

Análisis político- criminal de la implementación del tipo penal de feminicidio en el ordenamiento jurídico colombiano.

Maryzabel Niño Argüello *

* Abogada, Universidad Santo Tomas, Tunja. Estudiante, Especialización en Derecho Penal y Procesal Penal, Universidad Santo Tomas, Tunja.
Correo electrónico: maryzarg0121@gmail.com

Análisis político- criminal de la implementación del tipo penal de feminicidio en el ordenamiento jurídico colombiano.

Resumen

Se desea con el presente artículo dilucidar cómo funciona el derecho penal en Colombia a través de la implementación de una política criminal que es considerada inestable e indefinida, debido a la tendencia a la creación de tipos penales impulsados por el derecho de cifras como resultado del populismo punitivo, y como se relaciona con la implementación del delito penal autónomo de feminicidio, analizándolo desde las características propias del derecho penal.

Palabras claves: Derecho penal, principio de legalidad, política criminal, tipo penal, derecho de cifras, populismo punitivo, feminicidio.

Abstract

This article seeks to clarify how criminal law works in Colombia through the implementation of a criminal policy that is considered unstable and indefinite, due to the tendency to create criminal types driven by the right of figures as a result of punitive populism , and as related to the implementation of the autonomous criminal crime of femicide, analyzing it from the characteristics of the criminal law.

Keywords: Criminal law, principle of legality, criminal policy, criminal type, right of figures, punitive populism, femicide.

Introducción

El presente artículo pretende responder al interrogante ¿se justifica político -criminalmente la implementación del tipo penal de feminicidio en el ordenamiento jurídico colombiano?, y para resolver esta incógnita, se debe comprender el derecho penal en Colombia a través de la implementación de una política criminal que es considerada como inestable e indefinida, esto debido a la tendencia de la creación de tipos penales impulsados por el derecho de cifras como resultado del populismo punitivo y la concepción y uso del Derecho penal como *ultima ratio*. Se analizarán los principales elementos para la formulación de la política criminal, en aras de entender cómo se construye esta, además de esto, analizar las principales razones para la implementación del tipo penal de feminicidio como delito autónomo en el ordenamiento jurídico colombiano, Comparando el tipo penal de feminicidio como delito autónomo, con la circunstancia de agravación punitiva consagrada en el artículo 104 numeral 11, a través del término de populismo punitivo, por medio de una investigación básica jurídica teórica, con un enfoque cualitativo, a través de una técnica de recolección de datos, teniendo como fuentes primarias, La Constitución Política de Colombia y la ley, como fuentes secundarias la doctrina y la jurisprudencia.

De acuerdo a la constitución política de 1991, Colombia como estado social de Derecho se compromete a asegurar la protección de los derechos fundamentales de todos y cada uno sus ciudadanos sin distinción alguna, reconociendo que la defensa de los mismos no implica la afectación de otros. Tal es el caso del Derecho penal en la cual se aplica excepcionalmente la limitación de la libertad a través de las medidas de aseguramiento y de seguridad, que son impuestas para los punibles que así lo contemplan; Sin embargo, el uso del derecho penal, así como la

excepción a la limitación del derecho a la libertad, deben activarse cuando no exista otra vía alterna y/o adecuada, es decir como *ultima ratio*.¹

La creación y reforma de las normas existentes se hace conforme a la política criminal, una política pública orientada hacia los fenómenos de la ley definidos como conductas punibles; esto para la investigación, prevención, control y sanción de criminalidad, así como la atención de las víctimas y el tratamiento de los condenados.

La política criminal de Colombia, es normalmente definida como inestable e indeterminada, puesto que es cambiante y sus objetivos y enfoques mutan de acuerdo al Plan Nacional de Política Criminal, el cual se renueva cada periodo político (cada cuatro (4) años), es directamente asociada con el populismo punitivo², una política criminal mudable, lo cual repercute de manera negativa en la creación de nuevas leyes, y tipos penales.

Nuestro país, tiene un código penal considerablemente extenso y que propugna a la creación de más tipos penales , proyectos de ley que obedecen al movimiento de masas, la opinión pública, la presión mediática, propaganda política, las cuales se superponen a las leyes e instituciones evidenciando la instrumentalización del ius puniendi; esto se ha convertido en un problema del Derecho penal, ocasionando entorpecimiento en la investigación, juzgamiento ,la aplicación de las

¹ Definición, condición que se predica del derecho penal, que solo puede ser utilizado por el Estado, como el último recurso para proteger bienes jurídicos, cuando otros ordenes jurídicos han resultado insuficientes, al implicar su uso, la razón de la fuerza. (Diccionario Panhispánico del Español Jurídico).

² Populismo penal “es la estrategia desplegada por actores políticos y funcionarios del sistema penal, encaminada, aparentemente, a remediar los problemas que se derivan del crimen y la inseguridad”, pero que en el fondo implica una alianza demagógica para crear en la conciencia ciudadana la necesidad de aplicar medidas extremas de “mano dura” y “tolerancia cero” contra los infractores, aun en delitos de menor impacto, a sabiendas de que son respuestas eufemísticas, viscerales, basadas en sondeos no confiables, que lejos de disminuir la tasa delincencial, la incrementan de manera incontrolable. (Eduardo Jorge Prats, Autor Dominicano, Los Peligros del Populismo Penal-2016)

penas y como resultado de esto existe dilación en los procesos, poco avance en las investigaciones, condenas elevadas, impunidad y hacinamiento carcelario.

El tipo penal autónomo de feminicidio será abordado a partir de la concepción de Colombia como estado social de Derecho y de las características generales del Derecho penal, los cuales se caracterizan por tener como fundamento el principio de legalidad, es decir que su fuente primaria es la ley, tal como es descrito en el art 4 de la constitución política.

El código penal contiene el compilado de todos los tipos penales que hasta el momento se han creado, este realiza una clasificación de las conductas punibles, respecto del bien jurídico que lesiona, para la conducta punible que vamos a tratar, se expone en el TITULO I “Delitos contra la vida y la integridad personal” se encuentra consagrado el homicidio en el artículo 103, y las circunstancias de agravación en el artículo 104.

El 24 de mayo del año 2012 Colombia tuvo conocimiento del crimen perpetrado en contra de Rosa Elvira Cely, a manos de un compañero de clases, esto generó tanta conmoción que la idea de la implementación de un nuevo tipo penal tomó fuerza por convertirse en un caso público y mediático, para ese entonces ya existían movimientos que estaban dando a conocer la necesidad de la implementación del feminicidio³, referenciando estadísticas de violencia en contra de la mujer superpuestos con los homicidios y la identificación de los sujetos activos de esta conducta, debido

³ El feminicidio se refiere al asesinato de una mujer por el hecho de serlo, el final de un continuum de violencia y la manifestación más brutal de una sociedad patriarcal. Este fenómeno ha sido clasificado según la relación entre víctima y victimario en cuatro categorías: i) Feminicidio de pareja íntima, ii) Feminicidio de familiares, iii) Feminicidio por otros conocidos y iv) Feminicidio de extraños, todos estos atravesados por las diferentes opresiones que viven las mujeres día a día. El feminicidio hace parte de las múltiples y complejas violencias contra las mujeres, y no puede entenderse sólo como un asesinato individual, sino como la expresión máxima de esa violencia, en la que el sometimiento a los cuerpos de las mujeres y extinción de sus vidas tiene por objetivo mantener la discriminación y la subordinación de todas. (ONU, Mujeres, Colombia)

a lo someramente mencionado se radico un proyecto de ley ante el congreso para establecer el feminicidio como una conducta punible autónoma.

El 06 de julio de 2015 se expide la ley 1761 o ley que lleva como nombre “Rosa Elvira Cely”, en su artículo número 2 crea el tipo penal autónomo de feminicidio, cuyo objeto está encaminado a la sensibilización y erradicación de todo tipo de violencia contra la mujer, y establece sus propias circunstancias de agravación punitiva. El artículo 104 (Homicidio) actualmente cuenta con 10 numerales, Sin embargo, antes de la expedición de la mencionada ley existía un numeral 11 que correspondía a la circunstancia de agravación punitiva: “por el hecho de ser mujer”, sin embargo, con la expedición de la ley 1761 este numeral quedo derogado.

Existen diferentes desacuerdos frente a la decisión de la creación del tipo penal autónomo, teniendo en cuenta que existía un agravante dentro del tipo penal de homicidio, en el cual se configuraba la agravación punitiva de cometer el punible impulsado o movido el sujeto activo por el hecho de que el sujeto pasivo fuera mujer, o por razón de su sexo, aunque la ley 1761⁴ explica diversos contenidos por los cuales es necesario la creación del tipo penal, para distintos estudiosos del Derecho, no cumple o no responde a una necesidad, que no estuviera cubierta por el delito de homicidio con sus respectivos agravantes que se enuncian en la ley 599 de 2000.

El victimario de Rosa Elvira Cely, fue condenado por un concurso de conductas; homicidio agravado, tortura y acceso carnal violento, correspondiente a una pena de 48 años.⁵

⁴ El 6 de julio de 2015, con la expedición, por el presidente Juan Manuel Santos, de la Ley 1761 o ley Rosa Elvira Cely, se reconoció el feminicidio como un delito autónomo, con el fin de garantizar la investigación y sanción de las violencias contra las mujeres por motivos de género y discriminación. (página de la Presidencia de la República de Colombia, archivo 2015-2018).

⁵ (Revista Semana 2012a).

Principio de Legalidad y su incidencia en la Formulación de la política criminal.

El Derecho penal, más que cualquier otra rama del derecho está restringida a las normas positivas, es decir que la ley define de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal; Para que una conducta sea punible, se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro sin justa causa el bien jurídicamente tutelado por la ley penal. Se requiere que la conducta sea típica, antijurídica y culpable y frente a esta, realizar prohibiciones e imponer sanciones, teniendo como fundamento el respeto de la dignidad humana, como facultad del poder punitivo del Estado. La imposición de esta sanción o pena debe responder a criterios o principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, por lo tanto, la ley penal se aplica a las personas sin tener en cuenta consideraciones diferentes a las establecidas en ella, lo que se encuentra consignado en la constitución política en sus primeros artículos y de forma más específica en la ley 599 de 2000 o Código Penal Colombiano. De acuerdo con el autor Cristian Ibarra Sánchez, en su libro, Algunas aporías de la punibilidad en el marco Jurídico-penal colombiano esta sanción responde a los criterios de que los delitos y las penas ,los cuales , deben ser instrumentos que permiten garantizar derechos fundamentales como la preservación de la libertad, en función del principio de igualdad d los hombre en cuanto a la aplicación de la ley de la aplicación uniforme de las disposiciones del legislador cuyo fin es la consecución de la justicia y la equidad mediante la intervención estatal.

Para abordar el estudio de los elementos de la política criminal, es preciso definir qué se entiende por esta; Por lo tanto, se entiende por política criminal, el conjunto de respuestas que el Estado adopta 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.⁶

La política criminal de Colombia se ha caracterizado por su inestabilidad, por no ser clara y precisa, por ser cambiante, incierta y preferente a la presión social de la actualidad, toda vez que esta se modifica cada (4) cuatro años, esto a través del Plan Nacional de Política Criminal⁷.

Para la construcción de la política criminal, por medio del Plan Nacional de Política Criminal, se deben tener en cuenta unos principios, para su adecuada elaboración y aplicación, de acuerdo a las sentencias T-388 de 2013 y T-762 de 2015,⁸ en las que la corte señala que la política criminal carece de fundamentación empírica, que tiende hacia el endurecimiento punitivo, y es volátil, que se encuentra subordinada a la política de seguridad.

Por tal razón para la elaboración del Plan Nacional de Política Criminal, y de acuerdo con las anteriores sentencias se deben tener en cuenta ciertos principios como lo son la **proporcionalidad**, entendido en que la política criminal debe ser adecuada necesaria y proporcional, para lograr los fines del Estado, respetando las prohibiciones constitucionales, así como el principio de ultima ratio.

Coherencia, por tal razón todas las medidas que afecten o modifiquen la política criminal deberán ser coherentes entre sí para evitar una desarticulación estructural del Estado. Hace especial énfasis en los cambios del sistema penal de niños y adolescentes. **Previsión**, cada medida que se tome, tiene una incidencia y cualquier cambio produce consecuencias, se deben tener en cuenta estos, y

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-646 de 2001. MP. Manuel José Cepeda.

⁷ Plan de desarrollo, de la política criminal que realiza el CONPES, (Consejo Nacional de Política Económica y Social).

⁸ Sentencia de Tutela -388 DE 2013 con Magistrada Ponente, María victoria Calle Correa, y Sentencia T-762-2015 Gloria Stella Ortiz Delgado en las que se han establecido la existencia de un estado de cosas inconstitucionales en el Sistema Penitenciario y Carcelario. (Página de la Corte Constitucional, Relatoría)

los costos presupuestales que puedan tener, **se debe evitar instancias de coordinación innecesarias y propender por el fortalecimiento de las ya existentes.**

Prohibición del Derecho Penal Simbólico y del Populismo Punitivo, según este principio se deben excluir todas las manifestaciones de derecho penal simbólico, las medidas que afecten derechos fundamentales, cuyo objetivo sea exclusivamente enviar un mensaje a la sociedad, no deben ser adoptadas por un Estado Social y Democrático de Derecho.

Evidencia Empírica, toda medida debe estar justificada (justificación fáctica) respecto a su necesidad y las consecuencias. **Seguridad Jurídica**, deben evitarse cambios abruptos, y sin justificación que puedan afectar la percepción de estabilidad, en este orden de ideas, debe abstenerse de realizar acciones tales como la doble tipificación punitiva, el trámite paralelo de iniciativas legislativas similares y las reformas legales frecuentes, sin que se permita una adecuada incorporación social y desarrollo de las normas. Otro de los principios que tiene en cuenta es la **coordinación**, toda vez que la política debe ser multisectorial, por tal razón se debe trabajar en conjunto (todos los órganos) para el cumplimiento de los fines del Estado, el **Respeto por los derechos fundamentales** como otro principio, así como evitar la comisión de delitos, reincidencia con la **prevención**. Dentro de los elementos que debe cumplir el plan Nacional de Política criminal, se encuentran el uso proporcional de las sanciones penales, el efectivo funcionamiento de la administración de la justicia penal, esto con una base empírica, para identificar y evaluar las medidas que se adoptaran, para estos análisis, se tiene la instancia técnica del Observatorio de Política criminal.

De acuerdo a la Comisión Asesora para la Política Criminal, al referirse a la política criminal de Colombia, esta se ha dado desde decisiones básicamente reactivas y sin unos fundamentos empíricos sólidos, medidas que se adoptan, sin realizar un estudio sobre el impacto previo y

posterior, las consecuencias en los fenómenos de criminalidad y violencia, sistema normativo y sus operadores en el sistema penal. (*Comisión Asesora de Política Criminal (2012). Informe final. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano p. 27*)

La ley de feminicidio, se sancionó el 06 de julio de 2015, “ley Rosa Elvira Cely”, ley que corresponde a los parámetros **del Plan de Desarrollo 2014-2018**, en el cual establece como uno de los objetivos, la articulación del estado, con una política criminal que sea coherente, eficaz y con un enfoque restaurativo, en este mismo plan se establece la creación de un observatorio de política criminal, que este en coordinación con la Implementación de la plataforma de análisis para la investigación Penal, de la Fiscalía General de la Nación (Departamento Nacional de Planeación, 2015, p. 460)

Como definición de política criminal en este periodo, se resaltaban tres categorías importantes, 1) el objeto de intervención al cual se dirige la norma, la política, la estrategia o la medida. 2) los medios que se escogen para la intervención. 3) los fines que se persiguen con el catálogo de medidas en el marco de política criminal. (*Crimen y política pública criminal: elementos para la configuración del observatorio de política criminal, Ministerio de Justicia y del Derecho, 2017. pg. 48*).

Revisados, los elementos para la construcción y los principios a tener en cuenta ¿cómo se materializa Una política criminal? , se materializa mediante las decisiones de las estrategias que se desean implementar que integran metas, objetivos y las acciones que se deben realizar, y para tal fin los recursos que se van a utilizar, sin embargo, ya que se crea un nuevo plan de desarrollo cada 4 años, los objetivos, y enfoques no son estables y por lo tanto no son sólidos ni proveen seguridad jurídica (*Procuraduría, 2005, p.21*).

Por tal razón surge la pregunta ¿Qué se debe esperar de una política criminal? Gustavo Adolfo Letner afirma que esta debe maximizar el acceso a la justicia y la tutela judicial, para esto remover las condiciones objetivas que puedan dificultar procesos rápidos y eficientes. (Informe de la Comisión Asesora de 2012, p. 56).

Lo anterior como un ideal de política criminal, la cual contribuya al buen funcionamiento de los órganos, el acceso a la justicia en general para evitar problemas como la falta de coordinación entre los actores, la asignación de recursos, la corrupción, y el hacinamiento. Expresa el mismo autor que el incrementar las leyes y un aumento punitivo, no han hecho que disminuya la comisión de delitos si no que estén sujetas a las reacciones emocionales de la dirigencia política, en los reclamos de la opinión pública.

Sobre el aumento de leyes, y en concordancia de penas, el autor Gustavo Valbuena Quiñonez, afirma que debe procurarse por tener una política clara que responda a los principios constitucionales, dentro de los cuales la privación de la libertad debe ser la excepción y no la regla. (Informe Comisión Asesora 2012, p. 36);

La Constitución Política de Colombia actúa de manera supremamente protectora de las libertades esenciales de las personas, luego la política criminal, debería enfocarse dentro de esa perspectiva principal. Es decir, abandonar los criterios de mera represión y del castigo por el castigo mismo, y tratar de comenzar a configurar todas las medidas de política criminal desde una perspectiva de derechos, que proteja tanto los derechos de las víctimas, como los de los autores de las conductas lesivas. (Política criminal del Estado Colombiano, Ministerio de justicia- Observatorio de política Criminal.pg4)

El enfoque de la política criminal colombiana de los últimos 20 años, es el de acudir al populismo punitivo⁹, lo cual únicamente responde a la necesidad de satisfacer demandas, de unas necesidades que ni siquiera son bien identificadas por la comunidad, que como fatales consecuencias están el aumento de las penas, la creación de conductas punibles, violación de derechos fundamentales, dilación de procesos entre otros.

Por lo tanto, las discusiones no se deben centrar en si se aumentan o no las penas, o en proponer la creación de nuevos tipos penales, debe realizarse estudios del fenómeno de la criminalidad, los niveles de delincuencia, violencia, como se desarrollan los procedimientos de investigación, juzgamiento y la condena.

El fundamento constitucional de la política criminal se observa en el artículo 12, en el cual, “ninguna persona podrá ser sometida a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes”, se hace alusión a la libertad como regla general como se contempla en los artículos 28,29 y 32 de la constitución. Por su parte el código penitenciario y carcelario establecido por la ley 65 de 1993, que fue modificado por la ley 1709 de 2014, la cual contiene los conceptos que orientan el sistema penitenciario.

Razones para la implementación del tipo penal autónomo de feminicidio.

Al respecto, la honorable corte constitucional en sentencia número 297 del año 2016 realizó un estudio, debido a una demanda de inconstitucionalidad, sobre el literal e) “*Que existan antecedentes o indicios de cualquier tipo de violencia o amenaza en el ámbito doméstico,*

⁹ La idea de populismo punitivo ha venido creciendo como explicación de la expansión del aparato penal. Ante cada reforma que amplía penas, crea nuevos delitos, flexibiliza las condiciones de enjuiciamiento penal, amplía la potestad policiva o endurece la ejecución penal, se cae permanentemente en la tentación de señalar al populismo punitivo como causa. (La limitada capacidad del concepto de populismo punitivo como herramienta de interpretación del sistema penal colombiano, Fernando León Tamayo Arboleda, 2016)

*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*¹⁰.

Del cual surgieron interrogantes tales como, si verdaderamente ese tipo penal fue creado con un adecuado y juicioso estudio haciendo uso de la libertad de configuración legislativa, el principio de legalidad, haciendo énfasis en la tipicidad, el principio de igualdad en el amplio sentido, o si se trata de alguna forma de condescendencia con la opinión y presión de los medios de comunicación, siendo una inflación de las normas, sin realizar un estudio desde la necesidad socio jurídica de más tipos penales, que correspondan cada vez más a especificidades, y que se olvidan de la generalidad y abstracción de la norma.

La ley 1761 de 2015, conocida como ley Rosa Elvira Cely, o la ley de feminicidio, se sancionó el 06 de julio de 2015, sin embargo, el proyecto de ley 49 de 2012 fue radicado el 01 de agosto de 2012 ante el senado, esto después de los terribles hechos sucedidos el 23 de mayo de 2012, y madrugada del 24 de mayo en el Parque Nacional de la ciudad de Bogotá, donde se produjeron diferentes tipos de agresiones en contra de la señora Rosa Elvira Cely, por parte de un compañero de estudios de bachillerato en un programa de validación, identificado como el señor Javier Velasco Velásquez. Entre las conductas punibles¹¹ que cometió están tortura, acceso carnal violento agravado y homicidio agravado; estos crímenes provocaron horror entre la comunidad y

¹⁰ Sentencia número 297 del año 2016, Magistrada Ponente Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹¹ contempla el Estatuto del 2000 en atención al concepto de conducta punible. El primero obedece al cambio de la expresión “hecho punible” por el de “conducta punible”. Dicha modificación se realizó con el fin de reafirmar la postura de un derecho penal de acto en franca oposición al derecho penal de autor. Este cambio, sustentado al amparo del artículo 29 (inc. segundo) de la Constitución Política, consagró un alejamiento de posturas eminentemente peligrositas, no acordes con el modelo de Estado social y democrático de Derecho, y se justificó porque con la voz “hecho” en ocasiones, se hace referencia a un fenómeno natural, como el nacimiento, la muerte, un terremoto, entre otros; además, dado que en la legislación penal y la jurisprudencia la palabra “hecho” se toma como expresión material de la conducta humana, se prefirió cambiar la expresión por “conducta”, para aclarar que se trata de un acto de un hombre (López Morales, 2002, pp. 91-92)

diferentes protestas por los derechos de las mujeres, debido a la brutal forma de comisión de las conductas¹². (El País 2012; El Espectador 2012)

Se radico el proyecto de ley el cual buscaba la tipificación autónoma de la conducta de feminicidio, por la senadora Gloria Inés Ramírez Ríos y Arleth Patricia Casado quienes son sus autoras, pero dicho proyecto fue archivado el 20 de junio de 2013, sin embargo, las mismas senadoras y otras 15 personas presentaron un nuevo proyecto, que era la reproducción del anterior, pero contaba con parámetros en el ámbito de la investigación, la creación de una unidad especial de fiscalía, para investigar los delitos de violencia en contra de la mujer, adoptar un sistema nacional de estadísticas sobre violencia de género y brindar una asesoría para las víctimas de violencia de genero.

En el proyecto 107 de 2013 donde se exponen las necesidades, por las que surge, hace alusión a que existe un vacío en el código penal, al contemplar el feminicidio como tipo penal autónomo puesto que este no podría adecuarse en el tipo de homicidio, no expresa lo que se busca con el tipo penal autónomo, un reconocimiento específico de la conducta las razones por las que se comete el punible, pues estas no se contemplan en el homicidio, y teniendo en cuenta las estadísticas en las cuales el sujeto pasivo predomina ser la mujer. (Congreso de la República de Colombia, Proyecto de Ley 107 de 2013, senado 5,6)

“El objeto de la presente ley es la creación de un tipo penal autónomo, denominado feminicidio, con el fin de garantizar la investigación y sanción de la violencia contra la mujer por motivos de género, discriminación, así como para prevenir y erradicar dichas violencias y adoptar estrategias de sensibilización de la sociedad colombiana, para garantizar el acceso de las mujeres a una vía

¹² El País 2012; El Espectador 2012

libre de violencias, que favorezca su desarrollo integral y su bienestar, de acuerdo con los principios de igualdad y no discriminación”.¹³

Con la implementación de la ley 1761 de 2015, en los casos que se denominen como feminicidios se establecieron penas entre 20,8 y 41,6 años, que pueden aumentarse a 41,6 y 50 años si el sujeto pasivo es menor de 18 años, mayor de 60, o tiene alguna discapacidad. También prohíbe los preacuerdos en el marco de la investigación y el juzgamiento, para garantizar menor impunidad, y el aumento de tiempo de reclusión de los condenados.

El propósito de la ley es realizar un cambio frente a los derechos de la mujer en el derecho penal, por medio de la institucionalización de acceso a un recurso judicial efectivo para garantizar el derecho de las mujeres a una vida libre de violencias y sin impunidad. Así mismo suplir un vacío del código penal, en ser más específico con la conducta

Argumenta que en el Estatuto Penal colombiano existe un vacío en la tipificación adecuada de esta conducta, en el análisis del contexto y la valoración justipreciada de las pruebas, razón por la cual se oculta el feminicidio como una conducta punitiva que niega la violencia sistemática y persistente de que son objeto las mujeres por el hecho serlo, lo que compele al Sistema Penal y a sus operadores, a la necesidad de reconocer su gravedad por el continuum de violencias que lo genera, para de esa forma contribuir al proceso de construcción de una genealogía de las mujeres en materia penal .

¹³ LEY 1761 DE 2015 (julio 06) por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones. (Rosa Elvira Cely)

El tipo penal de feminicidio como delito autónomo, con la circunstancia de agravación punitiva consagrada en el artículo 104 numeral 11.

Con la expedición de la ley 1761 de 2015, se crea un tipo penal autónomo incorporado en el Estatuto Penal, en su artículo número 104^a Así: Feminicidio. 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. 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.¹⁴ Son múltiples las circunstancias que se enuncian para la comisión del punible, contempla especificidades, de conductas, todas atribuibles a la protección de la mujer en distintos ámbitos, con el fin de que no quedara ninguna circunstancia fuera del tipo.

¹⁴ Código penal colombiano (ley 599 de 200) artículo 104 A, adicionado por la ley 1761 de 2015

ya existía en el Código Penal colombiano vigente, Ley 599 de 2000, una causal de agravación para el homicidio cometido en contra de una mujer por el hecho de ser mujer así: Artículo 104. Circunstancias de agravación. Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1.º de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente: La pena será de cuatrocientos (400) a seiscientos (600) meses de prisión, si la conducta descrita en el artículo anterior se cometiere: 11. Si se cometiere contra una mujer por el hecho de ser mujer.

Esta causal de agravación fue introducida en el Código Penal colombiano por el artículo 26 de la Ley 1257 de 2008, mediante la cual se establecieron normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, y se reformaron los Códigos Penal y de Procedimiento Penal, así como la Ley 294 de 1996. Al revisar el Proyecto de Ley 171 de 2006 del Senado, que es el origen de la Ley 1257 de 2008, se encuentra en su exposición de motivos la problemática que representa para la comunidad internacional la violencia en contra de las mujeres, la normatividad internacional sobre la materia, el fundamento constitucional de protección de la mujer frente a la violencia en su contra, un listado de las normas expedidas en Colombia para enfrentar tal violencia, la situación y cifras de la violencia en contra de las mujeres en Colombia y la justificación de la introducción de la agravante .

Se introdujeron modificaciones a los Códigos Penal y de Procedimiento Penal para tipificar el delito de acoso sexual y consagrar agravantes específicos en el caso de conductas violentas dirigidas contra las mujeres por el hecho de ser mujeres. Otras conductas punibles agravadas por la misma causa son las de lesiones personales, secuestro y delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales. (Congreso de la República, Proyecto de Ley 171 de 2006 Senado, pg18-19)

Ley 599 de 2002 ya abarcaba la hipótesis del homicidio cometido por motivos de discriminación de cualquier clase y donde la de género tendría cabida, lo que, de hecho, también haría innecesaria la reforma introducida por la Ley 1257 de 2008; pero ello no es el objeto de este trabajo y, en consecuencia, se deja como un punto de reflexión.

Al leer el Proyecto de Ley 107 de 2013 Senado, se advierte que en este se le atribuye a la criminalización del feminicidio un efecto de llamamiento de atención a la sociedad sobre la problemática de la violencia contra la mujer. El concepto de feminicidio es de gran utilidad política, porque contribuye a desarticular los imaginarios, creencias y prácticas sociales que ubican las violencias basadas en las relaciones de opresión y subordinación entre varones y mujeres como algo natural y tolerable. Adicionalmente, permite el análisis legal, político y cultural a la respuesta institucional y de la sociedad de los crímenes perpetrados en contra de las mujeres¹⁵. (Congreso de la República, Proyecto de Ley 107 de 2013 Senado, pg 7)

De acuerdo con lo anteriormente descrito sobre la comparación de las circunstancias y razones del tipo penal autónomo con el agravante que ya existía dentro del tipo penal de homicidio, se observa que las razones son las mismas, la protección de los derechos de la mujer, no ignorar la problemática de la violencia sistemática, discriminación, en contra de la mujer por razones de sexo, sin embargo al examinar el carácter de ultima ratio del derecho penal, cualquier acción que se hiciese para aumentar el campo de acción del derecho penal debe llevar una sólida argumentación, de evidencia empírica, junto con la justificación de la necesidad de la aplicación, esto con el fin de que no se evidencia algún tipo de punitividad.¹⁶

¹⁵ (Congreso de la República, Proyecto de Ley 107 de 2013 Senado,pg 7)

¹⁶ punitividad es la indiferencia hacia la evidencia existente o hacia su búsqueda u obtención en relación con la idoneidad. (Del populismo penal a la punitividad, Capítulo 2 Revista JUS penal, 2019 pg16)

La histórica resolución de la Asamblea General, de 2 de Julio 2010, da muestras de un reconocimiento al que se aspiraba desde hace mucho tiempo: *“que el logro de la igualdad de género y de los derechos de las mujeres sea considerado igual a otros temas mundiales urgentes como la eliminación de la pobreza y el hambre, la reducción de la mortalidad infantil y materna, y garantizar la sostenibilidad medioambiental”*.

La Cumbre de los ODM¹⁷ también mostró un deseo renovado de atender el tema de la impunidad, el documento de resultado compromete a los Estados miembros a prevenir y a luchar contra todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas, a garantizar que las mujeres tengan acceso a la justicia y a la protección, y a que todos los culpables de actos de violencia sean debidamente investigados, juzgados y castigados como forma de erradicar la impunidad.

Si bien se considera que la ley se aplica en general por igual a todos en la sociedad, en muchos países la legislación se ha desarrollado, a lo largo de la historia, paralela al sistema económico y político dominante y, como tal, refleja los intereses de aquéllos que controlan los recursos. Dado que en la mayoría de los casos éstos son hombres, las mujeres llevan las de perder. Además, el informe señala que las dos áreas en las que los derechos de las mujeres están quizás peor protegidos son los derechos corporales de las mujeres, sus derechos de vivir libres de violencia. Pg 275 (Artículo Temas y desafíos de la igualdad entre los géneros, el liderazgo de las naciones unidas, Inés Alberdi, Universidad complutense de Madrid)

La cultura popular sirve a los intereses de los grupos de poder, a las masas. hoy el feminismo es parte de la cultura popular, tiene muchos retos, sin embargo, se cuestiona si ¿se está representando el feminismo realmente, en el ámbito jurídico, o se utiliza como parte del populismo punitivo?

¹⁷ Objetivos del Desarrollo del Milenio.

Conclusiones

De acuerdo a lo anteriormente expuesto en breves párrafos, lo que se quiso ilustrar es que la política criminal de Colombia es incierta, es cambiante, no se construye de acuerdo a los principios que están establecidos para la misma, no atiende a las necesidades verdaderas que tiene el sistema penal, no es consecuente a los principios constitucionales y penales, la noción del derecho penal como *ultima ratio*, no es concebida en la construcción de los planes de desarrollo de política criminal, nos estamos dirigiendo hacia un derecho penal individual, un derecho que atiende a las especificidades, y que no respeta el carácter general y abstracto de la norma penal, que pretende suplir políticas públicas que deberían aplicarse sin el derecho penal de por medio y como consecuencia de lo anterior se evidencian el aumento desmedido de las penas, la presión mediática que muchas veces controla el sistema judicial, el hacinamiento carcelario, la justicia como herramienta de castigo y venganza y la incorporación de tipos penales sin un estudio concienzudo al estatuto penal.

Referencias

Algunas aporías de la punibilidad en el marco Jurídico-penal, Cristian David Ibarra Sánchez, 2022.

Beling, E ., El rector de los tipos de delito, L. Prieto Castro y J. Aguirre Cárdenas, Madrid, Reus, 1936.

Comisión Asesora 2012

Congreso de la República, Proyecto de Ley 171 de 2006 Senado

Constitución política de Colombia

Corte Constitucional Sentencia número 297 del año 2016, Magistrada Ponente Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional. Sentencia C-646 de 2001. MP. Manuel José Cepeda

Crimen y política pública criminal: elementos para la configuración del observatorio de política criminal, Ministerio de Justicia y del Derecho, 2017

Del populismo penal a la punitividad, Capítulo 2 Revista JUS penal, 2019.

Derechoshumanos.gov.co/Prensa/Especiales/DDHHPoliticaCriminal)

Diagnóstico y propuesta delineamientos de política criminal para el Estado colombiano, 2012.

Eduardo Jorge Prats, Los Peligros del Populismo Penal-2016)

El Espectador 2012

El País 2012

Feminismo, Género e Igualdad, Marcela Lagarde (UNAM) Amelia Valcárcel (UNED) Pensamiento Iberoamericano.

Introducción a las bases del Derecho Penal, Santiago Mir Puig, 2003

La limitada capacidad del concepto de populismo punitivo como herramienta de interpretación del sistema penal colombiano, Fernando León Tamayo Arboleda, 2016.

Ley 107 de 2013

Ley 1257 de 2008

Ley 1761 de 2015.

ONU, Mujeres, Colombia.

Página de la Presidencia de la Republica de Colombia, archivo 2015-2018).

Plan de desarrollo, de la política criminal que realiza el CONPES, (Consejo Nacional de Política Económica y Social).

Populismo punitivo, Guadalupe Sánchez Baena, Edición Deusto, 2020

RAE, Real Academia Española

Revista Semana 2012

Sentencia C-646 de 2001. MP. Manuel José Cepeda

Sentencia de Tutela -388 DE 2013 con Magistrada Ponente, María victoria Calle Correa.

Sentencia T-762-2015 Gloria Stella Ortiz Delgado.

https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/18163/1/Del-populismo-penal-a-la-punitividad_Cap02.pdf

<http://www.suinjuriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/30019921#:~:text=La%20presente%20ley%20tiene%20por,sensibilizaci%C3%B3n%20de%20la%20sociedad%20colombiana%2C>

<http://es.presidencia.gov.co/columnas/presidencia/la-ley-rosa-elvira-cely>