

	UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER OCAÑA			
	Documento	Código	Fecha	Revisión
	FORMATO HOJA DE RESUMEN PARA TRABAJO DE GRADO	F-AC-DBL-007	10-04-2012	A
Dependencia	Aprobado		Pág.	
DIVISIÓN DE BIBLIOTECA	SUBDIRECTOR ACADEMICO		1(40)	

RESUMEN – TRABAJO DE GRADO

AUTORES	MONICA MARIA CARRASCAL ORTEGA ROMARIO ANDRES TORRADO ASCANIO
FACULTAD	DE EDUCACIÓN ARTES Y HUMANIDADES
PLAN DE ESTUDIOS	DERECHO
DIRECTOR	JUREYDY KATERINE AREVALO CORONEL
TÍTULO DE LA TESIS	ANÁLISIS DEL DERECHO A LA IGUALDAD EN EL TIPO PENAL DEL FEMINICIDIO EN COLOMBIA.

RESUMEN (70 palabras aproximadamente)

EN COLOMBIA, EN LAS REFORMAS A LA NORMATIVIDAD PENAL EN GENERAL Y A LA PROTECCIÓN DE LA VIDA E INTEGRIDAD PERSONAL EN PARTICULAR, CUANDO SE TRATA DE LOS DERECHOS A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y PSÍQUICA DE LAS PERSONAS, “INCLUYEN TAMBIÉN LAS NORMAS PENALES DESTINADAS A SANCIONAR LOS ACTOS QUE CONSTITUYEN ATENTADOS CONTRA ESTOS DERECHOS”, ES POR ELLO QUE SE SANCIONA EN NUESTRO PAÍS LA LEY 1761 DE 2015, ESTA LEY CREA EL TIPO PENAL DE FEMINICIDIO Y LO CONSAGRA COMO UN DELITO AUTÓNOMO EXPRESANDO TOTAL PROTECCIÓN A LA MUJER, CUANDO ESTA SEA VÍCTIMA DE VIOLENCIAS POR MOTIVOS DE GÉNERO Y DISCRIMINACIÓN

CARACTERÍSTICAS

PÁGINAS: 40	PLANOS: 0	ILUSTRACIONES: 0	CD-ROM:1
-------------	-----------	------------------	----------



SC-CER102673 GP-CER102674

Vía Acolsure, Sede el Algodonal, Ocaña, Colombia - Código postal: 546552
 Línea gratuita nacional: 01 8000 121 022 - PBX: (+57) (7) 569 00 88 - Fax: Ext. 104
 info@ufpso.edu.co - www.ufpso.edu.co

**ANÁLISIS DEL DERECHO A LA IGUALDAD EN EL TIPO PENAL DEL
FEMINICIDIO EN COLOMBIA.**

AUTORES

MONICA MARIA CARRASCAL ORTEGA

ROMARIO ANDRES TORRADO ASCANIO

**Monografía de investigación presentada como trabajo de grado para optar el título de
abogados.**

DIRECTOR

JUREYDY KATERINE AREVALO CORONEL

Abogada

**UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER
FACULTAD DE EDUCACIÓN, ARTES Y HUMANIDADES
DERECHO**

Ocaña, Colombia

Noviembre, 2018

Nota de Aceptación

Jurado metodológico

Jurado científico

COMITÉ CURRICULAR DE DERECHO UFPSO

Ocaña, Norte de Santander, 2018

Índice

Capítulo 1. Antecedentes del tipo penal de feminicidio	1
1.1 Recopilación histórica del delito de feminicidio	2
1.1.1 El feminicidio a nivel internacional.	2
1.1.2 El feminicidio a nivel continental.	3
1.1.3 El feminicidio a nivel nacional	3
Capítulo 2. Análisis dogmático del tipo penal de feminicidio.....	8
2.1 Elementos del tipo penal desde la óptica de la tipicidad objetiva de feminicidio simple y agravado	10
2.1.1 Sujetos.....	10
Capítulo 3. La libertad legislativa y el principio igualdad en la protección de bienes jurídicos ..	19
3.1 Libertad de configuración legislativa en la Política Criminal	19
3.2 La igualdad en la protección de bienes jurídicos.....	24
Conclusiones	27
Referencias.....	29

Introducción

“La verdadera igualdad significa que todos rindan cuentas de la misma manera, sin importar la raza, género, fe, origen étnico o ideología política”

Mónica Crowley.

La violencia contra la mujer es una problemática que se presenta a nivel mundial, de acuerdo con cifras de las Organización de las Naciones Unidas, se reporta que a nivel mundial un 35% de las mujeres ha padecido violencia física. (ONU, 2017). Nuestro país no ha sido ajeno a lo relacionado con la violencia contra la mujer, presentándose casos de asesinatos de mujeres por sus parejas, lo cuales si bien conmocionaban a la sociedad no repercutían tanto en el Congreso de la Republica para que tramitaran una legislación en pro de la protección de las mujeres.

No obstante, en Colombia en mayo del año 2012, un asesinato a una mujer que trabajaba informalmente como vendedora ambulante y aprovechaba su tiempo libre en la noche para validar el bachillerato, conmocionó al país, hizo eco en los medios de comunicación e instó al Congreso de la Republica a legislar, dando vida jurídica a la ley 1761 de 2015, conocida como ley Rosa Elvira Cely, la cual crea el tipo penal de feminicidio como un delito autónomo, expresando la exposición de motivos que:

La presente ley tiene por objeto tipificar el feminicidio como un delito autónomo, para garantizar la investigación y sanción de las violencias contra las mujeres por motivos de género y discriminación, así como prevenir y erradicar dichas violencias y adoptar estrategias de sensibilización de la sociedad colombiana, en orden a garantizar el acceso de las mujeres a una vida libre de violencias que favorezca su desarrollo integral y su bienestar, de acuerdo con los principios de igualdad y no discriminación. (Exposición de motivos, ley 1761 de 2015)

De acuerdo a lo anterior podemos decir que se incurre en el delito de feminicidio cuando se matare a una mujer, por el solo hecho de ser mujer, excluyéndose este marco normativo a las

personas de sexo masculino, esto nos lleva a cuestionar el estatuto penal a partir de la discriminación dada a los hombres, ya que se le brinda protección especial solo a la mujer (Sanchez O. A., 2009)

Ubicados en el anterior contexto ideológico, como descripción del problema de investigación, se encuentra que este tiene como síntomas, un margen que diferencia la protección a bienes jurídicos como la vida entre personas de distinto sexo, es decir que esta norma tiene un margen diferenciador que atenta contra el derecho a la igualdad en la protección de hombres y mujeres, ya que casos de maltrato y/o homicidio de hombres bien sea por sus parejas hetero o parejas del mismo sexo, bajo circunstancias fácticas similares a las del tipo penal de feminicidio, no tienen el mismo tratamiento entre hombres y mujeres.

Dentro de las causas que llevan a los síntomas en mención se encuentra que esta diferenciación en la protección de hombres y mujeres a quienes se les atente contra el bien jurídico de la vida, bajo las mismas circunstancias fácticas, obedece no, a una diferenciación constitucional, sino a una diferenciación legal, propia de la política criminal del país la cual se ve persuadida por el populismo punitivo, instando la respuesta del legislativo, de esta problema se prevén como pronóstico, la existencia de un marco de desigualdad en el ámbito penal en la protección del bien jurídico a la vida el cual puede ser atentado dentro de los mismos hechos facticos en hombres y mujeres, lo cual permite formular como problema de investigación ¿cuál es el alcance del principio de igualdad en materia penal teniendo como referencia el tipo penal de feminicidio en el cual se consagra que el homicidio a una mujer es más gravoso punitivamente que el homicidio cometido contra un hombre, bajo las mismas circunstancias fácticas?

Para respuesta al anterior problema jurídico, se desarrollará en esta investigación una serie de capítulos, el primero se enfocara en analizar los factores que conllevaron al legislativo a crear un tipo penal que tipifica el feminicidio como un delito autónomo en Colombia, desarrollando en este capítulo los antecedentes del feminicidio, así como la influencia del populismo punitivo en el Congreso de la Republica, lo que llevo a la sanción del tipo penal de feminicidio. Realizado lo anterior se abordarán los aspectos facticos que, sumados al análisis dogmático del feminicidio, se hacen necesarios para la configuración de este delito. Por último, el tercer capítulo de esta monografía, desarrollara la libertad legislativa y el principio rector de igualdad frente a la diferencia de protección de bienes jurídicos semejantes en hombres y mujeres, a partir de la tipificación del feminicidio en Colombia.

Esta investigación tiene como propósito crear academia y doctrina a partir de un estudio que abarque la interpretación jurídica del delito de feminicidio, para aplicar un análisis nacional que tenga en cuenta que existen casos de homicidio en hombres a manos de mujeres, que cumplen unos parámetros facticos acordes con el requerido en la configuración del tipo penal de feminicidio, pero que a diferencia de este, no existe una protección especial al sexo masculino como lo tiene el sexo femenino desde la sanción y promulgación de la Ley 1761 de 2015, olvidando a su vez esta ley que las Naciones Unidas como Human RightsWatch hacen referencia a la violencia entre parejas como agresión de un individuo a otro sin distinguir el género.

Ya que se hace necesario ahondar en el derecho a la igualdad a nivel nacional e internacional, lo que permitirá sentar bases para exponer desde la academia, por medio de la presente investigación la necesidad de incluir en el marco normativo de la Ley 1761 de 2015 la

protección a hombres a quienes se les atente en las mismas circunstancias fácticas que a las mujeres, un castigo severo a los perpetradores de este flagelo tal y como lo consagra el tipo penal de feminicidio.

Finalmente, como estudiante de derecho, se contribuirá a la academia en general y al ámbito jurídico en particular, con una investigación que desarrolla un tema de actualidad, que además de novedoso ha resultado controversial para los estudios del derecho penal, destacándose desacuerdos con la diferenciación protectora de bienes jurídicos, como lo plantea el maestro Zaffarini, para quien estas políticas criminales, responden es al populismo punitivo y no a modelos clásicos de la ley penal, entre los que se destaca el feminicidio, tema escogido para abordar en este trabajo y dejar como documento de apoyo a la academia en general y a los estudiantes de derecho de la universidad Francisco de Paula Santander Ocaña, en particular.

INSTITUCIÓN: UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER OCAÑA
TÍTULO: ANÁLISIS DEL DERECHO A LA IGUALDAD EN EL TIPO PENAL DEL FEMINICIDIO EN COLOMBIA
AUTOR: ROMARIO ANDRES TORRADO ASCANIO
MONICA MARIA CARRASCAL ORTEGA
TUTOR: JUREYDY KATERINE AREVALO CORONEL
FECHA: NOVIEMBRE DE 2018

Resumen

Ubicados en lo anterior, se encuentra que existe un margen que diferencia la protección a bienes jurídicos como la vida entre personas de distinto sexo, es decir que esta norma tiene un margen diferenciador que atenta contra el derecho a la igualdad en la protección de hombres y mujeres, ya que casos de maltrato y/o homicidio de hombres bien sea por sus parejas hetero o parejas del mismo sexo, bajo circunstancias fácticas similares a las del tipo penal de feminicidio, no tienen el mismo tratamiento entre hombres y mujeres.

Por medio de la presente investigación la necesidad de incluir en el marco normativo de la Ley 1761 de 2015 la protección a hombres a quienes se les atente en las mismas circunstancias fácticas que a las mujeres, un castigo severo a los perpetradores de este flagelo tal y como lo consagra el tipo penal de feminicidio.

El presente trabajo se divide en tres capítulos, en el primer capítulo se habla de los antecedentes penales del feminicidio a nivel internacional, continental y nacional; el segundo capítulo hace referencia al análisis dogmático del tipo penal de feminicidio incluido en este, los elementos del tipo penal desde la óptica de la tipicidad objetiva del feminicidio simple, agravado y los sujetos que la conforma. Por último, el capítulo número tres nos habla de la libertad de configuración legislativa en la política criminal y la igualdad en la protección de bienes jurídicos ordinarios laborales frente a las notificaciones del código general del proceso.

Capítulo 1. Antecedentes del tipo penal de feminicidio

Casos emblemáticos de violencia contra la mujer han sido trascendentales para que los Estados adopten medidas severas de protección contra las infracciones a sus derechos, en Colombia un ejemplo de ello es el crimen cometido contra Rosa Elvira Cely, aberrante caso de homicidio que insto la sanción de la ley 1761 de 2015, la cual, crea el tipo penal de feminicidio; antecedente importante para otros países, así como lo es para Latinoamérica la ley 11.340 (Ley Maria da Penha) sancionada por el congreso nacional de Brasil en el 7 de agosto de 2006.

Si bien este importante antecedente para Latinoamérica como fue la ley María da Penha fue sancionada en 2006, sus antecedentes se remontan al año 1983 cuando María da Penha, brasileña, fue víctima de doble intento de homicidio por su esposo, de acuerdo con Silva (2017):

El agresor, Marco Antonio Heredia Viveiros, colombiano naturalizado brasileño, economista y profesor universitario, le disparó por la espalda mientras ella dormía, causándole paraplejia irreversible, entre otros graves daños a su salud. En ocasión posterior, intentó electrocutarla en el baño. (p.1)

A pesar de los anteriores hechos, hasta 1998, más de 15 años después del crimen, pese haber dos condenas por el Tribunal de Jurados de Ceará (1991 y 1996), el agresor permanecía en libertad, porque el proceso no estaba finalizado, después de 20 años finalizo el proceso en el año 2002 siendo sentenciado el agresor a 8 años de prisión, de los cuales cumplió en prisión un año solamente ya que este país no tenía legislación para la violencia doméstica, razón por la cual María da Penha, enviaron el caso a la CIDH, donde se expresó que el Estado estaba vulnerando garantías fundamentales, instándolo a proteger a la mujer de forma más severa y eficiente, lo que llevo a que en el año 2006 se sancionara la ley 11.340.

Teniendo en cuenta la importancia que reviste los antecedentes mencionados, este capítulo tiene como finalidad abordar los antecedentes mundiales, latinoamericanos del tipo penal de feminicidio, mostrando este delito como una forma de protección a la vida de la mujer, delito que en el caso colombiano tuvo antecedente los altos índices de asesinatos a mujeres, acompañados del clamor social en endurecer las penas ante este delito, seguido del caso Rosa Elvira Celis, el cual fue el hito en la respuesta del legislativo y la influencia de los medios de comunicación que representaban el clamor social.

1.1 Recopilación histórica del delito de feminicidio

1.1.1 El feminicidio a nivel internacional. Hablar del feminicidio a nivel mundial, es hablar de un término que ya tiene significado ya que este fue incorporado solo hasta el 2014 en el diccionario de la real academia española, según datos aportados por el estudio titulado "Carga Global de la Violencia Armada 2015. Cada Cuerpo Cuenta" elaborado por dos organizaciones no gubernamentales europeas con el apoyo de Naciones Unidas. Este estudio indica que "Cada año 60 mil mujeres pierden la vida en circunstancias violentas.

En África y Asia donde no hay una contabilidad confiable, la gravedad del problema se desconoce de los 5 países quienes acumulan la mitad de todos los crímenes de mujeres en el planeta 10 se encuentran en América Latina, citando a Honduras (14 feminicidios por cada cien mil mujeres, El Salvador (17 crímenes en promedio por cada cien mil mujeres) y México entre los cinco países del mundo con el mayor crecimiento en las tasas de homicidios de niñas y mujeres. (Sanchez, 2002).

La lista continúa con Guatemala, Belice, Venezuela, Colombia, Brasil, República Dominicana y Panamá, haciendo parte de estos países, otros veinticinco quienes acumulan la mitad de todos los crímenes de mujeres en el planeta. 10 se encuentran en América Latina.

1.1.2 El feminicidio a nivel continental. En lo que corresponde al ámbito internacional continental, encontramos que el continente americano tiene las mayores tasas de feminicidios en el mundo (Efe, 2016). Según Adriana Quiñones, asesora de la ONU:

En América Latina y el Caribe, 12 mujeres en promedio son víctimas de feminicidio cada día en la región. Cifras que tienen a aumentar en nuestro continente, ya que actualmente en Paraguay se registraron seis asesinatos de mujeres, en México diez, Ecuador 19 feminicidio y solamente en Argentina existen 57 casos de feminicidio.(Sanchez , 2002).

Dentro de la protección de la mujer a nivel continental, resalta la Convención Belém do Pará, la cual, define el derecho de las mujeres como una vida libre de violencia (Artículo 3). Igualmente, como obligaciones específicas de los Estados Americanos para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y que el Artículo 7 establece la obligación del Estado de prevenir, investigar y sancionar todas aquellas manifestaciones de violencia contra la mujer, incluyendo el feminicidio. (Convención do Belém do Pará, 1994).

1.1.3 El feminicidio a nivel nacional. En Colombia, tomo relevancia el termino feminicidio el cual comenzó a emplearse hace pocos años, según Ramírez (2017) “el feminicidio en Colombia ha sido alarmante, este crimen se refiere al maltrato hacia la mujer solo por ser mujer” (p.2). Presentándose muchos casos en donde el esposo agrede físicamente a su esposa solo porque ella lo contradice, Sánchez (2002) ha dicho que:

Anteriormente, esto no era penalizado, sin embargo ahora sí es posible hacer justicia por situaciones como estas, de esta forma encontramos que desde el año 2002 hasta el 2009 fue un periodo alarmante. Hubo más de 627 mil casos de maltrato hacia la mujer e Colombia Y de esos casos, 11.976 mujeres fueron asesinadas. (p. 12)

No obstante, el marco jurídico de protección a la mujer, no solo define su accionar contra

los asesinatos, sino también contra todo tipo de vulneración en contra de sus derechos, razón por la que se ha afirmado, en publicación del periódico el colombiano, titulada “en feminicidios, Colombia ocupa el segundo lugar en Suramérica” y publicada en 2010, que:

Colombia ocupa el primer lugar de Feminicidios en Suramérica y el segundo lugar en Latinoamérica después de México. Es también, junto a Puerto Rico, el país donde más de la mitad de los asesinatos de mujeres se realiza con armas de fuego, seguido por la utilización de armas corto punzantes o de golpes contundentes. Además, es el país con el índice más elevado. (El Colombiano, 2010)

Si bien, nuestro país aprueba y ratifica estas convenciones internacionales, las incorpora a su legislación, crea así un bloque jurídico para garantizar y proteger el cumplimiento de Derechos de las Mujeres. Esto fortalece la estrategia política para combatir la impunidad; y buscar el esclarecimiento de la violación de los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, para fortalecer la capacidad del Estado colombiano para investigar, juzgar y sancionar. (Gualdron, 2014).

Colombia posee un bloque constitucional con enfoque diferencial de género que ha hecho de la violencia feminicidio una responsabilidad estatal. Sin embargo, aún no es suficiente para garantizarles una vida digna y libre de violencias a las mujeres.

En la creación del tipo penal de feminicidio en Colombia, encontramos que el objeto material del delito en sentido estricto se trata de la vida de la mujer o la persona identificada como mujer.

Como lo señala la exposición de motivos de la ley, este es un tipo pluriofensivo que busca proteger diversos bienes jurídicos, a saber: la vida, la integridad personal, la dignidad humana, la

igualdad, la no discriminación y el libre desarrollo de la personalidad. Según la Corte Constitucional, en demanda de inconstitucionalidad contra el literal e) del artículo 2º (parcial) 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), ha manifestado que:

La conducta corresponde a dar muerte a una mujer por el hecho de serlo, por lo tanto el verbo rector es matar a una mujer. No obstante, como lo advierte la exposición de motivos de la ley, este delito se diferencia del homicidio en el elemento subjetivo del tipo. Es decir, la conducta debe necesariamente estar motivada “por su condición de ser mujer o por motivos de su identidad de género”, móvil que hace parte del tipo (dolo calificado). A su vez, el tipo penal describe algunos elementos concurrentes o que han antecedido a la muerte de la mujer como circunstancias que permiten inferir la existencia del móvil. En el caso particular del inciso acusado, se trata de la existencia de “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”. (Ortiz, 2016)

Si bien, el análisis dogmático hace parte del segundo capítulo de esta monografía, preliminarmente se puede concluir que el tipo penal de feminicidio se ha constituido como una necesidad a nivel internacional de proteger la vida de la mujer, siendo estas normas incorporadas al sistema jurídico americano, las cuales permearon el derecho colombiano, país, donde se presentan altos indicios de violencia contra la mujer, sumado a casos de homicidios, siendo el caso Rosa Elvira Cely el hito que llevo a que existirá mayor presión por parte de los medios de comunicación al Congreso de la Republica, para que finalmente se legislara el feminicidio como tipo penal autónomo.

Como se dijo anteriormente, el nacimiento del tipo penal de feminicidio en Colombia se debió al clamor popular que hizo eco en el Congreso de la Republica, órgano que sanciono la ley 1761 de 2015 la cual tiene como objeto:

Tipificar el feminicidio como un delito autónomo, para garantizar la investigación y

sanción de las violencias contra las mujeres por motivos de género y discriminación, así como prevenir y erradicar dichas violencias y adoptar estrategias de sensibilización de la sociedad colombiana, en orden a garantizar el acceso de las mujeres a una vida libre de violencias que favorezca su desarrollo integral y su bienestar, de acuerdo con los principios de igualdad y no discriminación. (Artículo 1)

Es decir, que esta ley, se sancionó con el fin de sancionar severamente cualquier falta a la vida contra la mujer por el hecho de ser mujer, no obstante, teniendo en cuenta que los medios de comunicación jugaron un papel primordial en representación del clamor popular que pedía mayor protección a la mujer, se hace necesario analizar esta influencia de los medios en la política criminal del Estado, esto como parte de los antecedentes del tipo penal de feminicidio.

De acuerdo a lo anterior, hablar de influencia de los medios de comunicación en las políticas del país, en lo referente al derecho penal, es hacer referencia a una forma de presión social a través de los medios de comunicación frente al legislador al cual se le pide justicia por medio del aumento de las penas contempladas en los estatutos penales, sumado a la creación de nuevos tipos penales o suspensión de beneficios por comisión de ciertos delitos como resultado y respuesta a las problemáticas sociales.

Es así, que, frente al populismo penal, los legisladores, elegidos por el pueblo y ante las peticiones de sus electores de resultados punitivos a través de la aprobación nuevas penas o agravantes a un delito en concreto, el legislador se ve compelido a abandonar el carácter de ultima ratio del derecho penal, ha no medir las consecuencias de un nuevo tipo penal, aumento

de pena o suspensión de beneficios frente a los ideales del proceso penal; satisfaciendo a la ciudadanía en general con la sanción de la ley 1761 de 2015, adoptando nuestro país un tipo penal que existía en otros estadios jurídicos latinoamericanos e internacionales, siendo estos los antecedentes del tipo penal de feminicidio, el cual se desarrollara a profundidad en el capítulo siguiente.

Capítulo 2. Análisis dogmático del tipo penal de feminicidio.

Sancionada la ley 1761 de 2015, se cambió la interpretación del delito de homicidio, ya que se estableció un homicidio especial, donde el tipo penal ya está dirigido a la protección de la mujer, teniendo este por objeto tipificar el feminicidio como un delito autónomo, para garantizar la investigación y sanción de las violencias contra las mujeres por motivos de género y discriminación, así como:

Prevenir y erradicar dichas violencias y adoptar estrategias de sensibilización de la sociedad colombiana, en orden a garantizar el acceso de las mujeres a una vida libre de violencias que favorezca su desarrollo integral y su bienestar, de acuerdo con los principios de igualdad y no discriminación..

De esta forma, la ley en mención introdujo a la legislación penal regida por la ley 599 de 2000 donde se encuentra todo el cumulo de delitos que son sancionados a nivel penal, la integración del tipo penal de feminicidio, el cual es una conducta punible que se configura cuando se causare la muerte a una mujer, por su condición de ser mujer o por motivos de su identidad de género, así lo expresa el código penal:

Artículo 104a. Feminicidio. <Artículo adicionado por el artículo 2 de la Ley 1761 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> 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.

Las circunstancias a las que hace referencia el artículo anterior, tienen que ver con las condiciones en que se encuentre la víctima respecto al sujeto activo, las cuales debe valorar el juez a partir de las pruebas obrantes en el proceso que demuestre una de las siguientes causales:

- *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.*
- *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.*

- *Cometer el delito en aprovechamiento de las relaciones de poder ejercidas sobre la mujer, expresado en la jerarquización personal, económica, sexual, militar, política o sociocultural.*
- *Cometer el delito para generar terror o humillación a quien se considere enemigo.*
- *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.*
- *Que la víctima haya sido incomunicada o privada de su libertad de locomoción, cualquiera que sea el tiempo previo a la muerte de aquella.*

Es necesario para que se configure el feminicidio la concurrencia de una de las anteriores causales para de esa forma demostrar que el delito se cometió por el hecho de ser mujer, lo que a su vez permite diferenciar el homicidio del feminicidio. Sumado a lo anterior, el tipo penal de feminicidio contiene unos agravantes estipulados taxativamente en el artículo 104b de la ley 599 de 2000, al concurrir uno de estos la pena se aumentará a quinientos (500) meses a seiscientos (600) meses de prisión, los agravantes en mención son:

- *Cuando el autor tenga la calidad de servidor público y desarrolle la conducta punible aprovechándose de esta calidad.*
- *Cuando la conducta punible se cometiere en mujer menor de dieciocho (18) años o mayor de sesenta (60) o mujer en estado de embarazo.*
- *Cuando la conducta se cometiere con el concurso de otra u otras personas.*
- *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.*
- *Cuando la conducta punible fuere cometida en presencia de cualquier persona que integre la unidad doméstica de la víctima.*
- *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.*
- *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.*

Una vez presentado el delito de feminicidio, sus causales que permiten encausarlo en el tipo penal de feminicidio distinguiéndolo del homicidio y las circunstancias de agravación, se procederá al análisis dogmático de esta conducta.

2.1 Elementos del tipo penal desde la óptica de la tipicidad objetiva de feminicidio simple y agravado

Como aspecto preliminar es importante destacar que el tipo penal de feminicidio simple es de acuerdo a la doctrina un tipo penal autónomo, especial e incompleto por cuanto tiene descripción propia y varios de sus elementos se consagran en otra norma subsiguiente; y el tipo penal de feminicidio agravado es derivado, en atención a que depende de la configuración del tipo penal autónomo que en este caso sería el simple.

2.1.1 Sujetos

Sujeto activo. En cuanto a los sujetos debemos indicar en primer lugar el sujeto activo que en el tipo penal de Feminicidio consagrado en el artículo 104A del Código Penal, tiene un sujeto indeterminado, por lo que el autor del mismo puede ser: un hombre o una mujer; un adulto o un adolescente; una persona homosexual o una persona heterosexual, cuando lo que se supone es que la violencia contra la mujer es ejercida por los hombres y por ende son ellos los destinatarios directos de la norma y en esa medida el tipo penal en mi criterio debió tener sujeto activo determinado o calificado “Hombre”, Adulto o adolescente, incluso homosexual o heterosexual, pero jamás dar la posibilidad de que sea una mujer, con fundamento en la situación de debilidad manifiesta que habilita a todas las autoridades dar un trato desigual en favor de estas, lo que desconoció el legislador Colombiano al tipificarlo de forma indeterminada.

Es que lo que se reprocha socialmente -antijuricidad- es la forma de actuar de las parejas de las mujeres que han sido víctimas de Homicidio, quienes despliegan conductas machistas que

terminan con la muerte de las mujeres por parte de sus esposos, novios o compañeros permanentes, incluso de quienes ya no ostentan esa condición (sus ex), y a quienes la sociedad les exige otro comportamiento en el marco de la relaciones interpersonales - culpabilidad.

En el Femicidio también es viable la coparticipación y la coautoría en el entendido de que todos los autores o partícipes del delito que hubiesen conocido las circunstancias de violencia de género al momento de la planeación o ejecución de la conducta punible responderán por este delito. Aclarando que cuando el determinador actúa con motivos que configuran el Femicidio el autor material lo será del mismo siempre y cuando conozca tales circunstancias y no actué por otros motivos.

Significa entonces que en un evento dado pudiéramos estar ante un determinador de Femicidio y su autor material de un Homicidio Agravado cuando este último ha actuado como por ejemplo bajo promesa remuneratoria o pago, salvo que este conozca las motivaciones del partícipe determinador, evento en el cual se comunicarían dichas circunstancias y sería un autor material de Femicidio.

Sujeto pasivo. En cuanto al sujeto pasivo indudablemente el tipo penal consagra un sujeto pasivo calificado, es decir la víctima debe ser una mujer, aclarando que en mi criterio una persona de la comunidad L.G.T.B.I. que fuese víctima de un Homicidio dependiendo el caso pudiera ser víctima de Femicidio, aspecto que sería resuelto por la Corte Constitucional en caso que se llegase a demandar esta norma en dicho sentido.

De igual manera cuando se trata de alguna de las circunstancias de agravación del Femicidio el legislador consagró un sujeto pasivo calificado de manera doble, por un lado el hecho de ser mujer y por el otro que se trate de una mujer menor de edad, mayor de 60 años, mujer en estado de embarazo, o una mujer con problemas de discapacidad, condicionando una causal de agravación en estas circunstancias, lo cual encuentro ajustado a los parámetros constitucionales y legales dado el mayor reproche de dicha conducta en razón de la condición natural de la víctima.

El bien jurídico. En cuanto a este elemento se trata de la vida de las mujeres desde una perspectiva de protección de género, por la importancia de los derechos de las mujeres ante las graves situaciones de violencia que la sociedad Colombiana en los últimos años ha reclamado a la ciudadanía un reproche a este tipo de conductas, que resultan lesivas no solamente para la vida de la mujer sino para su núcleo familiar y que en muchos de los casos cuando no se vulnera la vida se afectan otros bienes jurídicos de los cuales es titular la mujer o su familia.

La legislación no incorporó las lesiones personales (en cuanto a la integridad personal con enfoque diferencial, no se encuentra protegida como bien jurídico, ya que no se consagró como se dijo el delito de lesiones personales contra las mujeres con enfoque de género), trayendo como consecuencia ante la derogatoria expresa del numeral 14 del art. 104 del Código Penal que conforme al art. 119 de la misma obra remitía a las causales de agravación del Homicidio a las lesiones personales, vacío legal en cuanto a circunstancias que agraven las lesiones cuando se atenta contra las mujeres, omisión en la que incurrió el legislador.

Hay que aclarar que en cuanto al dispositivo amplificador del tipo penal de la Tentativa el mismo es perfectamente viable. Adicionalmente la nueva legislación no modificó el delito de violencia intrafamiliar, en razón que la normativa existente ya establece una sanción ejemplar (circunstancia de agravación) cuando la violencia se cometa en perjuicio de una mujer, y por ende no se tornaba necesaria la modificación del artículo 228 del C.P en este sentido.

De igual manera es viable la configuración del concurso de delitos –Art. 31 del C.P- en el Femicidio, así como que su modalidad es eminentemente dolosa y se excluyen de este tipo penal las modalidades de culpa (art. 23) y preterintención (art. 24), ambas normas del Código penal y lo anterior tiene su justificación en la medida que en este tipo de conductas existe un dolo que apunta a un fin y motivación determinada de modo que quien comete esta conducta debe actuar con capacidad y conocimiento de la ilicitud de sus actos (Imputabilidad inciso 2 art. 9 del estatuto sustancial penal colombiano), por lo que se debe decir que no es viable en este asunto hablar de inimputabilidad, de ser así se estaría ante un Homicidio.

El verbo rector o conducta. La conducta en este tipo penal de Femicidio mantiene el mismo verbo rector del Homicidio, el cual es causar la muerte a la víctima tanto de forma consumada o imperfecta (grado de tentativa Art. 27 ib.), por lo que en esto no hubo ningún cambio y se mantiene una conducta simple dado un único verbo rector y que desde luego se diferencia del Homicidio por el elemento subjetivo de dicha acción tal cual se explicará más adelante.

El objeto material. En este elemento como sabemos se debe precisar si la conducta

desplegada recae en sí mismo contra una persona, una cosa o genera un fenómeno de tal naturaleza que afecta el bien jurídico. En el caso del Femicidio la conducta del sujeto activo recae sobre una persona, sobre una mujer, es decir que el objeto material es personal.

Sin embargo, dado el impacto social de esta conducta pudiéramos catalogar el elemento material como una de naturaleza eminentemente fenomenológica dado el impacto que un Femicidio trae a cualquier comunidad.

El elemento subjetivo. En este asunto hay que especificar que es el elemento diferenciador del Femicidio frente al Homicidio, por cuanto en este asunto si existe una profunda diferencia con el Homicidio, es decir el cambio estructural de este elemento permiten al interprete distinguir ambos comportamientos, ya que la conducta desplegada por el sujeto activo (autor o partícipe) del Femicidio necesariamente debe ir direccionada a lesionar el bien jurídico tutelado en perjuicio de una mujer, motivado por la condición de ser mujer o por motivos de identidad de género, lo que cualifica desde el punto de vista subjetivo el tipo penal de Femicidio.

Dicho lo anterior significa que si no existe ese elemento subjetivo o la conducta no tiene esa motivación existirá un Homicidio, más no el Femicidio, razón por la cual como se dijo línea atrás un inimputable por no conocer la ilicitud de su conducta no podrá ser condenado por Femicidio sino por Homicidio, ya que el dolo es concreto en su motivación.

Ejemplo: Supóngase un Hurto bajo la modalidad de atraco en donde dos individuos para

perfeccionar el ilícito disparan con arma de fuego contra dos víctimas una de ellas mujer, en este caso habrá un concurso de Homicidio agravado en caso de que mueran ambas víctimas, más un concurso con porte ilegal de armas y hurto calificado y agravado, pero jamás un Femicidio, por cuanto el dolo estaba dirigido a lesionar el bien jurídico del patrimonio económico y no vulnerar la dignidad de la mujer, constituyéndose este elemento en el más característico de este tipo penal.

Y es que incluso pudiera existir un Homicidio y no un Femicidio cuando el homicida fuese compañero o esposo de la víctima, por lo que no siempre los Homicidios entre estas personas se puede catalogar como Femicidio, en todo caso corresponderá a los jueces del país dicha labor para no incurrir en errores dogmáticos que desdibujarían los buenos propósitos de esta nueva figura jurídico penal. Veamos el siguiente ejemplo:

Un esposo durante un tiempo planea y ejecuta actos continuos dirigidos a causarle la muerte a su esposa por envenenamiento, todo con el propósito de cobrar un seguro de vida en donde es el primer beneficiario. Como vemos el presente caso el sujeto activo sí bien tiene un vínculo sentimental o jurídico con la víctima mujer, por ser su esposo, no ejerce sobre ella actos de violencia de género, sino que su acción criminal es totalmente distinta y obedece a intereses eminentemente económicos. En consecuencia, lo que se configura en el presente caso es un Homicidio Agravado mas no un Femicidio.

Lo anterior es la razón de ser de que el legislador haya excluido como causales de agravación del Femicidio las contempladas en los numerales 2 y 4 del artículo 104 del Código Penal por desnaturalizar el Femicidio que como conducta criminal debe tener una motivación

distinta a la de “preparar, facilitar o consumir otra conducta punible” o “realizarla por precio, promesa remuneratorio o ánimo de lucro”.

De otro lado también es importante precisar que el elemento subjetivo característico del Femicidio me permite afirmar que por esta razón se mantiene la circunstancia de atenuación genérica denominada Ira e intenso dolor (art. 57 ib.), por cuanto una vez configurada la misma no podrá catalogarse al autor como responsable del delito de Femicidio, pues en estas circunstancias el dolo homicida no está motivado en una perspectiva de violencia de género, sino en el comportamiento de la víctima que el legislador considera grave e injustificado, que conlleva instintiva y emocionalmente al autor a reaccionar de una forma ilegal pero atenuada y por ello el legislador con la expedición de la nueva legislación no hizo mención alguna frente al mismo.

Finalmente debemos precisar que el elemento subjetivo es el más característico y distintivo del Femicidio porque le permite diferenciarse del Homicidio, de ahí la importancia del mismo al momento de juzgar si estamos o no ante este nuevo tipo penal.

El elemento normativo. En cuanto al elemento normativo debe decirse que en el Femicidio existen varias circunstancias que configuran el mismo, estamos hablando de las hipótesis consagradas en los 6 literales del artículo 104A del Código Penal que si se configuran en la conducta del autor o partícipe, se estructuraría en Femicidio, nos referimos entre ellas a cuando el autor tiene alguna relación familiar o íntima con la víctima o cuando se ejerce actos de discriminación sobre ésta por razones de sexo, poder, dependencia económica, o cuando existen

actos de humillación o antecedentes en el autor de que el mismo ha ejercido violencia o amenaza en contra de la víctima u otras similares, todas estas son las circunstancias que convierten la conducta del autor en un Femicidio Simple y que se consagran como elemento normativo del tipo penal, complementando de este modo la acción delictiva, conducta o verbo rector y el elemento subjetivo.

Punibilidad. Frente a este aspecto debemos indicar que la finalidad de esta ley más allá de consagrar el Femicidio como tipo penal autónomo era crear una sanción más grave que la ya existente, que generará en la sociedad en especial en los hombres un mensaje de la gravedad de atentar contra la integridad y la vida de las mujeres por motivos de discriminación o violencia de género. S

Sin embargo noto una inconsistencia por parte del legislador, en tanto que el Homicidio Agravado según el numeral 11 del artículo 104 establecido por la Ley 1257 del 2008 y derogado por la nueva legislación, consagraba una sanción penal del Homicidio Agravado contra una mujer de 33 a 50 años de prisión.

Finalmente, en la Ley 1761 del 2015 se crea el Femicidio como tipo penal autónomo se señaló una pena de 250 a 500 meses, es decir una pena de 20 a 40 años de prisión, sanción menor a la establecida en la derogada Ley, cuando se supone que el Femicidio más allá del mensaje a la sociedad de protección y respeto a la mujer debe tener sanciones más drásticas o por lo menos iguales a las ya establecidas, lo que solo se daría en la nueva ley cuando se configura alguna de las circunstancias de agravación contempladas en el nuevo artículo 104B del Código

Penal que impone como sanción una pena de 40 a 50 años de prisión, que incluso solo se aumenta la sanción en su mínimo tan solo siete años manteniendo el techo de los 50 años que ya existía antes de la nueva legislación y que en la mayoría de los casos no se configuran, ya que un alto porcentaje de los Homicidios contra las mujeres se dan en las circunstancias del Femicidio simple, lo que llama a reflexión que hubiese sido mejor prohibir los beneficios por aceptación de cargos y los preacuerdos y solo crear las circunstancias que pudieran catalogarse al Homicidio como uno de origen o naturaleza de violencia de género.

Capítulo 3. La libertad legislativa y el principio de igualdad en la protección de bienes jurídicos

Al iniciar esta monografía se planteó analizar si se vulnera el derecho a la igualdad al presentarse el daño a la vida en un hombre bajo las mismas circunstancias fácticas que permiten hacer referencia al feminicidio, ya habiendo hecho referencia a los fines del delito de feminicidio, el clamor social en brindar mayor protección a la mujer que fue lo que llevo a la sanción de la ley 1761 de 2015, así como su ubicación normativa y análisis dogmático, este capítulo tratara la libertad de configuración legislativa para luego finalizar con el análisis de la igualdad en la protección de los bienes jurídicos.

3.1 Libertad de configuración legislativa en la Política Criminal

En Colombia, la Constitución Política faculta al Poder Legislativo a emitir las leyes que sean necesarias para la contribución a la convención pacífica es decir para lograr los fines del Estado, donde a las leyes promulgadas por el congreso de la república se le incorporan los principios constitucionales como fundamento de la misma.

En lo correspondiente a la legitimidad de la ley, esta se justifica en el hecho de ser acorde con la Constitución donde se ha facultado al legislador a representar la voluntad de la comunidad, siendo esto a su vez “una auto disposición de la sociedad sobre sí misma”. (Silva & Villeda, 2017)

De acuerdo a lo anterior, las funciones legislativas actúan acordes con principios como la libertad, la democracia y el pluralismo; los cuales son para (Silva & Villeda, 2017) “conceptos que implican necesariamente un sistema jurídico esencialmente abierto, lo que supone el libre acceso de todos al proceso político y a los instrumentos del cambio político” (p.179).

En ese orden de ideas, si bien es verdad que la ley ha de producirse de una manera acorde a la Constitución, lo cierto es que el legislador actúa con plena libertad de configuración, es decir, en auténtica libertad política de realización de contenidos normativos, cual ha sido avalado por la Corte Constitucional al expresar que:

El diseño de una política es la etapa central y, en ocasiones más técnica, de la toma de decisiones públicas. Diseñar una política es establecer sus elementos constitutivos, definir la relación entre ellos, ordenar prioridades, articular sus componentes de una manera inteligible para sus destinatarios, programar de qué forma, por qué medios, y a qué ritmo se alcanzarán las metas trazadas. Sin duda, el diseño de una política puede ser plasmada en un documento político o en un instrumento jurídico. En el segundo caso, el instrumento puede tener la naturaleza de un acto administrativo o de una ley. Puede concretarse también en normas de rango superior o inferior a los mencionados, pero generalmente se emplean estos dos actos jurídicos. (Cepeda, 2001)

Es decir, que en la articulación jurídica de una política debe, racionalmente, ser antecedida de la definición de sus elementos constitutivos, de las metas, y de las prioridades, en lo que corresponde a estas concepciones en la política criminal, se ha dicho por parte de la Corte Constitucional que:

Es ésta el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción. Dicho conjunto de respuestas puede ser de la más variada índole. (Espinosa, 2001)

De esta forma, frente a libertad de configuración legislativa en materia penal, se ha

establecido que:

En ejercicio de la potestad de configuración normativa, el legislador puede entonces adoptar diversas decisiones, como las de criminalizar o despenalizar conductas, atenuar, agravar, minimizar o maximizar sanciones, regular las etapas propias del procedimiento penal, reconocer o negar beneficios procesales, establecer o no la procedencia de recursos, designar las formas de vinculación, regular las condiciones de acceso al trámite judicial de los distintos sujetos procesales, entre otros, siempre y cuando con ello no comprometa la integridad de los valores, principios y derechos establecidos por la Constitución. (Calle, 2011)

No obstante, es de resaltar que dichas facultades del legislador deben respetar cierto margen de movilidad legislativa, teniendo como límite los principios constitucionales, y en particular por los principios de racionalidad y proporcionalidad, donde dichas limitaciones, encuentran adicional sustento en el hecho que en este campo están en juego, no solamente importantes valores sociales como la represión y prevención de delito, sino también derechos fundamentales de las personas como el derecho a la libertad y al debido proceso. Así las cosas, la Corte ha explicado que:

Si bien el Legislador cuenta con una amplia potestad de configuración normativa para el diseño de la política criminal del Estado y, en consecuencia, para la tipificación de conductas punibles es evidente que no por ello se encuentra vedada la intervención de la Corte cuando se dicten normas que sacrifiquen los valores superiores del ordenamiento jurídico, los principios constitucionales y los derechos fundamentales. (Pretelt, 2012)

Recientemente, estableció la Corte que como control a la configuración legislativa, deben observarse unos límites constitucionales enfocados al ejercicio de la potestad punitiva del Estado, estos pueden ser explícitos e implícitos, de acuerdo a la Corporación estos tienen como características que:

Los límites explícitos se han identificado la prohibición de la pena de muerte (art. 11); el no sometimiento a desaparición forzada, torturas, ni a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (art. 12); la prohibición de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación (art. 34); entre otras.

Los límites implícitos, se ha destacado que el legislador penal debe propender por la realización de los fines esenciales del Estado como son los de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales, y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. (Vargas, 2017)

Finalmente, a modo de conclusión, al Congreso de la República se le asigna competencia en la definición de la política criminal del Estado, con fundamento en:

Artículo 114. *Corresponde al Congreso de la República reformar la Constitución, hacer las leyes y ejercer control político sobre el gobierno y la administración. El Congreso de la República, estará integrado por el Senado y la Cámara de Representantes.*

No obstante, para determinar cuáles conductas que constituyen delitos, que sanciones deben imponerse y el procedimiento a cumplirse, le corresponde al Congreso de la República una amplia competencia en materia penal, que encuentra respaldo constitucional en los principios democrático y de soberanía popular entre los que se destacan:

Artículo 3. *La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece. (Constitución Política, 1991)*

De acuerdo a lo aducido en esta investigación, se encuentra que tiene permitido el legislador penal:

Crear, modificar y suprimir figuras delictivas; introducir clasificaciones entre las mismas; establecer modalidades punitivas; graduar las penas que resulten aplicables; y fijar la clase y magnitud de éstas con arreglo a criterios de atenuación o agravación; todo ello de acuerdo con la apreciación, análisis y ponderación que efectúe sobre los fenómenos de la vida social y del mayor o menor daño que ciertos comportamientos ocasionen al conglomerado social. (Vargas S. L., 2017)

Frente a lo anterior, la Corte ha sostenido que el Derecho penal se enmarca en el principio de mínima intervención, según el cual:

El ejercicio de la facultad sancionatoria criminal debe operar cuando las demás alternativas de control han fallado. El Estado no está obligado a sancionar penalmente todas las conductas antisociales, tampoco puede tipificar las que no ofrecen un verdadero riesgo para los intereses de la comunidad o de los individuos; la

decisión de criminalizar un comportamiento humano es la última de las decisiones posibles en el espectro de sanciones que el Estado está en capacidad jurídica de imponer, y entiende que la decisión de sancionar con una pena, que implica en su máxima drasticidad la pérdida de la libertad, es el recurso extremo al que puede acudir el Estado para reprimir un comportamiento que afecta los intereses sociales. (Pretelt, 2012)

La jurisprudencia legitima la descripción típica de las conductas sólo cuando se verifica una necesidad real de protección de los intereses de la comunidad, es decir que aprueba la sanción de nuevos tipos penales cuando las demás alternativas de control han fallado, Además:

En el otro extremo se encontrarían aquellas conductas que, dado que se desenvuelven en ámbitos de libertad constitucionalmente garantizados, o debido a la escasa significación del bien jurídico que afectan, estarían constitucionalmente excluidas de la posibilidad de ser objeto de sanción penal. (ii) El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos en la garantía de los valores esenciales de la sociedad. Ha manifestado este Tribunal que “el derecho penal comporta una valoración social en torno a los bienes jurídicos que ameritan protección penal, las conductas susceptibles de producir lesiones en tales bienes, el grado de gravedad de la lesión que dé lugar a la aplicación del ius puniendi, y el quantum de la pena que deba aplicarse. En principio, no existe, de manera expresa, un imperativo constitucional según el cual determinados bienes jurídicos deban, necesariamente, protegerse a través del ordenamiento penal. (Pretelt, 2012)

Finalmente, la opción de criminalizar una conducta, en aquellos eventos en que no está constitucionalmente impuesta o excluida, implica que el legislador ha considerado que para la protección de cierto bien jurídico es necesario acudir a mecanismos comparativamente más disuasivos que otros que podrían emplearse, no obstante, su efecto limitativo de la libertad personal. Sin embargo, en el Estado de Derecho, a esa solución sólo puede llegarse cuando se ha producido una grave afectación de un bien jurídico, mediante un comportamiento merecedor de reproche penal y siempre que la pena resulte estrictamente necesaria, parámetros que sigue la libertad de configuración legislativa en materia penal, donde a priori podría decirse que esta libertad le permite al legislativo crear tipos penales que excluyan a determinado sujeto, o que brinden una protección y castigo más severo frente a otros sujetos como puede ser el caso de los delitos contra los menores, no obstante, esto no tiene discusión ya que en el caso de los menores, son sujetos de especial protección constitucional lo cual fundamenta su protección y medidas severas frente a una infracción a sus bienes jurídicos. No obstante, no sucede lo mismo en las

personas mayores de edad, donde no se ha establecido constitucionalmente una protección jurídica especial al hombre o mujer, simplemente se propende a la protección de sus bienes jurídicos.

Teniendo en cuenta lo anterior, es clara la libertad de configuración legislativa en materia penal, pero esta tiene a su vez como límite la constitución, así como los derechos fundamentales donde se encuentra entre tanto el derecho a la igualdad, el cual pasa a abordarse para finalmente verificar si se está vulnerando este derecho frente a los homicidios en hombres que presenten las mismas circunstancias fácticas que las que contempla el tipo penal de feminicidio.

3.2 La igualdad en la protección de bienes jurídicos

Teniendo en cuenta el derecho a la igualdad en la finalidad del derecho penal, puede pensarse que todo bien jurídico debe ser protegido en igual medida tratándose de hombres y mujeres, pero la realidad no es así, ya que la misma ley penal castiga con más severidad unos delitos que otros, además de que diferencia los sujetos entre particulares o cualificado como es el caso de los servidores públicos, en la misma medida se estipulan las penas encontrando que los casos de delitos contra la administración pública, por su connotación, así como por su ocurrencia eventual y conocimiento social, tienen penas mayores que los delitos contra el medio ambiente.

En lo que respecta al derecho a la igualdad, derecho contemplado a nivel constitucional se ha determinado como un concepto multidimensional pues es reconocido como un principio, un derecho fundamental y una garantía. De esta manera, la igualdad puede entenderse a partir de

tres dimensiones:

i) formal, lo que implica que la legalidad debe ser aplicada en condiciones de igualdad a todos los sujetos contra quienes se dirige; y, ii) material, en el sentido garantizar la paridad de oportunidades entre los individuos; y, iii) la prohibición de discriminación que implica que el Estado y los particulares no puedan aplicar un trato diferente a partir de criterios sospechosos contruidos con fundamento en razones de sexo, raza, origen étnico, identidad de género, religión y opinión política, entre otras. (Corte Constitucional, Sentencia T 030 de 2017)

De igual forma la interpretación del derecho a la igualdad en cabeza del órgano de cierre constitucional, ha dicho que un trato diferenciado para que sea constitucionalmente válido, debe tener un propósito constitucionalmente legítimo, y debe ser proporcional, en el sentido de que no implique afectaciones excesivas a otros propósitos constitucionalmente protegidos. Así lo ha dicho la Corte Constitucional:

La proporcionalidad del medio se determina, entonces, mediante una evaluación de su idoneidad para obtener el fin (constitucionalmente legítimo de acuerdo con el principio de razón suficiente); necesidad, en el sentido de que no existan medios alternativos igualmente adecuados o idóneos para la obtención del fin, pero menos restrictivos de los principios afectados; y proporcionalidad en sentido estricto, esto es, que el fin que la efectividad del fin que se persigue se alcance en una medida mayor a la afectación de los principios que sufren restricción, y particularmente, del principio de igualdad. (Calle C. M., 2016)

De acuerdo a lo anterior, debe haber una necesidad que justifique una protección diferenciada entre unas personas u otras, en el caso bajo análisis, los altos índices de violencia contra la mujer, sumado a casos emblemáticos de afectación al bien jurídico a la vida como sucedió en el caso Rosa Elvira Cely, además de la influencia de los medios de comunicación, fue lo que justifico la tipificación del feminicidio.

Delito enfocado solo a la protección de la mujer, dejando de lado casos donde las mujeres agreden a los hombres al punto de quitarles la vida, frente a lo que la sociedad es cómplice ya

que propende por la igualdad de género pero hace caso omiso a los casos donde las víctimas de violencia intrafamiliar son hombre, un ejemplo de ello es el caso Crescencio Bejarano Palacios, alcalde en Choco a quien su compañera sentimental le roció gasolina y le prendió fuego, en un evento de violencia intrafamiliar, el cual no ocupó los primeros titulares de las noticias en el país, ni una campaña populista para proteger al hombre de la violencia o de los daños a su vida a través de mayor severidad en las penas.

Conclusiones

De forma general se puede concluir que de los casos presentados en Colombia, como el asesinato de mujeres llevó al congreso de la república a la creación del tipo penal de feminicidio el cual centra su actuar en la protección de la mujer por el hecho de ser mujer, dejando de lado al hombre, el cual puede ver vulnerados sus derechos en manos de su pareja, sea esta heterosexual u homosexual.

Es cierto que ay hombres que asesinan mujeres, pero también hay mujeres que asesinan hombres, dándose estos últimos casos a partir de la incidencia de los crímenes pasionales, los cuales a pesar de darse en el marco de los hechos que determina el artículo 104^a de la ley 599 de 2000 no se configuraran como feminicidio ya que, a pesar de luchar por una igualdad de género, esta solo aplica en unas medidas como es el caso del feminicidio.

En el análisis del derecho a la igualdad frente a la libertad de configuración legislativa, se expuso en este trabajo que a pesar de contar el legislador en lo penal con amplia libertad de configuración pudiendo sancionar de forma diferente ciertos bienes jurídicos, este se encuentra limitado a los derechos constitucionales, donde el derecho de igualdad impone un trato semejante en la protección y severidad de las penas en el derecho penal, permitiendo este derecho su vez una protección diferenciada luego de analizar la necesidad de proteger bienes en particular y no existiendo otra medida de protección. Ahora bien, de forma específica frente al análisis dogmático del feminicidio podemos citar las siguientes conclusiones

La política criminal incorporada en la Ley 1761 de 2015 de protección a la mujer y la

creación de los tipos penales de Femicidio Simple y agravado se enmarca dentro de una política de producto populista ya que esta nace de casos emblemática y del instar de los medios de comunicación al Congreso de la Republica.

En el delito de Femicidio simple y agravado son procedentes los dispositivos amplificadores del tipo penal como la coparticipación criminal, la coautoría, el concurso de delitos y la tentativa.

En el delito de Femicidio simple y agravado no es procedente la imputación bajo la modalidad de culpa o preterintención toda vez que dicho comportamiento se configura solamente bajo la forma de culpabilidad dolosa.

Resaltar que la nueva legislación contempla severas penas para los autores y partícipes del delito de Femicidio, pero ellas dependerán de que el mismo sea agravado, de lo contrario si se sancionare la conducta como Femicidio simple la pena será menor a la que existía en la Ley 1257 de 2008.

De los varios elementos del tipo penal reseñados en el presente trabajo se tiene que en criterio del grupo de trabajo, el más determinante de todos ellos para diferenciar el Homicidio del Femicidio es el denominado elemento subjetivo del tipo, según el cual el sujeto agente debe tener la intención no solo de vulnerar la vida de una mujer sino que además debe estar motivado por la condición de la víctima por ser mujer o por cualquier forma de discriminación o violencia de género.

Referencias

- Calle, C. M. (2011). *Sentencia C 742 de*. Bogota : Corte Constitucional.
- Calle, C. M. (2016). Bogota: Corte Constitucional.
- Cepeda, E. M. (2001). *Sentencia C 646* . Corte Constitucional.
- El Colombiano. (2010). *En feminicidios, Colombia ocupa el segundo lugar en Suramérica*.
- Obtenido de
- http://www.elcolombiano.com/historico/en_femicidios_colombia_ocupa_el_segundo_lugar_en_suramerica-JWEC_87619
- Espinosa, M. J. (2001). *Sentencia C 646*. Corte Constitucional .
- Gualdron, Y. (05 de Enero de 2014). Los hombres también son víctimas del maltrato de las mujeres. *El tiempo*.
- Ortiz, D. G. (2016). *Sentencia C 297 e* . Corte Constitucional,.
- Pretelt, C. J. (2012). *Sentencia C 365*. Bogota: Corte Constitucional.
- Sanchez , J. (2002). *las victimas del femenicidio*. Barcelona: Trota.
- Sanchez, O. A. (2009). *¿Será que a las mujeres nos matan porque nos aman?”, Feminicidios en Colombia*. Bogota.
- Silva, G. F., & Villeda, A. A. (2017). *Libertad de configuración legislativa e irretroactividad de las leyes*. Obtenido de
- <http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/31/Interiores/9%20Fernando%20Silva%20Garc%C3%ADa%20pag%20177-210.pdf>.
- Vargas, S. L. (2017). Bogota: Corte constitucional.
- Vargas, S. L. (2017). *Sentencia C 108* . Corte Constitucional.