de prácticas culturales orientadas a ese fin. Pese a esto y a la igualdad formal de género, la Corte ha reconocido que se trata de una realidad cultural de carácter estructural, aún hoy extendida, que persiste con especial fuerza en algunos ámbitos y bajo ciertas condiciones socioeconómicas[49].

31. La discriminación contra la mujer es, por otro lado, una de las más insidiosas formas de exclusión y segregación, pues, a diferencia de otras, originadas también en prejuicios, es ciertamente silenciosa, en la medida en que las condiciones y estereotipos que la hacen posible están de tal manera extendidos en los ámbitos público y privado, que inhiben la capacidad de rechazo de la sociedad o, por lo menos, en la misma intensidad con que se manifiesta contra inequidades que afectan otros grupos, lo que, además, favorece su continuidad.

Aunado a lo anterior, en ciertos casos en que el fenómeno experimenta especial rigor,

particularmente en el hogar, la discriminación tiende a ser normalizada por la mujer que sufre sus efectos, de manera que la percepción del daño es sustancialmente disminuida y esta circunstancia se convierte en el primer obstáculo para que la situación escape del ámbito doméstico y sea identificada como un auténtico problema de violación de derechos fundamentales.

32. Ahora, la discriminación a la que es sometida la mujer como consecuencia de los arraigados estereotipos de género, ha dicho la Corte, conduce a presunciones sobre ella, “como que es propiedad del hombre, lo que, a su vez, puede desencadenar prohibiciones de conducta y violencia física y psicológica”[50]. Más específicamente, en la familia, pero también en otros espacios, si la mujer desconoce los estereotipos que le han sido forzosamente asignados o asume comportamientos incompatibles con los esperados de su estado generalizado de sujeción, esto puede generar repercusiones negativas como el rechazo y las agresiones a su integridad física, moral y sexual[51].

Cuando lo anterior ocurre, es decir, en los eventos en que los desajustes de un modelo de discriminación estable propiciados por la mujer se intentan corregir mediante el maltrato, la violencia es un acto propio de una relación de subordinación y, además, un acto de control que busca asegurar la continuidad de esas condiciones de subordinación. En este sentido, las agresiones de género que afectan la mujer asumen una doble función: por un lado, son acciones típicamente discriminatorias, en tanto facilitadas y llevadas a cabo en unas especiales circunstancias de sujeción y, por el otro, constituyen una práctica instrumental a la intención de perpetuar ese estado de dominación y las circunstancias de discriminación a las que la víctima se halla sujeta[52].

La violencia de género, en los anteriores términos, no se identifica con conductas aisladas de maltrato, sino que tiene carácter estructural, en tanto se desenvuelve y forma un todo coherente con el sometimiento que experimenta la afectada. “Pretende preservar una escala de valores y darle un carácter de normalidad a un orden social establecido históricamente, por lo cual, las agresiones deben ser analizadas como sucesos que contribuyen a conservar la desigualdad”[53].

33. La violencia contra la mujer se manifiesta en todos aquellos actos, basados en la identidad de género, que tienen, efectiva o potencialmente, como resultado la muerte,

daño, afectación o sufrimiento para ella, así como las amenazas de causación de tales resultados, tanto en el ámbito público, como en el privado[54]. Debido a la extendida presencia y a las diversas connotaciones que adopta la discriminación de género, esta clase de violencia asume también diferentes modalidades.

En general, puede hablarse de violencia contra la mujer, de tipo físico, sexual, psicológico y económico. Se ejerce violencia física en todos aquellos casos en que intencionalmente se provoca, o se realizan actos con la capacidad para provocar la muerte, daños o lesiones físicas. Implica riesgo o disminución efectiva de la integridad corporal. Al constituir una forma de humillación, esta clase de violencia normalmente da lugar también a maltrato de tipo psicológico[55].

La violencia sexual implica determinar a la mujer a prácticas o a mantener contacto sexualizado, físico o verbal, o a participar en otras interacciones sexuales mediante el uso de fuerza, intimidación, coerción, chantaje, soborno, manipulación, amenaza o cualquier otro mecanismo que anule o limite la voluntad personal, ya sea con el agresor o con terceras personas. Las consecuencias pueden acarrear daños físicos, pero también psicológicos de gravedad variable[56].

La violencia psicológica se produce cuando el atacante produce en la víctima creencias, opiniones y sentimientos de desvalorización, de inferioridad sobre sí misma y baja autoestima. Se agrede mediante manipulación, burlas, ridiculización, amenazas, chantaje, acoso, humillación, menosprecio, control, celos o insultos, reprimendas o expresiones de enfado[57]. Además de una gran variedad de actos, es frecuente el uso del lenguaje verbal y no verbal vulgarizado, de contenido peyorativo y despectivo, acompañado en ocasiones de lanzamiento brusco de objetos, con ánimo intimidatorio, y destrucción de efectos simbólicamente importantes para la víctima.

La violencia económica, propia del ámbito doméstico, se produce cuando, en perjuicio de la mujer, el hombre administra con exclusividad los recursos económicos del hogar, independientemente de si ella concurre con él a su aporte o asume sola toda la carga económica. El hombre decide unilateralmente cómo y en qué se gastan, le provee algo de dinero, pero con la destinación que él mismo determina, vigila su gasto, la obliga a informar sobre su uso y reduce aquello que le proporciona, de modo que en ocasiones ella no cuenta

con lo suficiente para satisfacer sus necesidades básicas. En general, este tipo de violencia priva a la mujer de los ingresos de los cuales depende su subsistencia digna y la pone en situación de desigualdad[58].

34. Si bien la gran mayoría de las manifestaciones de violencia contra la mujer ocurren en los espacios familiares, con excepción de la violencia económica, todas las demás formas se presentan también en otros ámbitos. En contextos laborales, entre compañeros de trabajo o de empleadores o jefes hacia trabajadoras, la violencia psicológica y sexual es común y en algunas situaciones también las agresiones de tipo físico. Entre compañeros de estudio, en la escuela o la universidad son igualmente constatables. Pero también se presentan de forma recurrente en las vías, en el transporte, en establecimientos y espacio abiertos de uso público.

35. En síntesis, la violencia de género contra la mujer surge en medio de unas precisas condiciones sociales y culturales (i). Los estereotipos acerca del lugar, el papel y la situación de las mujeres en la sociedad han tenido históricamente un fuerte efecto discriminatorio, del cual se han seguido prácticas de violencia en su contra (ii). Los estereotipos asignados a la mujer, ligados fundamentalmente a su supuesta dependencia, sumisión y a su exclusiva aptitud de madre, cuidadora y ama de casa, han dado lugar a prácticas, inicialmente privadas, y luego sociales, públicas, institucionales y legales excluyentes y de profundo acento discriminatorio (iii).

El sistema legal no solo retrató estereotipos de género, sino que reprodujo legitimó y garantizó la discriminación que experimentaba la mujer en las demás esferas (iv). La discriminación contra la mujer es una de las más insidiosas formas de segregación (v) debido, por una parte, a su discreción, derivada del hecho de que las extendidas condiciones que la favorecen neutralizan las posibilidades de rechazo social (v.i), y por otra parte, a que, particularmente en los ámbitos domésticos, tiende a ser normalizada por la víctima, lo que impide su conocimiento público e identificación como una auténtica violación de derechos fundamentales (v.ii).

Cuando la mujer desconoce los estereotipos que le han sido asignados o asume comportamientos incompatibles con lo que se espera de su estado generalizado de sujeción, esto trae como efecto prácticas de violencia de género (vi). La violencia de

género, por esta razón, es un acto típicamente discriminatorio y, al mismo tiempo, busca asegurar la continuidad de esas condiciones de discriminación (vii). Los actos de violencia, así, no tienen sentido aisladamente consideradas sino que tienen un carácter estructural y coherente con otras prácticas sociales discriminatorias (viii)

La violencia de género puede ser física, sexual, psicológica y económica (ix). La violencia física provoca la muerte o lesiones corporales (ix.i); la de tipo sexual determina a la víctima a contactos sexualizados, físicos o verbales, mediante cualquier modo que anula o limita su libertad (ix.ii); la de índole psicológica produce en la víctima creencias y sentimientos de desvalorización y baja autoestima, frecuentemente mediante el lenguaje verbal y no verbal peyorativo y otros actos que la afectan emocionalmente (ix.iii), y la violencia económica priva a la víctima básicamente de sus ingresos necesarios para sobrevivir (ix.iv). Por último, estas formas de violencia se manifiestan no solo en el ámbito privado, sino también laboral, escolar y en espacios públicos (x).

v. Bloque de constitucionalidad y subreglas construidas por la Corte alrededor de la prevención, sanción y erradicación de la violencia contra la mujer

36. Desde el momento en que la violencia contra la mujer, de originarias manifestaciones domésticas, deja de ser un asunto privado y es identificado como un problema que implica la infracción de sus derechos fundamentales por razones de género, surgen una serie de obligaciones públicas para el Estado[59], en orden a contrarrestar tales violaciones[60].

37. En el bloque de constitucionalidad, el deber de prevención, sanción y erradicación de la violencia contra la mujer ha sido prevista mediante dos conjuntos de estándares[61]: de un lado, disposiciones de carácter genérico[62], que reconocen no solo a la mujer, sino a toda persona el derecho a la dignidad humana, a la igualdad, a la vida, a la integridad personal y a no ser sometida a tratos crueles, inhumanos y degradantes[63]; y del otro, mandatos, especialmente en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, cuyo punto de partida es la constatación de condiciones materiales de violencia que afectan particularmente a la mujer, los cuales obligan al Estado a propender por la desaparición de esta forma de discriminación.

38. La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), adoptada en 1979[64], establece que la discriminación contra ella se

produce en todos los eventos en los cuales se distingue, excluye o restringe con base en el “sexo” y, de esta manera, se menoscaba o anula el reconocimiento o ejercicio por la mujer de sus derechos, en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra (art. 1)[65].

El artículo 2 de la Convención establece, entre otros compromisos para los Estados, la adopción de prohibiciones contra la discriminación hacia la mujer, acompañadas de correspondientes sanciones. Por otro lado, en la Recomendación General N° 19, denominada “La violencia contra la Mujer”, del Comité creado por la Convención para el examen y vigilancia de los progresos realizados en su aplicación (art. 17), se precisa que la violencia contra la mujer, que menoscaba o anula sus derechos, constituye una práctica discriminatoria.

En la Recomendación, el Comité también observó que la subordinación de la mujer o la atribución de funciones estereotipadas perpetúan la difusión de prácticas que entrañan violencia o coacción, como la violencia y los malos tratos en la familia, los matrimonios forzosos, el asesinato por dotes insuficientes, los ataques con ácido y la circuncisión femenina. Esos prejuicios y prácticas, agregó, pueden llegar a justificar la violencia contra la mujer como una forma de protección o dominación.

En concreto, el Comité recomendó a los Estados adoptar medidas apropiadas y eficaces para combatir todo tipo de violencia basada en el sexo, ejercida mediante actos públicos o privados, y velar para que la legislación emitida con ese fin proteja efectivamente a todas las mujeres y respete su integridad y dignidad. Así mismo, prever procedimientos legales eficaces para la protección de la mujer, como denuncias, sanciones penales, recursos civiles, formas de reparación e indemnización, con el objeto de defenderla de todo tipo de violencia, incluidas las agresiones en la familia, el ataque sexual y el hostigamiento sexual en el lugar de trabajo[66].

Sobre lo anterior, es relevante recordar que, según el Comité, en virtud del inciso e) del artículo 2 de la Convención, los Estados tienen el compromiso de adoptar todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer, practicada por cualquier persona, organizaciones o empresas, y que pueden ser responsables de actos privados si no

adoptan medidas con la diligencia debida, para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia y garantizar indemnizaciones a favor de ella.

39. Por su parte, la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, de 1993, definió como “actos de violencia contra la mujer” todos aquellos basados en la pertenencia al “sexo femenino” de la víctima, que ocasionen o tengan la potencialidad de ocasionarle daño o sufrimiento físicos, sexuales o psicológicos, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto en el ámbito público como privado (art. 1). La violencia, indica el artículo 2, puede ser física, sexual y psicológica y producirse en medio de contextos familiares, comunitarios o ser perpetrada o tolerada por el Estado.

La Declaración establece, así mismo, que las mujeres tiene derecho a la vida, a la igualdad, la libertad y la seguridad personal, al mayor grado de salud física y mental que pueda alcanzar, a no ser sometidas a tortura, ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, a verse libres de toda forma de discriminación y a igual protección ante la ley (art. 3). Como consecuencia, según el artículo 4, los Estados están obligados a aplicar una política encaminada a eliminar la violencia contra la mujer, para lo cual deberán, entre otras acciones, considerar la posibilidad de ratificar la CEDAW, de adherirse a ella, de no haberlo hecho, o de retirar sus reservas, en caso de haberlas formulado.

Además de lo anterior, no solo deben abstenerse de ejecutar actos de violencia sino, así mismo, en la medida en que lo exige la diligencia debida, prevenir, investigar y castigar todo acto de violencia contra la mujer, ya sea perpetrado por el Estado o por particulares; fijar normas penales, civiles, laborales y administrativas, para sancionar y reparar los agravios infligidos a las mujeres que sean objeto de violencia, además de otorgarles la posibilidad de un resarcimiento justo y eficaz por el daño padecido.

40. En articulación con los dos anteriores instrumentos, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como “Convención de Belém do Pará”[67], considera “violencia contra la mujer”, cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado (art. 1), ya sea en la familia o unidad doméstica, en lugares de trabajo, instituciones educativas o establecimientos de salud, sin

importar de quien provenga, incluidos agentes del Estado (art. 2).

La Convención establece que toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia y a que se le respeten, entre otros, sus derechos a la vida, integridad física, psíquica y moral, a la dignidad, igualdad, libertad y seguridad personales, a no ser sometida a torturas y a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos (art. 4). El artículo 7 impone, así como la Convención y la Declaración citados, la obligación a los Estados de actuar con la debida diligencia para prevenir y sancionar la violencia contra la mujer; crear normas penales, civiles y administrativas con el fin de prevenir, sancionar y erradicar las agresiones, y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso.

De la misma manera, prescribe que los Estados deben fijar procedimientos legales justos y eficaces a favor de la mujer sometida a violencia, que incluyan, entre otras, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos, además de mecanismos judiciales y administrativos necesarios para garantizar que la mujer objeto de tales agresiones reciba resarcimientos, reparación del daño u otros medios de compensación.

41. Los referidos instrumentos internacionales, según ha sido reiterado por la Corte[68], en tanto consagran derechos humanos no susceptibles de suspensión en estados de excepción, hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, en virtud del artículo 93 C.P., de manera que no solo obligan al Estado colombiano y generan deberes del tipo indicado en precedencia, sino que constituyen parámetro de control constitucional.

El Estado también ha adquirido otros compromisos internacionales vinculados a la erradicación de la discriminación y la violencia, aunque no hacen parte del bloque de constitucionalidad, tales como la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing (1995), la Declaración y Programa de Acción de Viena; la Resolución 1325 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, adoptada el 31 de octubre de 2000, y el Protocolo para Prevenir, Reprimir y sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños[69].

42. Además de lo anterior, tanto en el ejercicio del control constitucional, como en decisiones de tutela, la Corte ha hecho uso del marco normativo descrito y, particularmente, ha adoptado un enfoque diferencial de género para analizar y adoptar

decisiones vinculadas a los problemas de violencia contra la mujer. De este modo, ha venido construyendo un conjunto de subreglas jurisprudenciales, correspondientes a diversos contextos de manifestación y modalidades de esa violencia. Derivadas de los principales pronunciamientos, resulta relevante hacer mención a las siguientes.

La Corporación ha afirmado que, en el contexto del conflicto armado interno colombiano, las mujeres y, en especial, las pertenecientes a comunidades indígenas y afrodescendientes, han sido victimizadas de manera diferencial y agudizada. Además de muchos otros daños y afectaciones, ha puesto de manifiesto que, por razón de su identidad de género, han sido vulneradas y expuestas a riesgos de violencia y explotación sexual y violencia física.

De este modo, ha sostenido que el conflicto ha tenido un impacto especial sobre ellas y tiende a profundizar siempre la discriminación, exclusión y violencia de género preexistentes[70]. Como consecuencia, la Sala ha indicado que a la luz del deber de diligencia, el Estado se halla obligado a prevenir la violencia sexual en el marco del conflicto armado interno y el desplazamiento forzado por la violencia, atender y proteger a las víctimas y garantizar la investigación, el enjuiciamiento y la sanción de los responsables[71].

En el mismo contexto, ha señalado que las mujeres defensoras de derechos humanos, las líderes sociales y sindicales, representantes de organizaciones políticas, cívicas y comunitarias, están aún más expuestas y son vulnerables a riesgos de violencia de género de varios tipos y, en consecuencia, en el Estado recae la obligación de brindar medidas de protección de manera oportuna y eficaz, a fin de garantizar la plenitud en el ejercicio de sus derechos, sobre la base del ya referido impacto diferenciado que el conflicto armado asume sobre ellas[72].

La Sala Plena ha advertido, del mismo modo, que el Estado se encuentra, constitucional e internacionalmente, obligado a diseñar una estrategia de protección a las víctimas y testigos en los procesos de justicia y paz, con enfoque de género, de modo que las autoridades emprendan acciones integrales, racionales, coordinadas y cuidadosamente diseñadas para atacar en forma eficaz los factores que generan la afectación específica que produce el conflicto en las mujeres[73].

Desde otro punto de vista, la jurisprudencia de la Corte ha señalado que las prestaciones

de alojamiento y alimentación, suministradas a las mujeres víctimas de violencia de género, hacen parte de las medidas de protección y atención propias de su derecho integral a la salud. Esto, por cuanto dichas prestaciones procuran su estabilización física y emocional y les permiten gozar de un periodo de transición, al cabo del cual podrán continuar con la ejecución del proyecto de vida por ellas escogido[74].

En el mismo sentido, ha considerado que el derecho a la salud, específicamente de las víctimas de violencia sexual, comporta la correlativa obligación para el Estado de garantizar el acceso a la atención inmediata, integral, especializada, con enfoque diferencial, de forma gratuita y durante el tiempo necesario para superar las afectaciones físicas y psicológicas derivadas de las agresiones. Ha establecido que esta obligación debe incluir valoración médica, tratamientos, procedimientos quirúrgicos o medicación que garanticen los derechos sexuales y reproductivos, tales como el acceso a la anticoncepción de emergencia, a la interrupción voluntaria del embarazo y a la atención psicosocial en condiciones de dignidad y respeto[75].

La Corte ha puesto de manifiesto, en otro ámbito, que la violencia de género se profundiza por la ocurrencia de adicionales hechos victimizantes, como la falta de atención por parte del Estado y de su entorno social. Ha indicado que, en la esfera laboral, la indiferencia de los empleadores, sumada a una supuesta neutralidad respecto a la violencia ejercida, o el cuestionamiento a la mujer por la utilización de mecanismos legales para detener agresiones supuestamente privadas, son una toma de posición velada frente al problema, que la afectan gravemente[76].

Así mismo, ha recalcado que el Estado tiene la obligación de prevenir, investigar y sancionar, con la diligencia debida, toda forma de violencia contra las mujeres[77]. En el derecho civil y de familia, la Corte ha indicado que los jueces y funcionarios deben adoptar un enfoque de género y, por consiguiente, aplicar criterios de interpretación diferenciados a favor de las mujeres víctimas de violencia doméstica o psicológica y flexibilizar el principio de igualdad de armas procesales, dadas las condiciones materiales de discriminación y desigualdad que las afectan en varios ámbitos, incluido especialmente el de la administración de justicia[78].

La Sala Plena, por último, ha indicado que, pese a la importancia de leyes que sancionan la

violencia contra la mujer, deben adoptarse también medidas para reforzar su cumplimiento y mecanismos de control social informal, que desapruében los actos de discriminación y violencia de género. Esto, con el propósito de que se llegue a una comprensión, en especial por los agresores, de la obligatoriedad del cumplimiento de dichas prohibiciones y no simplemente se busque evitar su castigo a través de la intimidación de las víctimas, quienes en su gran mayoría no denuncian por miedo o falta de confianza en la eficacia del proceso[79].

43. En suma el bloque de constitucionalidad en sentido estricto establece el deber de prevención, investigación, sanción y erradicación de la violencia contra la mujer (i), mediante normas genéricas que buscan proteger especialmente la vida, la integridad, la igualdad y la dignidad humana de todos los seres humanos (i.i), y a través de mandatos específicos que parten de la realidad histórica de violencia sufrida por la mujer y, mediante un enfoque de género, fijan obligaciones concretas para los Estados (i.ii).

En el derecho internacional de los derechos humanos, sobresalen la CEDAW, la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Se discrimina a la mujer, según la primera Convención, y se ejecuta violencia en su contra, según los otros dos instrumentos, cuando por razones de identidad de género de la víctima, respectivamente, se le anulan el ejercicio de sus derechos en los diversos ámbitos (ii) y se le causan daños o se amenaza con daños físicos, sexuales o psicológicos, ya sean de naturaleza pública o privada, sin importar el contexto social o doméstico en que se realicen, ni los autores, incluidos agentes del Estado (iii).

El Comité de la CEDAW ha considerado que la violencia contra la mujer constituye una práctica discriminatoria y que la subordinación o atribución de roles estereotipados perpetúan las prácticas que entrañan violencia o coacción contra ella (iv). El mismo órgano recomendó a los Estados adoptar medidas eficaces para combatir todo tipo de violencia de género contra la mujer, incluidos procedimientos legales de denuncias, sanciones penales, recursos civiles, formas de reparación e indemnización, y velar para que la legislación la proteja y respete en su integridad y dignidad (v). El Comité, además, ha indicado que, de no adoptarse con la diligencia debida las medidas pertinentes, los Estados pueden ser responsables incluso de actos privados (vi).

Conforme a la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, las mujeres tienen derecho, en general, a una vida libre de violencia, a la igualdad protección antes la ley y un recurso judicial efectivo que les proteja sus derechos (vii). Correlativamente, los Estados se encuentran en la obligación, con la diligencia debida, de prevenir, investigar y castigar todo acto de violencia contra la mujer, ya sea perpetrado por el Estado o por particulares, y fijar sanciones penales, civiles, laborales y administrativas, para reparar los agravios infligidos y otorgar a la mujer la posibilidad de un resarcimiento justo y eficaz por el daño padecido (viii).

La Corte, mediante la adopción de un enfoque de género y en aplicación del bloque de constitucional, ha adoptado varias subreglas, correspondientes a diversos contextos de manifestación de esa específica forma discriminación de género. Ha señalado que en el contexto del conflicto armado interno colombiano, las mujeres y, en especial, las pertenecientes a comunidades indígenas y afrodescendientes, han sido afectadas de manera diferencial (ix) y se les ha sometido con frecuencia a violencia y explotación sexual (x). En consecuencia, a luz del deber de diligencia, el Estado debe prevenir la violencia la sexual (xi.i), el desplazamiento forzado (xi.ii), atender y proteger a sus víctimas (xi.iii) y garantizar la sanción de los responsables (xi.iv).

Así mismo, ha señalado que las defensoras de derechos humanos se hallan particularmente expuestas a violencia de género y, en consecuencia, el Estado tiene la obligación de brindar medidas de protección de manera oportuna y eficaz, teniendo en cuenta el citado impacto diferenciado (xi). Las autoridades también tienen la obligación de proteger, con el mismo enfoque, mujeres víctimas y testigos en los procesos de justicia y paz y atacar de forma eficaz los factores que generan la afectación específica del conflicto sobre las mujeres (xii).

Desde otro punto de vista, ha determinado que el alojamiento y la alimentación, suministradas a las mujeres víctimas de violencia de género, hacen parte de las medidas de protección y atención propias de su derecho integral a la salud (xiii) y, específicamente, frente a las víctimas de violencia sexual, ha estimado que el Estado tiene la obligación de garantizar el acceso a la atención de forma inmediata, integral, especializada, con enfoque diferencial, de forma gratuita y durante el tiempo necesario para superar las afectaciones

físicas y psicológicas derivadas de las agresiones (xiv).

Conforme a la jurisprudencia constitucional, la falta de atención a la violencia de género por parte del Estado y de su entorno social agudiza el problema (xv). En el ámbito laboral, la indiferencia de los empleadores, la supuesta neutralidad al respecto o el cuestionamiento a la mujer frente a la utilización de mecanismos legales para detener agresiones supuestamente privadas, implica una toma de posición velada frente al problema, que afectan gravemente a la mujer víctima (xvi).

La Corte ha referido que debido a la recurrente violencia de género, el Estado tiene la obligación, con la diligencia debida, de prevenirla, investigar y sancionarla (xvii). En el derecho civil y de familia, los jueces y funcionarios deben adoptar un enfoque de género y, por consiguiente, aplicar criterios de interpretación diferenciados a favor de las mujeres víctimas de violencia doméstica o psicológica y flexibilizar el principio de igualdad de armas procesales (xviii). Por último, además de leyes, la Corte ha subrayado que deben adoptarse mecanismos de control social informal, que desapruében los actos de discriminación y la violencia de género (xix)

vi. El delito de feminicidio

44. El feminicidio es la calificación jurídica de la causación de la muerte de una mujer, debida a su propia condición, a su identidad de género. El término, sin embargo, tuvo su origen en los estudios sociales sobre el problema. Diana Russell, investigadora pionera en violencia contra la mujer y activista en la lucha contra esa específica forma de discriminación, en su ponencia ante el Primer Tribunal Internacional de Crímenes contra Mujeres[80], utilizó y desde entonces hizo conocido el vocablo “femicide” para referirse a la muerte violenta, como una forma de agresión extrema contra las mujeres por causa de su identidad de género[81].

45. Pese a que en su recepción española, el citado vocablo inglés es traducible con la expresión “femicidio”, en el ámbito latinoamericano este último término ha sido semánticamente asociado, por su semejanza lingüística con el “homicidio”, a la mera causación la muerte de una mujer, sin razones o motivaciones especiales y desprovista de un contexto definido. Por esta circunstancia, con alguna frecuencia esa traducción ha sido rechazada y se ha preferido, tanto en las investigaciones como en las legislaciones internas,

la expresión “feminicidio” para hacer referencia a la supresión de la vida de la mujer a causa de su identidad de género y acentuar, así, los rasgos discriminatorios de ese tipo de muerte[82].

46. Puesto que el feminicidio es la privación de la vida de una mujer, debido a su condición, como se ha dicho, resulta requerido el elemento subjetivo, de índole motivacional, para que la conducta del agente sea considerada un crimen de esa naturaleza. Con todo, el vocablo “feminicidio” ha sido ante todo una importante categoría desarrollada en la teoría social y, específicamente, en los estudios de género, para explicar la muerte de las mujeres, acaecida dentro una compleja realidad basada en la subordinación y discriminación histórica a las que han sido sometidas.

La categoría “feminicidio” ha permitido, así, explicar la muerte de una mujer con específicas connotaciones o significados, provenientes de un trasfondo de sometimiento y dominación de la víctima muy definido. En este sentido, si bien es cierto, como lo puso de manifiesto la Sentencia C-297 de 2016, ningún conjunto de hechos o circunstancias objetivas, por sí solas, remplazan el elemento motivacional que conduce al agente a la producción del resultado, dicho trasfondo de sujeción y dominación, sus elementos típicos y característicos, resultan fundamentales para determinar la comisión del crimen, pues precisamente constituyen los hechos indicadores o reveladores de los motivos de género con que actúa el agente.

47. En el mismo fallo citado, la Corte sostuvo que el feminicidio es una consecuencia de patrones de desigualdad imbuidos en la sociedad, que se manifiestan en diversas formas de violencia, las cuales pueden tener, o no, carácter sistemático. Estas formas de violencia, señaló, se evidencian en elementos como la periodicidad o en los tratos que suponen una visión de roles de género estereotipados en la cultura, conforme con los cuales la mujer es un objeto o una propiedad desechable, con ciertas funciones inferiores a las del hombre.

48. El trasfondo del feminicidio, de acuerdo con Russell y Jane Caputi, puede estar compuesto por una variedad de abusos físicos y verbales, como violación, tortura, esclavitud sexual (particularmente a través de prostitución), abuso sexual infantil incestuoso o extra-familiar, acoso sexual (por teléfono, en las calles, en la oficina y en el aula), mutilación genital (clitoridectomías, escisión, infibulaciones), operaciones

ginecológicas innecesarias (histerectomías gratuitas), heterosexualidad y esterilización forzadas o maternidad coaccionada (por la criminalización de la contracepción y del aborto), psicocirugía, negación de comida a mujeres, cirugía plástica y otras mutilaciones en nombre del embellecimiento[83].

49. En todos aquellos casos en que de uno de los anteriores actos se desencadene la muerte de la víctima, según las citadas autoras, esa privación de la vida de la mujer adquiere el carácter de feminicidio. Por otro lado, entes internacionales de derechos humanos también han caracterizado las condiciones materiales de perpetración que identifican el feminicidio. En el reporte de 2012, la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la Violencia contra la Mujer, sus Causas y Consecuencias precisó que los asesinatos por razones de género no son inesperados, sino que constituyen el último acto que se experimenta en un continuum de violencia.

Sostuvo, entonces, que las víctimas generalmente han sido sometidas a una violencia continua, a vivir bajo condiciones de discriminación de género y amenazadas de muerte[84]. Explicó que los feminicidios pueden ser directos o indirectos. Los directos incluirían, entre otros, los asesinatos de pareja, la brujería, los homicidios de honor, los relacionados con el conflicto armado, con la dote, la identidad de género y la identidad sexual y los relacionados con la etnia o la identidad indígena[85]. En los indirectos estarían comprendidas las muertes por abortos clandestinos o por prácticas como la mutilación genital femenina, la mortalidad materna, las muertes relacionadas con el tráfico humano, el crimen organizado y la activada por las pandillas, entre otros[86].

En definitiva, para la Relatora, un entendimiento de los feminicidios requiere tomar en cuenta los contextos económicos, sociales y políticos dentro de los cuales ocurren, incluyendo la respuestas de los hombres al empoderamiento de las mujeres, la reacción política, jurídica y social hacia los crímenes, el principio del continuum de violencia y los patrones de discriminación y desigualdad que siguen formando parte de la realidad de la vida de las mujeres[87].

50. De la misma manera, conforme al Modelo de Protocolo Latinoamericano de Investigación de las Muertes Violentas de Mujeres por Razones de Género (femicidio/feminicidio), elaborado por la Oficina Regional para América Central del Alto

Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), como condiciones estructurales de los feminicidios pueden identificarse la subsistencia de una cultura de violencia y discriminación basada en el género, que tiene sus raíces en conceptos relativos a la inferioridad y subordinación de las mujeres.

El documento señala, así como el informe antes citado, que no se trata de casos aislados, esporádicos o episódicos de violencia, sino de una situación estructural y de un fenómeno social y cultural enraizado en las costumbres y mentalidades. El feminicidio visibilizaría la expresión extrema de violencia resultante de la posición de subordinación, marginalidad y riesgo en el cual se encuentran las mujeres[88]. El agente feminicida o sus actos reunirían patrones culturales arraigados en ideas misóginas de superioridad del hombre, de discriminación contra la mujer y de desprecio contra ella y su vida y le harían creer con el poder suficiente para determinar su existencia, sancionarla y preservar los órdenes sociales de inferioridad y opresión[89].

51. Un trasfondo que proporcionó a la supresión de la vida de un grupo de mujeres el carácter de feminicidio fue constatado en el conocido caso Campo Algodonero vs México, fallado por la Corte IDH en 2009. En 2001, tres mujeres jóvenes, una estudiante de 17 años, la trabajadora de una empresa maquiladora, de 20 años, y una empleada doméstica de 14 años fueron encontradas asesinadas, luego de ser sometidas a violencia sexual, tortura y mutilaciones, tres meses después de su desaparición en ciudad Juárez, en un contexto de delincuencia organizada y donde, desde 1993, existía un aumento de homicidios de mujeres influenciado por una cultura de discriminación contra la mujer[90].

La Corte IDH estableció que los homicidios estuvieron determinados por una cultura de discriminación contra la mujer, basada, en uno de los casos, en la modificación de los roles familiares que generó la vida laboral de las mujeres de Ciudad Juárez, quienes comenzaron a incorporarse a la industria maquiladora, la cual se había intensificado desde 1993, a raíz del Tratado de Libre Comercio de México con América del Norte. La Corte tomó nota de que, según el Estado, lo anterior llevó a conflictos al interior de las familias porque la mujer empezó a tener una imagen más competitiva y de independencia económica, mientras que no hubo un cambio en las actitudes y mentalidades tradicionales y patriarcales y se

mantuvo una visión estereotipada de los papeles de hombres y mujeres.

Pero, en general, la Corte IDH encontró que también se había incrementado una cultura de sometimiento y abusos contra las mujeres en la mencionada localidad del norte de México. Como consecuencia, concluyó que los tres fueron crímenes misóginos, facilitados por una enorme tolerancia y un reconocido contexto de violencia contra la mujer y que constituyeron homicidios por razones de género, en los términos de la Convención Americana y la Convención Belém do Pará[91].

52. Puede considerarse, entonces, que el feminicidio es un acto de extrema violencia, pero perfectamente coherente y armónico con un contexto material de sometimiento, sujeción y discriminación, al que ha sido sometida la mujer de manera antecedente o concomitante a la muerte. Por sus rasgos, es una agresión que guarda perversa sincronía e identidad con todo un complejo de circunstancias definidas por la discriminación que experimenta la víctima. Las mismas condiciones culturales, caracterizadas por el uso de estereotipos negativos, que propician los actos de discriminación, propician al mismo tiempo también la privación de su vida.

El feminicidio es, por ello, un acto que encaja y completa un modelo social de subordinación de género y control patriarcal sobre la mujer, compuesto por actos de discriminación y violencia, esta como la peor manifestación de aquella. Adquiere sentido como un ataque por razones de género, en tanto su ejecución está articulada, lógicamente enlazada, con otros actos de violencia ya sea física, psicológica, sexual o económica, pero también con meras prácticas, tratos o interrelaciones que reflejan patrones históricos de desigualdad, de inferioridad y de opresión a que ha sido sujeta la mujer.

Correlativamente, como afirma la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la Violencia contra la Mujer, el feminicidio nunca es ni puede ser un acto aislado. Conceptualmente no existe y no puede ser concebido sino existe antes un complejo marco de prácticas culturales de sometimiento de género, que lo dotan de sentido y que constituyen su propia condición de aplicación. Esto es así, por cuanto son ellas las que tienen la capacidad de mostrar que el feminicida ha actuado efectivamente por serías razones de género al decidir privar de la vida a la mujer.

53. Los contextos de discriminación no solo permiten inferir dicho elemento subjetivo, de

tipo motivacional, presente en el agente, por cuanto así lo ponen de manifiesto el uso y la utilidad del término “feminicidio” en las investigaciones de género, sino que deben tener esa función, dado que, en el marco del derecho penal, esto supone disolver difíciles problemas probatorios para la investigación y sanción del crimen y, por consiguiente, supone una perspectiva de género en el cumplimiento de esa obligación por parte del Estado[92].

54. En resumen, el feminicidio es la calificación jurídica de la causación de la muerte de una mujer, debida a su propia condición, a su identidad de género (i). El término tuvo su origen en la expresión inglesa “femicide” utilizada en los estudios de género para designar la muerte violenta de las mujeres por razón de su identidad de género (ii), pero en el contexto latinoamericano, en lugar del vocablo “femicidio”, asociado a la muerte de mujer sin específicas motivaciones, ha sido recepcionada como “feminicidio”, con el propósito de subrayar los rasgos discriminatorios y el móvil de género con que actúa el agente (iii).

El feminicidio, si bien supone de forma necesaria la citada motivación, ha sido una importante categoría desarrollada en la teoría social para explicar la muerte de una mujer con específicas connotaciones o significados, provenientes de un trasfondo de sometimiento y dominación de la víctima (iv). En consecuencia, si bien es cierto, el móvil es imprescindible, ese trasfondo de discriminación resulta fundamental para determinar la comisión del crimen, precisamente porque constituye el indicador de los motivos de género con que actúa el agente (v).

La Corte Constitucional ha señalado que el feminicidio surge en medio de esquemas de desigualdad imbuidos en la sociedad, formas de violencia con carácter, o no, sistemático, con cierta periodicidad y tratos estereotipados (vi). El citado trasfondo puede estar también dado por una variedad de abusos físicos, verbales o sexuales, como lo han puesto de presente Russell y Caputi (vii); por actos de violencia, discriminación y amenazas, por los contextos económicos, sociales y políticos en los cuales ocurren, las reacciones política, jurídica y social hacia los crímenes y por los actos que pueden conducir de manera directa o indirecta a la muerte de la mujer, según lo ha señalado la Relatora de Naciones Unidas sobre la Violencia contra la Mujer (viii).

De igual manera, conforme al Modelo de Protocolo Latinoamericano de Investigación de las

Muertes Violentas de Mujeres por Razones de Género (femicidio/feminicidio), el entorno del feminicidio está caracterizado por una cultura de violencia y discriminación, por la subordinación, marginalidad y riesgo en el cual se encuentran las mujeres, a causa de una concepción sobre ellas de inferioridad y subordinación (ix), condiciones que hacen creer al victimario con poder suficiente para determinar la vida de ellas, sancionarlas y preservar los órdenes sociales de opresión (x).

En el caso Campo Algodonero vs México, la Corte IDH determinó que el trasfondo que proporcionó a la supresión de la vida de un grupo de mujeres el carácter de feminicidio estuvo marcado por patrones arraigados de discriminación y violencia de género contra la mujer en la Ciudad de Juárez (xi).

En conclusión, el feminicidio es el acto final de violencia, necesariamente coherente y armónico con un contexto material de sometimiento, sujeción y discriminación, al que ha sido sometida la mujer de manera antecedente o concomitante la muerte (xii). Su ejecución está articulada, lógicamente concatenada, con otros actos de violencia ya sea física, psicológica, sexual o económica, pero también con meras prácticas, tratos o interrelaciones que reflejan patrones históricos de desigualdad, de inferioridad y de opresión a que ha sido sujeta la mujer (xiii).

Lo anterior implica que el feminicidio nunca es acto aislado, sino que su propia existencia requiere un complejo marco de prácticas culturales de sometimiento de género, que constituyen su condición de aplicación (xiv). Estas tienen la capacidad de mostrar que el feminicida ha actuado efectivamente por razones de género al decidir suprimir la vida de la mujer (xv). Los contextos reales de discriminación no solo permiten inferir este elemento motivacional, como lo pone de manifiesto el uso del término feminicidio en la investigación social, sino que deben tener esa función, a fin disolver los problemas ligados a la prueba del móvil y de esta manera adoptar un enfoque de género en la investigación y sanción del delito (xvi).

vii. Análisis de constitucionalidad de las disposiciones demandadas

(i) Cargo por violación al principio de tipicidad

55. Los demandantes acusan de inconstitucional la expresión “por su condición de ser

mujer”, contenida en el artículo 104A del Código Penal, que establece el delito de feminicidio en los siguientes términos: “[q]uien causare la muerte a una mujer, por su condición de ser mujer o por motivos de su identidad de género o en donde haya concurrido o antecedido cualquiera de las siguientes circunstancias, incurrirá en prisión de doscientos cincuenta (250) meses a quinientos (500) meses...” (énfasis fuera de texto).

De acuerdo con los actores, la expresión “por su condición de ser mujer”, como elemento subjetivo del delito, es inconstitucional, fundamentalmente porque infringe el principio de estricta legalidad penal, que ha sido aquí analizado más exactamente como el principio de tipicidad. Afirman que es indeterminada, debido a la dificultad para identificar cuándo ha tenido lugar el móvil al que se refiere. Consideran que es imposible comprobar esa motivación en el agente y que en la descripción típica tampoco hay elementos que permitan determinarla, por lo que la “valoración” de la conducta queda librada al ámbito subjetivo del juzgador.

Los demandantes afirman también que la expresión es vaga, ambigua e indeterminada. Sin embargo, en realidad su argumento no está construido en orden a impugnarla en razón de un problema de indeterminación lingüística. No sostienen que el fragmento tenga varios significados, ni que resulte incierto si, por su textura abierta, se aplica, no, en algunos casos. Por el contrario, recaban en la presunta dificultad para probar la motivación a la que hace referencia y en esa circunstancia hacen consistir su alegada inconstitucionalidad, por violación al principio de tipicidad.

La gran mayoría de intervinientes considera que la expresión es acorde con la Constitución. Sostienen que el delito de feminicidio surge en un marco social y cultural que pone a las mujeres en situación de subordinación, marginalidad y discriminación y que el tipo penal constituye, de esta manera, una medida afirmativa para erradicar esa forma de violencia que, además, se ajusta a obligaciones internacionales adquiridas por el Estado. Así mismo, a su juicio, el móvil se configuraría solo si la muerte se produce en un contexto de discriminación y sometimiento de la víctima y para perpetuar estas condiciones.

Los intervinientes del Instituto Colombiano de Derecho Procesal y de la Fiscalía General de la Nación señalan que la dificultad que presenta la expresión “por su condición de ser mujer” no tiene ninguna relación con el principio de legalidad, pues no consiste en una

indeterminación, sino en las dificultades probatorias que existirían para demostrar que el agente actuó con ese ánimo. Este ingrediente, sin embargo, según afirman, puede ser determinado con arreglo a los mencionados criterios contextuales de discriminación.

56. En primer lugar, la Sala comparte el criterio de los dos anteriores intervinientes. Un argumento relativo a la indeterminación lingüística de una disposición, por vaguedad, ambigüedad u otra clase de imprecisión, que presuntamente haga incierto el alcance de un enunciado normativo sería un cuestionamiento acertado a fin de plantear la violación al principio de estricta legalidad y, más específicamente, de tipicidad. No obstante, como se ha indicado, en realidad la impugnación no está formulada en estos términos.

Según se indicó en los fundamentos de este fallo, el principio de tipicidad impone al legislador la redacción de descripciones típicas claras, específicas, precisas e inequívocas y prohíbe las descripciones indeterminadas o indeterminables. Pero los demandantes no afirman que una de las palabras que componen la expresión acusada o esta en su integridad carezca de alguna de dichas exigencias o le sean atribuibles defectos asociados a indeterminaciones. Tampoco sostienen que se trate de un tipo penal en blanco o abierto, desprovisto de alguno de los requisitos indicados por la jurisprudencia de la Corte para ser constitucionalmente admisible.

Todos los anteriores serían problemas normativamente confrontables con el principio de tipicidad. Sin embargo, como es evidente, ellos no preocupan de ninguna manera a los impugnantes. El cargo, en cambio, tiene que ver con la supuesta imposibilidad de comprobación de la motivación a la que hace referencia la expresión demandada, vinculada a que la muerte de la mujer sea ocasionada “por su condición de ser mujer”. Este problema, como acertadamente lo observan los dos citados intervinientes y lo muestra la sola formulación del planteamiento, es esencialmente de índole probatoria y no guarda ningún tipo de relación con el principio de tipicidad.

57. La ostensible inconducencia del argumento para demostrar que la expresión acusada desconoce el postulado de la tipicidad, en los términos explicados antes, podría llevar a pensar a esta altura que el cargo carece de aptitud sustantiva, pese a que dicho examen ya fue adelantado en la primera parte de esta sentencia. Una breve clarificación a ese respecto

permitirá despejar dicha eventual duda.

Los actores construyen un razonamiento que adopta básicamente la siguiente estructura. En primer lugar, acusan de inconstitucional la expresión “por su condición de ser mujer”, bajo la interpretación de que el fragmento exige esa específica motivación en el agente para que se configure el feminicidio. En segundo lugar, luego de adscribirle tal significado al texto, sostienen que dicho elemento subjetivo al que se refiere es prácticamente imposible de probar. Y, en tercer lugar, plantean la contradicción normativa de la expresión impugnada con la Constitución, mediante el argumento de que, debido a la citada imposibilidad probatoria, la expresión contraviene el principio de tipicidad.

Visto así el cargo, su aptitud resulta inobjetable. No le son atribuibles problemas de certeza, pues parte de una interpretación del enunciado impugnado, no solo razonable, sino idéntica a la precisada en esta providencia. La expresión, efectivamente, exige un ingrediente subjetivo, de índole motivacional, para la realización del delito, consistente en las razones de identidad de género con que debe actuar el agente al privar de la vida a la mujer. La necesidad de que concurra ese elemento subjetivo, según los actores, viola el principio de tipicidad, ataque que, formalmente, torna también el cargo pertinente, dado que le imputa a la norma legal la violación de una disposición de carácter constitucional.

El cargo, además, es claro, específico y suficiente, en tanto, no presenta ambigüedades, se estructura en orden a mostrar puntalmente el presunto problema de inconstitucionalidad del fragmento demandado y se halla mínimamente desarrollado, de acuerdo con los términos indicados en párrafos anteriores. Así, la impugnación no es susceptible de ser objetada por ineptitud sustantiva. El problema que posee, por consiguiente, no es de índole formal, sino que está asociado a que la disposición aducida como parámetro de control constitucional no tiene la posibilidad de estar en contradicción con la expresión legal demandada, lo cual es una dificultad que atañe a los contenidos prescriptivos de cada una de las normas que se confrontan.

Nótese que los demandantes interpretan la expresión en cuestión en el sentido de que exige la motivación a la que se ha hecho referencia, circunstancia que consideran imposible de demostrar porque, como en algún momento afirman, es un elemento de la esfera personal del autor. Si, así entendido el fragmento, hubieran construido el cargo en orden a

sustentar que el mismo infringía, por ejemplo, el principio del derecho penal de acto previsto en el artículo 29 C. P[93], podría observarse una comparación normativa de contenido, al menos más clara entre las dos disposiciones, sin que esto signifique que pueda predicarse, en efecto, una contradicción entre esas dos normas.

Sin embargo, los actores concentran la argumentación del cargo de inconstitucionalidad en la violación al principio de tipicidad, lo cual, como observan los dos intervinientes citados y debe reiterarse, no tiene ninguna relación con el problema de la motivación del agente y su supuesta imposibilidad de prueba. En este orden de ideas, a la luz del cargo formulado, la expresión impugnada no tiene ni siquiera la potencialidad de desconocer el principio de tipicidad y, en consecuencia, deberá ser declarada exequible.

58. Debe considerarse, sin embargo, un aspecto en el cargo propuesto por los demandantes. El elemento motivacional que estos ponen de presente no es accidental a la causación de la muerte por razones de identidad de género, es decir, no es accidental al feminicidio, sino que mantiene con él una relación inescindible. El feminicidio está precedido siempre de esa intención. Pero al mismo tiempo, es muy claro que esa intención es inferida y está relacionada de forma necesaria con el contexto de discriminación en medio del cual se ejecuta el crimen.

Como se mostró en las consideraciones de este fallo, el feminicidio solo existe porque el agente actúa por razones de identidad género, pero estas razones de género, a su vez, solo surgen si existe un específico contexto de discriminación que les da ese carácter. El elemento de la motivación del agente que caracteriza al feminicidio no puede prescindir del contexto de discriminación y sometimiento de que es objeto la víctima. Como consecuencia, el problema de la intención al que hacen referencia los demandantes, en gran medida es también el problema de la definición del feminicidio y de los elementos contextuales que lo caracterizan.

De ahí que frente al cargo, la gran mayoría de los intervinientes, para defender la constitucionalidad de la expresión acusada, se hayan referido al concepto de feminicidio y hayan planteado que solo se configura ante un contexto de discriminación y sometimiento de la víctima y cuando el homicidio haya sido causado por razones de género.

59. En razón de lo anterior, en los fundamentos de esta sentencia se ha recabado y debe

ahora recalcar que la muerte de una mujer se lleva cabo “por su condición de ser mujer” cuando existe un trasfondo de sometimiento y dominación de la víctima, que surja como manifestación de una realidad basada en patrones históricos de discriminación, producto del uso de estereotipos negativos de género. Puede haber situaciones antecedentes o concurrentes de maltratos físicos o sexuales, como la violación, la esclavitud y el acoso sexual o las prácticas forzadas sobre el cuerpo de la mujer. Así mismo, la muerte puede ser el acto final dentro de un continuum de prácticas constantes de maltrato corporal.

Se priva de la vida a la víctima también por su condición de ser mujer en el contexto de costumbres culturales como los homicidios de honor, la dote, los relacionados con la etnia o la identidad indígena o cuando derivan de tradiciones, como la mutilación genital femenina. Otras condiciones de los feminicidios están relacionadas con la cultura de violencia contra la mujer o basadas en ideas misóginas de superioridad del hombre, de sujeción y desprecio contra ella y su vida. Es propio del contexto del que surge el feminicidio, así mismo, la dominación y la opresión que experimenta la víctima.

En la determinación de que la muerte de una mujer ha sido causada por razón de su identidad de género, resulta igualmente útil observar las prácticas de violencia física, sexual, psicológica y económica a la que ella ha sido sujeta. Así, la amenaza de muerte, los daños o lesiones físicas; la coacción para mantener contacto sexualizado, ya sea de carácter físico o verbal, las humillaciones, ridiculización, menosprecio, insultos, celos, entre otros actos, para generar en ella sentimientos de desvalorización, y la privación de sus ingresos mínimos para subsistir. Todos estos son factores que permiten, entonces, discernir que la muerte de una mujer pudo haber sido causada por su propia condición.

En conclusión, como se indicó, el homicidio de una mujer a causa de su identidad de género es una agresión que guarda sincronía e identidad con todo un complejo de circunstancias definidas por la discriminación que experimenta la víctima. Las mismas condiciones culturales, caracterizadas por el uso de estereotipos negativos, que propician los actos de discriminación, propician también y favorecen la privación de su vida. Por ello, el delito puede estar relacionado con otros actos de violencia, pero también con prácticas, tratos o interrelaciones que reflejan patrones históricos de dominación y desigualdad.

Cuando un escenario como el anterior se constata, el homicidio de la mujer adquiere con

claridad el carácter de feminicidio, pues resulta inequívoco que el victimario actuó por razones de género.

(ii) Cargo por violación al principio del non bis in ídem

60. Los demandantes sostienen que la circunstancia que agrava el feminicidio, consistente en que el autor “tenga la calidad de servidor público y desarrolle la conducta punible aprovechándose de esa calidad” (artículo 104B, literal a Código Penal) ya está prevista en la modalidad de feminicidio ocasionada “en aprovechamiento de las relaciones de poder ejercidas sobre la mujer, expresado en la jerarquización personal, económica, sexual, militar, política o sociocultural” (artículo 104A, literal c). Básicamente argumentan que la posición de un servidor público frente a cualquier individuo es jerarquizada, de poder y, en consecuencia, los dos enunciados normativos sancionan la misma situación de hecho.

De otro lado, consideran que la agravante “en situación de indefensión o inferioridad o aprovechándose de esta situación”, a la que hace remisión la expresión “7” prevista en el literal g del artículo 104B, es amplia y puede comprender la modalidad de feminicidio consistente en que la “la víctima haya sido incomunicada o privada de su libertad de locomoción, cualquiera que sea el tiempo previo a la muerte de aquella”, consagrado en el literal f) del artículo 104A del Código Penal.

61. En ambos casos, la mayoría de los intervinientes considera que se trata solamente de un problema interpretativo, resoluble en los casos concretos. En relación con el primero, varios destacan que la agravante tiene justificación y sentido diferentes a los del tipo básico, cifrado en un mayor grado de reproche a los servidores públicos, debido a sus obligaciones legales y constitucionales y la confianza que la ciudadanía deposita en ellos por razón de su cargo y su papel social. De similar manera, en cuanto hace relación al segundo, algunos intervinientes precisan que la agravante compromete bienes jurídicos protegidos distintos a aquellos que amparan la forma de feminicidio.

62. La Sala no comparte el punto de vista de los demandantes. Los enunciados normativos con los cuales son confrontadas las causales de agravación punitiva que mencionan los actores, son dos (c y f) de los seis conjuntos de circunstancias, dispuestas de los literales a) al f), que corresponden a diversos escenarios de comisión del feminicidio. Pero como se interpretó, con base en la Sentencia C-297 de 2016, al determinar el alcance de la

disposición demandada, los literales c) y f), así como los demás, son elementos contextuales que contribuyen a revelar, a mostrar, las razones de género por las cuales se ocasiona el delito.

A partir de una lectura sistemática y teleológica del tipo penal y, en especial, de su finalidad, de la definición técnica de feminicidio y los problemas de discriminación de la mujer en el acceso a la justicia, en el fallo citado la Sala dejó claro que las situaciones indicadas en los mencionados literales tienen esa naturaleza jurídica y cumplen dicho papel. Aunque no reemplazan ni conllevan a que pueda prescindirse del citado elemento subjetivo, de tipo motivacional, desarrollan la función de hacer visible el carácter discriminatorio de la causación de la muerte.

En la providencia, la Corte enfatizó en que la necesidad de dar «viabilidad probatoria» a esos conjuntos de circunstancias está estrechamente ligada con el hecho de que la discriminación estructural contra las mujeres persiste también en ámbitos jurídicos y de la administración de justicia. Remarcó que en la exposición de motivos de la Ley 1761 de 2015 y en reiterada jurisprudencia[94] se ha denunciado que, bajo un marco de discriminación, no es posible mantener la igualdad procesal de las partes, sin que ello implique el desconocimiento de las obligaciones estatales de prevenir, investigar y sancionar cualquier tipo de violencia contra la mujer.

La rigidez procesal y el formalismo probatorio, advirtió, muestran que muchas veces la administración de justicia ha dado un desmedido lugar a la verdad procesal, por encima de realidades fácticas estructuralmente desiguales y la verdad real de lo sucedido. De este modo, la inclusión de los comentados elementos contextuales responde a la necesidad de un tipo penal con la capacidad de integrar una perspectiva de género, con base en la cual, esas desigualdades puedan ser superadas. La Sala debe reafirmar, entonces, que los elementos circunstanciales contenidos en cada uno de los literales del artículo impugnado tienen el propósito de brindar algunos referentes de juicio para la determinar las razones de género que motivan al sujeto activo.

Aunado a lo anterior, como se precisó en los fundamentos de este fallo, la identidad de género de la víctima, como ingrediente motivacional del agente, da lugar al feminicidio no solo en las situaciones indicadas en los mencionados literales. Dado que el feminicidio

consiste en ocasionar la muerte a una mujer por el hecho de serlo y esto puede ocurrir y ser inferido de una gran cantidad de contextos que, evidentemente, no correspondan con los expresados en los citados enunciados, la conducta se comete cuando se priva de la vida a la mujer en razón de su condición, ya sea en las situaciones contenidas en los literales o en otras situaciones.

Se sigue de lo todo anterior que, en tanto los conjuntos de contextos fácticos mencionados por los demandantes, así como los demás previstos en el artículo 104A del Código Penal y cualquier otro apropiado, solo permiten lograr el esclarecimiento de las razones de género del agente, los mismos no configuran por sí solos la conducta punible. Siendo esto así, si ellos adquieren relevancia penal, porque se adecúan típicamente en una circunstancia de agravación punitiva de las previstas en el artículo 104B o en otro delito, hay lugar a una sanción autónoma e independiente y ello no desconoce de ninguna manera la prohibición de la doble incriminación. Esto, precisamente, porque dichos contextos no ha sido propiamente penalizados antes, en el artículo 104A.

Los contextos contenidos en los literales no sancionan esas circunstancias objetivamente consideradas como feminicidio, no son ellas mismas el delito, sino que, debe subrayarse, solo permiten inferir las razones de género del homicidio de la mujer, solo tienen un papel instrumental hacia la demostración del injusto, pese a que sean referentes específicos creados por el legislador. Por esta razón, lógicamente, no puede predicarse una doble incriminación o una doble sanción en aquellos casos en que las circunstancias expresadas en uno u otro de los literales demandados, al permitir poner de manifiesto la índole discriminatoria del homicidio, al propio tiempo constituyan una causal de agravación punitiva de la misma conducta punible.

Pero, dado que el oficial es un servidor público y aprovechó su condición para realizar el injusto, el feminicidio tendrá carácter agravado, conforme al literal a) del artículo 104B ídem, sin que esto comporte un desconocimiento a la prohibición de la doble incriminación, pues, en relación con el artículo 104A, el contexto solo desempeñó un papel indicador de los motivos de género por los cuales actuó el sujeto activo.

De la misma manera, si la víctima es privada de su libertad de locomoción con anterioridad

a que se le ocasione la muerte y esto facilita la comisión del delito, dicha circunstancia proporciona un referente contextual para inferir que la supresión de la vida ocurrió por razones de género, a la luz del literal f) del artículo 104A del Código Penal. Pero, como el agente aprovecha esta situación de indefensión para ocasionar la muerte a la víctima, el feminicidio es de carácter agravado conforme al literal g) del artículo 104B ídem, sin que tampoco en este caso se produzca una doble incriminación, una vez más, debido a que la privación de la libertad, con respecto al artículo 104A citado, solo permite inferir la motivación discriminatoria del feminicidio.

En estos términos, las dos agravantes acusadas no contravienen la Constitución y deberán, en consecuencia, ser declaradas exequibles.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar EXEQUIBLE la expresión “por su condición de ser mujer” contenida en el artículo 104A del Código Penal, adicionado por el artículo 2 de la Ley 1761 de 2015, “por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones (Rosa Elvira Cely)”, en relación con el cargo analizado en esta sentencia.

SEGUNDO.- Declarar EXEQUIBLES el literal a) y la expresión “7” contenida en el literal g), del artículo 104B del Código Penal, adicionado por el artículo 3 de la Ley 1761 de 2015, “por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones (Rosa Elvira Cely)”, en relación con los cargos analizados en esta sentencia.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional

María Victoria Calle Correa

LUIS GULLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

Con aclaración de voto

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

Con aclaración de voto

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA (P)

Magistrado

AQUILES ARRIETA GÓMEZ

Magistrado (E)

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

A LA SENTENCIA C-539/16

PRINCIPIO NON BIS IN IDEM-Alcance (Aclaración de voto)

PRINCIPIO NON BIS IN IDEM-Finalidad (Aclaración de voto)

CONTROL ABSTRACTO DE CONSTITUCIONALIDAD-Debe adelantarse con especial prudencia cuando el traslape de conductas es posible pero no necesario (Aclaración de voto)

DEBIDO PROCESO-Regla que impide que una misma persona sea objeto de múltiples sanciones o juicios sucesivos, por los mismos hechos ante una misma jurisdicción (Aclaración de voto)

LEY QUE CREA EL TIPO PENAL DE FEMINICIDIO COMO DELITO AUTONOMO “LEY ROSA ELVIRA CELY”-Providencia descarta, a priori, la posibilidad de superposición aludiendo a las diferencias existentes entre las causales que determinan la configuración del delito de feminicidio y los agravantes punitivos (Aclaración de voto)

TIPO BASICO DE FEMINICIDIO Y CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA-Código Penal sugiere que no puede descartarse, a priori, que las circunstancias que permiten afirmar la configuración del delito coincidan con las circunstancias que dan lugar a la agravación de la pena (Aclaración de voto)

LEY QUE CREA EL TIPO PENAL DE FEMINICIDIO COMO DELITO AUTONOMO “LEY ROSA ELVIRA CELY”-Decisión ha debido fundarse en la competencia de las autoridades judiciales para valorar las circunstancias concretas a efectos de establecer si la descripción del tipo básico del feminicidio coincide con alguno de los agravantes (Aclaración de voto)

Expediente D-11293 – Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 104A (parcial) y 104B, literales a) y g) (parcial) de la Ley 599 de 2000, adicionados por el artículo 2 y 3, literales a) y g) de la Ley 1761 de 2015, “por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones (Rosa Elvira Cely)”

He considerado necesario aclarar el voto respecto de la sentencia C-539 de 2016 dado que, a pesar de compartir la decisión de exequibilidad allí adoptada, debo formular algunas precisiones respecto de las consideraciones acogidas por la Corte.

1. En diversas oportunidades, este Tribunal se ha ocupado de precisar el alcance de la prohibición de juzgar a una persona dos veces por los mismos hechos, establecida en la frase final del inciso cuarto del artículo 29 de la Constitución. Fijando su contenido señaló lo siguiente en la sentencia C-870 de 2002:

“El principio non bis in idem no es solo una prohibición dirigida a las autoridades judiciales con el fin de impedir que una persona ya juzgada y absuelta vuelva a ser investigada,

juzgada y condenada por la misma conducta. También es un derecho fundamental que el legislador debe respetar. Una norma legal viola este derecho cuando permite que una persona sea juzgada o sancionada dos veces por los mismos hechos. Dicha permisión puede materializarse de diferentes formas, todas contrarias a la Constitución. De tal manera que la única forma en que el legislador viola dicho principio no se contrae a la autorización grosera de que quien hubiere sido absuelto en un juicio penal puede volver a ser juzgado exactamente por la misma conducta ante otro juez nacional (...) cuando un fiscal así lo solicite, mediante una acusación fundada en el mismo expediente. El principio non bis in idem, por lo menos, también prohíbe al legislador permitir que una misma persona sea objeto de múltiples sanciones, o juicios sucesivos, por los mismos hechos ante una misma jurisdicción.”

A su vez, con el objeto de identificar la vulneración de esta regla en aquellos casos en los cuales se cuestionan normas que prevén circunstancias de agravación punitiva que, prima facie, pueden encontrarse comprendidas por el tipo penal básico, esta Corporación ha señalado que es necesario adelantar un triple examen:

“Al emplear esas reglas para verificar si se viola el derecho a no ser juzgado dos veces por un mismo hecho dentro de un proceso jurisdiccional, se tiene que una circunstancia no puede ser doblemente valorada, primero como elemento constitutivo del tipo penal y luego como causal de agravación punitiva, si: (i) el comportamiento agravado ofende el mismo bien jurídico que el comportamiento punible; (ii) la investigación y la sanción a imponer se fundamentan en idénticos ordenamientos punitivos; y (iii) la causal de agravación persigue finalidades idénticas a las buscadas con el tipo penal básico”.^[95]

2. En diversos supuestos será relativamente simple afirmar o descartar la infracción de esta prohibición por parte del legislador. Sin embargo, no es eso lo que ocurre en eventos en los cuales el grado de apertura lingüística de los elementos definitorios del tipo penal básico y de las circunstancias de agravación punitiva impide concluir, en grado de certeza, la existencia o no de superposición de aquel con estas.

Cuando el traslape de conductas es posible pero no necesario, el control abstracto a cargo de la Corte debe adelantarse con especial prudencia a fin de evitar, de un lado, que por la vía de una declaración de exequibilidad simple se prive de efectos a la prohibición del

artículo 29 de la Carta y, de otro, que con la declaratoria de inexequibilidad se afecte la amplia competencia del legislador para establecer los delitos y las penas según lo establecido en el artículo 150 de la Constitución. En estos casos, a mi juicio, procede declarar la exequibilidad simple de la disposición, no negando el riesgo práctico de que en algunos casos pueda presentarse la referida superposición, sino advirtiendo la necesidad de que el juez ordinario establezca si ello ocurre y, de ser el caso, proceda conforme a la regla que fija el artículo 29 de la Carta y que impide, según lo ha dicho la Corte, que una misma persona sea objeto de múltiples sanciones, o juicios sucesivos, por los mismos hechos ante una misma jurisdicción[96].

3. La providencia de cuyas consideraciones me aparto parcialmente, en lugar de proceder en esa dirección, se esfuerza por descartar, a priori, la posibilidad de superposición aludiendo a las diferencias existentes entre las causales que determinan la configuración del delito de feminicidio y los agravantes punitivos. La lectura conjunta de los artículos 104A (tipo básico de feminicidio) y 104B (circunstancias de agravación punitiva del feminicidio) del Código Penal sugiere que no puede descartarse, a priori, que las circunstancias que según la primera disposición permiten afirmar la configuración de dicho delito coincidan, en algunos casos, con las circunstancias que dan lugar a la agravación de la pena.

A pesar de que la sentencia lleva a cabo un gran esfuerzo para distinguir entre las circunstancias de agravación punitiva y los elementos del tipo básico destacando por ejemplo, que los elementos establecidos en el artículo 104A “solo permiten inferir las razones de género del homicidio de la mujer” o “solo tienen un papel instrumental hacia la demostración del injusto” de manera que “no configuran por si solos la conducta punible”, no consigue descartar de manera definitiva la intersección de conductas. De hecho estimo necesario advertir que la sentencia C-297 de 2016, refiriéndose al literal e) -no demandado en esta ocasión- del artículo 104A de la Ley 599 de 2000, indicó que correspondía “a una circunstancia que complementa el tipo penal de feminicidio para establecer su elemento subjetivo”[97].4. Si bien, como lo he dicho previamente, comparto la decisión de exequibilidad, la razón de esa decisión ha debido fundarse en la competencia de las autoridades judiciales para valorar, en cada caso, las circunstancias concretas a efectos de establecer si la descripción del tipo básico del feminicidio coincide con alguno de los agravantes. La naturaleza abstracta del control impedía una aproximación definitiva.

En síntesis, la Sala Plena ha debido declarar la exequibilidad de las disposiciones acusadas, pero sin afirmar ex ante y de forma categórica que no existía riesgo de superposición o traslape. Si bien las normas impugnadas no resultan, en sí mismas, opuestas a la prohibición de doble juzgamiento por los mismos hechos reconocida en el artículo 29 de la Carta Política, no le correspondía a esta Corporación negar, como creo que lo hizo, cualquier coincidencia entre los supuestos que dan lugar al feminicidio y aquellos que ordenan la agravación punitiva, sin atender el citado precedente de la sentencia C-521 de 2009.

En los anteriores términos dejo expuesta, con respeto, mi aclaración de voto.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ACLARACION DE VOTO DEL MAGISTRADO

ALBERTO ROJAS RÍOS

A LA SENTENCIA C-539/16

LEY QUE CREA EL TIPO PENAL DE FEMINICIDIO COMO DELITO AUTONOMO “LEY ROSA ELVIRA CELY”-Jurisprudencia debería modificar sus precedentes, inspirándose en pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Tribunal Constitucional Español (Aclaración de voto)

Referencia: Expediente D-11293

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 104A (parcial) y 104B, literales a) y g) (parcial) de la Ley 599 de 2000, adicionados por el artículo 2 y 3, literales a) y g) de la Ley 1761 de 2015, “por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones (Rosa Elvira Cely)”.

Magistrado Ponente:

Luis Ernesto Vargas Silva

Con el respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, hago explícitas las razones que me conducen a aclarar el voto respecto de la Sentencia C-539 de 2016, en la cual esta Corporación resolvió:

“PRIMERO.- Declarar EXEQUIBLE la expresión “por su condición de ser mujer” contenida en el artículo 104A del Código Penal, adicionado por el artículo 2 de la Ley 1761 de 2015, “por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones (Rosa Elvira Cely)”, en relación con el cargo analizado en esta sentencia.

SEGUNDO.- Declarar EXEQUIBLES el literal a) y la expresión “7” contenida en el literal g), del artículo 104B del Código Penal, adicionado por el artículo 3 de la Ley 1761 de 2015, “por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones (Rosa Elvira Cely)”, en relación con los cargos analizados en esta sentencia”

Si bien comparto la decisión proferida por el Tribunal Constitucional, disiento del siguiente fundamento, referente al principio del non bis in ídem:

“25. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que en el ordenamiento, una conducta puede tener diversas connotaciones jurídicas, dentro del mismo o en diferentes ámbitos de regulación. Esto quiere decir que un solo acto puede ser trascendente para varios tipos de normas, distintas entre sí, que protegen intereses o tienen propósitos también diversos. En estos casos, esa dualidad o multiplicidad de consecuencias jurídicas, imputadas al mismo comportamiento, no es incompatible con el non bis in ídem.

A este respecto, la Corte ha afirmado que la prohibición de doble incriminación no excluye que un mismo comportamiento pueda dar lugar a diversas investigaciones y sanciones, siempre que tengan distintos fundamentos normativos y finalidades. Por esto, según la jurisprudencia constitucional, el principio en cuestión proscrib, más exactamente, dos sanciones para el mismo hecho, cuando existe identidad de causa, de objeto e identidad en la persona a la cual se le hace la imputación”.

En los términos del fallo, una persona puede ser sancionada, por una misma conducta,

disciplinaria, penal y civilmente, situación que, a nuestro juicio, vulnera flagrantemente la garantía procesal del non bis in ídem.

En mi concepto, la jurisprudencia constitucional colombiana debería modificar sus precedentes en la materia, inspirándose para ello en los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional español.

1. El principio del non bis in ídem según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

La máxima non bis in ídem designa la prohibición de sancionar más de una vez la misma conducta delictiva. En consecuencia, el TEDH ha considerado que cuando una misma jurisdicción juzga a idéntica persona por delitos diferentes, no se está vulnerando el artículo 4 del Protocolo número 7, a cuyo tenor “Nadie podrá ser inculpado o sancionado penalmente por un órgano jurisdiccional del mismo Estado, por una infracción de la que ya hubiere sido anteriormente absuelto o condenado en virtud de sentencia definitiva conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado”, pues de lo que se trata aquí es del “curso ideal de infracciones”. Sobre el particular, es célebre el fallo Oliveira c. Suiza, en el cual se determinó con claridad esta posición jurisprudencial.[98]

En conclusión: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que una persona no puede ser sancionada, por unos mismos hechos, penal y administrativamente, por cuanto aquello vulnera el principio del non bis in ídem.

2. El principio del non bis in ídem en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español.

En España, el principio del non bis in ídem deriva directamente del artículo 25 constitucional, referente al principio de legalidad penal. Al respecto, el Tribunal Constitucional, en Sentencia 17/1981 del 1 de junio, afirmó que este principio “impone, por una parte, la prohibición de que, por parte de las autoridades de un mismo orden y a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente una misma conducta, por entrañar esta posibilidad una inadmisibles reiteración en el ejercicio del “ius puniendi” del Estado y, por otro lado, una prohibición de duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, a excepción de aquellos supuestos en los que, derivado

de una relación de supremacía especial de la administración, esté justificado el ejercicio del “ius puniendi” por los Tribunales y a su vez la potestad sancionadora de la administración”.

La doctrina ibérica[102], por su parte, diferencia entre el non bis in ídem procesal y material.

El non bis in ídem material apunta a la imposibilidad de la imposición de una doble sanción por unos mismos hechos. En palabras del Tribunal Constitucional: “Este principio ha venido siendo aplicado fundamentalmente para determinar una interdicción de duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, pero ello no significa que sólo incluya la incompatibilidad de sanciones penal y administrativa por un mismo hecho en procedimientos distintos correspondientes a órdenes jurídicos sancionadores diversos”[103].

Así las cosas, el principio non bis in ídem es aplicable dentro de un mismo proceso o procedimiento a una pluralidad de sanciones principales ante una identidad de sujetos, hechos o fundamento, objeto o causa material y acción punitiva.

En cuanto al aspecto material del principio non bis in ídem, éste se funda en la necesidad del respetar la cosa juzgada, que como excepción, impide el sometimiento de un sujeto a un doble procedimiento. De esta faceta procesal del non bis in ídem se extraen, por parte de la jurisprudencia constitucional dos consecuencias principales:

- La supremacía del orden penal frente al orden administrativo sancionador y,
- La vinculación, con carácter necesario, de la administración en cuanto a la determinación de los hechos por parte de la jurisdicción penal.

En conclusión: al igual que sucede con el TEDH, la jurisdicción constitucional española considera que imponer, por unos mismos hechos, una sanción administrativa y una de naturaleza penal, vulnera el principio del non bis in ídem.

Fecha ut supra,

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

[1] Una explicación amplia de las exigencias que deben cumplir los cargos puede encontrarse en la Sentencia C-1052 de 2001, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[2] En la Sentencia C-488 de 2009 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio), la Corte declaró exequible la expresión “por razón de su pertenencia al mismo” contenida en la descripción del delito genocidio (artículo 101 del Código Penal), como «ingrediente normativo subjetivo» del tipo que, conforme a instrumentos de derecho internacional, vincula la agresión al grupo nacional, étnico, racial, religioso o (en el caso colombiano) político con el propósito o intención de destruirlo en cuanto tal.

[3] El artículo 29 de la Constitución prevé: “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa...” (negritas fuera de texto).

[5] “a) Tener o haber tenido una relación familiar, íntima o, de convivencia con la víctima, de amistad, de compañerismo o de trabajo y ser perpetrador de un ciclo de violencia física, sexual, psicológica o patrimonial que antecedió el crimen contra ella.

b) Ejercer sobre el cuerpo y la vida de la mujer actos de instrumentalización de género o sexual o acciones de opresión y dominio sobre sus decisiones vitales y su sexualidad.

c) Cometer el delito en aprovechamiento de las relaciones de poder ejercidas sobre la mujer, expresado en la jerarquización personal, económica, sexual, militar, política o sociocultural.

d) Cometer el delito para generar terror o humillación a quien se considere enemigo.

e) Que existan antecedentes o indicios de cualquier tipo de violencia o amenaza en el ámbito doméstico, familiar, laboral o escolar por parte del sujeto activo en contra de la víctima o de violencia de género cometida por el autor contra la víctima, independientemente de que el hecho haya sido denunciado o no.

f) Que la víctima haya sido incomunicada o privada de su libertad de locomoción, cualquiera que sea el tiempo previo a la muerte de aquella”.

[6] M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[7] El artículo también daba lugar a la interpretación, de acuerdo con la cual, se comete feminicidio cuando se causa la muerte de una mujer: “(i) por su condición de ser mujer, (ii) por motivos de su identidad de género, o (iii) donde haya concurrido o antecedido cualquiera de las siguientes circunstancias...”. Esta interpretación, rechazada por la Corte, permitía tres modalidades independientes de comisión del delito y, sobre todo, que los conjuntos de circunstancias previstas en los literales dieran lugar al delito, sin mediar ningún especial elemento subjetivo en la acción homicida. Por otro lado, la Corte solo juzgó el literal e). Sin embargo, el debate interpretativo que planteó y la opción interpretativa que debía seleccionar tenía incidencia en todos los demás literales. De hecho, allí se indicó que, según la interpretación que a la postre se acogió, “independientemente de las circunstancias que se describen en los literales del artículo 2º, la conducta debe necesariamente contar con dicha intención de matar a una mujer por serlo o por motivos de su identidad de género (dolo calificado)” (negritas fuera de texto).

[8] El fallo sostuvo que, de acuerdo con la exposición de motivos, además de superar un vacío legal que impedía sancionar la “muerte dolosa de la mujer por el simple hecho de ser mujer”, la norma tuvo el propósito de cumplir con la obligación del Estado colombiano respecto del deber de debida diligencia en la prevención, investigación y sanción de la violencia contra la mujer, en su dimensión estructural, como un hecho generalizado y sistemático que menoscaba, además de la vida, sus derechos a la dignidad humana, la igualdad, la no discriminación y el libre desarrollo de la personalidad.

[9] La sentencia explicó que en la exposición de motivos de la ley, el feminicidio fue caracterizado como el homicidio de mujeres por el hecho de ser tales, en un contexto social y cultural que las ubica en posiciones, roles o funciones subordinadas, contexto que favorece y las expone a múltiples formas de violencia.

[10] La Corte estimó que, específicamente en el caso del literal e), la necesidad de dar viabilidad probatoria a los antecedentes, indicios o amenazas de cualquier tipo de violencia, está estrictamente ligada con el hecho de que la discriminación estructural contra las mujeres persiste también en ámbitos judiciales.

[11] En la misma sentencia que se acaba de citar, la Corte indicó: “No obstante, si bien el

Legislador estableció unas circunstancias específicas en los literales de la norma, éstas no son un catálogo necesario que debe agotarse para comprobar el feminicidio. Es decir, la adecuación típica de la conducta siempre debe abordarse a la luz del móvil, como el elemento transversal que lleva consigo el análisis de la violencia o discriminación de género, en cualquiera de sus formas, que puede escapar a dichas circunstancias”.

[12] Como, por ejemplo, la tortura, el genocidio, las ejecuciones extrajudiciales, o las desapariciones forzadas. Ver, a este respecto, las sentencias C-225 de 1995, C-368 de 2000, C-177 de 2001 y C-226 de 2002; C-422 de 2011; C-121 de 2012.

[13] Ver, a este respecto, las sentencias C-442 de 2011 y C-121 de 2012.

[14] Sentencias C-442 de 2011 y C-121 de 2012.

[15] Sentencias C-038 de 1995.

[16] Sentencias C-070 de 1996.

[17] Sentencias C-070 de 1996, C-939 de 2002 y C-121 de 2012.

[18] Sentencias C-205 de 2003, C-297 de 2016, C-181 de 2016 y C-599 de 1999.

[19] En la Sentencia C-343 de 2006, citada en la sentencia C-297 de 2016, la Corte afirmó: “i) la conducta sancionable debe estar descrita de manera específica y precisa, bien porque está determinada en el mismo cuerpo normativo o sea determinable a partir de la aplicación de otras normas jurídicas; ii) debe existir una sanción cuyo contenido material lo define la ley; y iii) la obligatoria correspondencia entre la conducta y la sanción”

[20] En la Sentencia C-605 de 2006, la Corte analizó y encontró acorde con la Constitución el artículo 382 del Código Penal, que sanciona el porte y transporte ilegal de sustancias que participan en la producción de cocaína y otros estupefacientes, productos estos para cuya determinación se requiere el análisis de la norma de naturaleza reglamentaria, expedida por una autoridad administrativa, que define y clasifica tales sustancias (Consejo Nacional de Estupefacientes). Cfr. Sentencias C-1490 de 2000, C-599 de 2000, C-559 de 1999 y C-121 de 2012.

[21] Ver, Sentencias C-559 de 1999 y C-121 de 2012.

[22] Sentencias C-605 de 2006.

[23] Sentencia C-605 de 2006, Ver, así mismo, las Sentencias C-739 de 2000 y C-917 de 2001.

[24] En la Sentencia C-442 de 2011, la Sala Plena consideró que los tipos penales de injuria y calumnia, que incorporan las expresiones “imputación deshonrosa” e “imputar una conducta típica”, respectivamente, eran notablemente abiertos. Afirmó, sin embargo, que esta indeterminación era superable con base en las reglas interpretativas construidas al respecto por la Corte Constitucional y de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Ver así mismo, sentencia T-127 de 1993, reiterada en las sentencias C-422 de 2011 y C-121 de 2012. Sobre la necesidad y justificación de estos tipos ver, las Sentencias C-599 de 1999, C-442 de 2011 y C-121 de 2012. Sobre su definición, ver la Sentencia C-501 de 2014, C-127 de 1993 y C-742 de 2012.

[25] En la Sentencia C-205 de 2003, la Corte determinó que el delito de comercio de autopartes usadas de vehículos automotores, cuando no se demuestre su procedencia ilícita, era ambiguo y, por lo tanto, infringía el principio de estricta legalidad. Consideró que mediante ese tipo penal se sancionaba tanto a quienes conocían del origen ilícito de los bienes como a quienes lo ignoraban y no resultaba claro, para el ciudadano, cuándo su acción estaba penalizada, por lo cual lo declaró inexecutable. Ver, así mismo, las Sentencias C-559 de 1999 y C-205 de 2003, citadas ambas en la Sentencia C-742 de 2012.

[26] Sentencia T-537 de 2002, citada por la Sentencia C-121 de 2012.

[28] En la Sentencia C-870 de 2002, la Corte sostuvo que el sentido del principio en examen es “evitar que el Estado, con todos los recursos y poderes a su disposición, trate varias veces, si fracasó en su primer intento, de castigar a una persona por la conducta por él realizada, lo cual colocaría a dicha persona en la situación intolerable e injusta de vivir en un estado continuo e indefinido de ansiedad e inseguridad. Por eso, éste principio no se circunscribe a preservar la cosa juzgada sino que impide que las leyes permitan, o que las autoridades busquen por los medios a su alcance, que una persona sea colocada en la situación descrita. De ahí que la Constitución prohíba que un individuo sea «juzgado dos

veces por el mismo hecho»”.

[29] Sentencias T-537 de 2002, T-162 de 1998 y T-575 de 1993, C-121 de 2012.

[30] Cfr. Sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de 26 de marzo de 2007, radicación 25629, citada en la Sentencia C-181 de 2016.

[31] Sentencias C-870 de 2002 y C-121 de 2012.

[32] Sentencia C-088 de 2002, reiterada en las Sentencias T-162 de 1998 y C-121 de 2012. En la Sentencia T- 413 de 1992, la Corte afirmó: “Esta Sala considera que en el presente caso no se da una violación al precepto citado, por cuanto el juicio realizado en dos jurisdicciones distintas implica una confrontación con normas de categoría, contenido y alcance distinto. El juez disciplinario evalúa el comportamiento del acusado, con relación a normas de carácter ético, contenidas principalmente en el Estatuto de la Abogacía. Por su parte, el juez penal hace la confrontación de la misma conducta, contra tipos penales específicos que tienen un contenido de protección de bienes jurídicamente tutelados en guarda del interés social. Así que tanto la norma aplicable, como el interés que se protege son de naturaleza distinta en cada una de las dos jurisdicciones. Por ello, es posible, como sucedió en este caso, que el juez penal haya absuelto y, por su parte, el juez disciplinario haya condenado. No hay, por tanto, violación de la norma superior invocada en este punto por el peticionario, como tampoco de otros derechos fundamentales”. Este criterio fue reiterado en las Sentencias C-259 de 1995, C-244 de 1996 y C-088 de 2002.

[33] Ver, así mismo, la Sentencia C-088 de 2002.

[34] En la Sentencia C-088 de 2002 se puso de manifiesto que, conforme a los criterios indicados en el texto, no viola el non bis in ídem que una misma conducta, por ejemplo, sea objeto de investigación y sanción disciplinaria (Sentencias T-413 de 1992, C-060 de 1994 y C-427 de 1994) y que un mismo comportamiento sea investigado por la justicia penal y por los tribunales de ética médica (Sentencia C-259 de 1995). De igual manera, se ha dicho que un mismo comportamiento puede constituir causal de responsabilidad política y, al mismo tiempo, de responsabilidad penal, en tanto formas separables y autónomas de responsabilidad. Sobre esto, ver la Sentencia C-319 de 1994.

[35] En la Sentencia C-233 de 2002, la Corte afirmó que el proceso de repetición contra los servidores públicos es una actuación, aunque también sancionatoria, autónoma del proceso disciplinario, con sanciones de naturaleza diferente, por lo cual no infringe el non bis in ídem.

[36] Sentencia C-427 de 1994. En la Sentencia C-115 de 2008, la Sala Plena analizó el cargo de violación del non bis in ídem contra dos normas que contemplan la agravación del homicidio y las lesiones personales en aquellos casos en que el resultado se produzca bajo el influjo de bebida embriagante, droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica. El actor consideraba que esta específica circunstancia ya estaba prevista en los dos tipos básicos y, en consecuencia, incorporarla como agravante significaba una doble incriminación. La Corte señaló, en contraste, que la circunstancia de agravación punitiva tenía una finalidad sancionatoria distinta a la de los tipos básicos, de modo que no se desconocía el principio en examen. Destacó, entonces: “con la agravación de la pena no se tiene el propósito de «formular un reproche a la persona por el hecho mismo» del consumo, sino un aumento por la mayor censura que amerita no haber observado una conducta más cuidadosa, «pudiendo obrar de otro modo y poseyendo actitud psicofísica para comprender el hecho», pero a pesar de ello incurrir voluntariamente «en el comportamiento merecedor de reproche punitivo»”.

[37] En la Sentencia C-233 de 2002, la Corte consideró que, además de la naturaleza jurídica de las sanciones, las acciones disciplinaria y de repetición, respectivamente, protegían bienes jurídicos diferentes. Indicó que mientras la acción disciplinaria tiene una función preventiva y correctiva y garantiza la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución, la ley y los tratados internacionales que se deben observar en el ejercicio de la función pública, la acción de repetición o el llamamiento en garantía con fines de repetición y las sanciones aplicables en caso de condena tienen razón de ser en la defensa del patrimonio público y el respeto de los principios de moralidad y eficiencia de la función pública.

[38] Sentencia T-413 de 1992. En la Sentencia C-244 de 1996, la Corte sostuvo que entre un proceso disciplinario y una actuación penal contra una misma persona, por unos mismos hechos, no hay identidad de objeto ni de causa, pues la finalidad de cada uno es distinta y los bienes jurídicamente tutelados diferentes. Entre otros aspectos, precisó que en cada uno

de esos procesos se evalúa la conducta del implicado frente a unas normas de contenido y alcance propios, dado que en el proceso disciplinario contra servidores estatales se juzga su comportamiento frente a normas administrativas de carácter ético destinadas a proteger la eficiencia, eficacia y moralidad de la administración pública, en tanto que en el proceso penal las normas buscan preservar bienes sociales más amplios.

[39] Sentencia C-870 de 2002, En la Sentencia C-037 de 1996, la Corte consideró que el artículo 58 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, al conceder a los Magistrados, Fiscales y Jueces la potestad de adoptar medidas correccionales frente a ciertas actuaciones de particulares, sin perjuicio de la investigación, juzgamiento e imposición de sanciones disciplinarias y penales a que los mismos hechos pudieren dar origen, no desconocía el non bis in ídem, por cuanto “se trata de determinaciones de naturaleza particular tomadas para cada caso por autoridades de competencia también diferente”. Cfr. Sentencias C-259 de 1995 y C-121 de 2012.

[40] En la Sentencia C-754 de 2015, se definió estereotipo como la “determinación de un molde como una referencia a la identidad de alguien, que cuando se traduce en un prejuicio adquiere una connotación negativa y tiene el efecto de la discriminación. La asignación de estereotipos muchas veces responde a la categorización de las personas en la sociedad, por pertenecer a un grupo particular, lo cual puede generar desventajas que tengan un impacto en el ejercicio de derechos fundamentales”.

[41] Sentencia C-297 de 2016.

[42] Cfr. González Gabaldón, Blanca, “Los estereotipos como factor de socialización de género”, en Revista Comunicar, 1999, 12, 79-88. Ver, así mismo, las Sentencias C-335 de 2013 y C-754 de 2015. Según Rebecca J. Cook & Simone Cusack, en tanto se presume que el grupo específico posee los atributos o características del estereotipo o cumple el rol, se cree que una persona, por el solo hecho de pertenecer a él, actuará de conformidad con la visión generalizada o preconcepción existente acerca del mismo. Cook, Rebecca J., & Cusack, Simone, Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales, Profamilia, Bogotá D. C., 1997, p. 11.

[43] Sentencia C-297 de 2016.

[44] Sentencia C-371 de 2000.

[45] Cfr. Luna, Lola & Villarreal, Norma, Historia, género y política. Movimientos de mujeres y participación política en Colombia, 1930-1991, Universidad de Barcelona y Comisión Interministerial de Ciencias y Tecnología, Barcelona, 1994, esp. Cap. I (Historia, género y política).

[46] Sentencia C-371 de 2000, reiterada en la Sentencia C-335 de 2013.

[47] La recopilación de estas normas civiles y otras pueden consultarse en la sentencia C-335 de 2013.

[48] Cfr. Luna, Lola & Villarreal, Norma, Ob.Cit., p. 51.

[49] Sentencias C-371 de 2000 y C-667 de 2006.

[50] Sentencia C-297 de 2016.

[51] Sentencia C-335 de 2013.

[52] En la Sentencia T-878 de 2014, la Corte sostuvo: “En esa línea, los hombres recurren a la violencia física en contra de las mujeres para reafirmar su poder patriarcal o para lograr que aquellas se comporten según los roles femeninos acostumbrados, infundiendo miedo y terror para eliminar futuras amenazas a su autoridad”.

[54] Cfr. artículos 1 de la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de la Asamblea General de las Naciones Unidas, y 1 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará).

[55] Sentencia T-878 de 2014.

[56] Ver, la definición, en términos de daño, del artículo 3.c. de la Ley 1257 de 2008, “por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres”.

[57] En la Sentencia T-967 de 2014, se analiza con detalle este tipo de violencia. Cfr., así

mismo, la Sentencia T-012 de 2016.

[58] En la Sentencia T-012 de 2016, la Corte encontró que se había causado, en otros, “daño patrimonial” a la víctima accionante, pues su cónyuge, una vez contrajeron matrimonio, la forzó a retirarse de trabajar y luego de que ella comenzó a poner en conocimiento de las autoridades los actos de violencia física a los cuales la sometía, él dejó de pagar el costos de la administración del edificio en el cual residían, los servicios públicos domiciliarios, destruyó las cerraduras de las puertas de toda la vivienda, retiró objetos y cuadros del apartamento y dejó faltar incluso los víveres.

[59] El artículo 42 de la Constitución señala: “cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley”.

[60] Ver Sentencia C-297 de 2016.

[61] Sentencias T-878 de 2014, C-335 de 2013 y C-297 de 2016.

[62] Ocasionalmente criticado, en tanto desprovisto de enfoque de género. Ver, a este respecto, la Sentencia T-878 de 2014, nota 23.

[63] Ver, especialmente, artículos 1, 5, 11, 12, 13, 42, 43, 44 de la Constitución Política; 1, 2, 3, 5, 7, 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 4, 5, 11, 17 y 24 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos; y 6.1, 7, 17, 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

[64] Y aprobada mediante la Ley 51 de 1981 (art. 1º).

[65] Precisamente, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en su Recomendación General número 19, sobre “La violencia contra la mujer”, afirmó: “la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre”.

[66] El Comité emitió, también, otras recomendaciones relacionadas: “g) Se adopten medidas preventivas y punitivas concretas para eliminar la trata de mujeres y la explotación sexual... k) Los Estados establezcan o apoyen servicios destinados a las víctimas de violencia en el hogar, violaciones, ataques sexuales y otras formas de violencia contra la

mujer, incluido el establecimiento de refugios, el empleo de trabajadores sanitarios especialmente capacitados, rehabilitación y asesoramiento... o) Los Estados garanticen que las mujeres en las zonas rurales tengan acceso a los servicios para víctimas de la violencia y que, de ser necesario, se presten servicios especiales a las comunidades aisladas. p) Las medidas destinadas a proteger de la violencia incluyan la capacitación y las oportunidades de empleo y la supervisión de las condiciones de trabajo de las empleadas domésticas... r) Entre las medidas necesarias para resolver el problema de la violencia en la familia figuran las siguientes: i) sanciones penales en los casos necesarios y recursos civiles en caso de violencia en el hogar; ii) legislación que elimine la defensa del honor como justificativo para atacar a las mujeres de la familia o atentar contra su vida; iii) servicios para garantizar la seguridad de las víctimas de violencia en la familia, incluidos refugios y programas de asesoramiento y rehabilitación; iv) programas de rehabilitación para los culpables de violencia en el hogar”.

[67] Aprobada mediante la Ley 248 del 29 de 1995 (artículo 1º).

[68] Cfr. Sentencias C-355 de 2006, C-667 de 2006, T-787 de 2014, C-297 de 2016 y Auto 009 de 2015.

[69] Sentencia C-297 de 2016, nota 79. Ver, también, la Sentencia C-776 de 2010.

[70] Auto 092 de 2008.

[71] Auto 009 de 2015.

[72] Sentencia T-234 de 2012.

[73] Sentencia T-496 de 2008.

[74] Sentencia C-776 de 2010.

[75] Sentencia C-754 de 2015.

[76] Sentencia T-878 de 2014.

[77] Ibíd.

[78] Sentencia T-967 de 2014 y T-012 de 2016.

[79] Sentencia C-335 de 2013.

[80] El Tribunal fue un evento celebrado en 1976, en Bruselas, por feministas, a la que concurrieron más de dos mil mujeres de cuarenta países, donde se expusieron, desde la perspectiva femenina, los diversos tipos de discriminación y opresión a que eran sometidas y, en especial, las formas de violencia de que eran víctimas. Ver, Ferrer Pérez, Victoria A y Bosch Fiol, Esperanza, “El papel del movimiento feminista en la consideración social de la violencia de contra las mujeres: el caso de España”, en Revista Labrys Estudios Feministas, junho/ dezembro 2006, vol 10.

[81] En la ponencia afirmó: “Debemos ser conscientes de que muchos homicidios son, en realidad, feminicidios. Debemos reconocer las políticas de género de los asesinatos. Desde la cacería de brujas en el pasado, hasta la más reciente y difundida tradición de los infanticidios de niñas en muchas sociedades y los asesinatos de “honor”, debemos ser conscientes de que el feminicidio se ha mantenido durante mucho tiempo. Sin embargo, dado que compromete solo a las mujeres, no existía un nombre hasta que Carol Orlock inventó la palabra «femicide»” (traducción libre), cfr. Russell, Diana E. H. and Van de Ven, Nicole, Crimes Against Women: Proceedings of the International Tribunal, Russell Publications, California, 1990, p. 104, recuperado de http://www.dianarussell.com/f/Crimes_Against_Women_Tribunal.pdf. Diana Russel hizo conocida la expresión “femicide”, pero, como ella reconoce, el término apareció por primera vez en la literatura en A Satirical View of London at the Commencement of Nineteenth Century, en 1801, para denominar el asesinato de una mujer y luego, en 1974, fue ideada por Carol Orlock, de quien finalmente la tomó. Ver, a este respecto, Munevar M., María Inés, “Delito de femicidio. Muerte violenta de mujeres por razones de género”, en Revista Estudios Sociojurídicos, 2012, 14, (1), pp. 135-175, nota 39.

[82] Esta ha sido una de las razones principales para preferir el término “feminicidio” a “femicidio” en la región. Para esto y para una profundización sobre el debate acerca otros criterios para optar por un vocablo en lugar del otro, ver, por todos, Toledo, Patsilí, Femicidio, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, México D.F., 2009, pp. 24-29.

[83] Caputi, Jane and Russell, Diana E. H. , “Femicide: Sexist Terrorist against Women”, en Radford Jill and Russell, Diana E. H. (edited by), Femicide. The Politics of Woman Killing, Twayne Publishers, New York, 1992, p. 15.

[84] Reporte a la Asamblea General de Naciones Unidas de la Relatora especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Rashida Manjoo, A/HRC/20/16 párr. 15 (traducción libre).

[85] Cita tomada de la Sentencia C-297 de 2016.

[86] *Ibíd.*

[87] *Ibíd.*, párr. 18.

[88] Modelo de Protocolo Latinoamericano de Investigación de las Muertes Violentas de Mujeres por Razones de Género (femicidio/feminicidio), párr. 40.

[89] *Ibíd.*, párr. 98.

[90] Citado en la Sentencia C-297 de 2016.

[91] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. “231”.

[92] Sentencia C-297 de 2016. En relación con los seis conjuntos de circunstancias previstos de los literales a) al f) del artículo demandado, correspondientes a diversos escenarios contextuales que, aunque no exhaustivos, son indicativos de que un crimen tiene carácter de feminicidio (ver *supra* fundamento 7), la Corte indicó que, en tanto la privación de la vida de las mujeres se produce bajo esquemas de discriminación socialmente difundidos y normalizados, incluso a nivel de la administración de justicia, la garantía a un recurso judicial efectivo para ellas implica la introducción de un enfoque de género en el derecho penal, lo que a su vez comporta, entre otras cosas, que el legislador flexibilice la prueba del móvil de género del crimen, el cual puede ser demostrado a partir de los contextos que rodean su ejecución.

[93] “...Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa...” (negrillas fuera de texto).

[94] Citó las Sentencias T-967 de 2014, C-438 de 2013, C-781 de 2012, T-973 de 2011, T-677 de 2011, T-1015 de 2010, A-092 de 2008 y C-408 de 1996.

[95] Sentencia C-521 de 2009.

[96] Sentencia C-870 de 2002.

[97] Fundamento jurídico No. 59.

[98] TEDH, asunto Oliveira c. Suiza, de 30 de julio de 1998.

[99] TEDH, asunto W.F c. Austria, de 30 de mayo de 2002.

[100] TEDH, asunto Öztürk c. Alemania, de 21 de febrero de 1984.

[101] TEDH, asunto Gradinger c. Austria, de 23 de octubre de 1995.

[102] Ver María del Mar Díaz Pita.