



**CORTE CONSTITUCIONAL
DE COLOMBIA**

COMUNICADO No. 25

Junio 8 y 9 de 2016

LA CORTE CONSTITUCIONAL ESTABLECIÓ QUE LA VIOLENCIA QUE ORIGINA EL DELITO DE FEMINICIDIO ES LA VIOLENCIA DE GÉNERO, QUE LO DIFERENCIA DEL HOMICIDIO, COMO UNA CIRCUNSTANCIA CONTEXTUAL QUE DEBE SER TOMADA EN CUENTA PARA DETERMINAR EL ELEMENTO SUBJETIVO DEL TIPO PENAL: LA INTENCIÓN DE MATAR POR EL HECHO DE SER MUJER O POR MOTIVOS DE IDENTIDAD DE GÉNERO

I. EXPEDIENTE D-11027 - SENTENCIA C-297/16 (Junio 8) M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

1. Norma acusada

LEY 1761 DE 2015 (Julio 6)

Por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones

ARTÍCULO 2o. La Ley 599 de 2000 tendrá un artículo 104A del siguiente tenor:

Artículo 104A. *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.

[...]

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.**

2. Decisión

Declarar **EXEQUIBLE** 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*), por los cargos analizados, en el entendido de que la violencia a la que se refiere el literal e) es violencia de género como una circunstancia contextual para determinar el elemento subjetivo del tipo: la intención de matar por el hecho de ser mujer o por motivos de identidad de género.

3. Síntesis de los fundamentos

En el presente caso, le correspondió a la Corte resolver, si el establecimiento de antecedentes o indicios de violencia o amenaza en las diferentes esferas sociales en contra de la mujer asesinada, sin contemplar una calificación especial, genera una indeterminación en el ingrediente subjetivo del tipo penal que hace que el mismo sea abierto y por lo tanto, viole el principio de legalidad y el derecho al debido proceso (arts. 1º y 29 C.Po.).

El análisis de la corporación partió de la existencia de un amplio margen de configuración del órgano legislativo en materia penal, aunque dentro de los límites de la Constitución, entre ellos, el principio de legalidad, que a su vez desarrolla el derecho al debido proceso. Recordó, que el principio de legalidad en materia penal comprende: (i) la reserva legal en cabeza del Congreso, para la definición de las conductas punibles; (ii) la prohibición de aplicar retroactivamente las normas penales, salvo el principio de favorabilidad; y (iii) el principio de legalidad en sentido estricto denominado tipicidad o taxatividad, el cual exige

que la conductas punibles no solo deben estar previamente establecidas por el legislador, sino que deben estar inequívocamente definidas por la ley, de modo que el fiscal y el juez se limitan a adecuar la conducta sancionada a la descripción abstracta realizada por la norma. A la vez, reiteró que los elementos de la tipicidad son: a) la conducta sancionable, que debe estar descrita de manera clara, específica y precisa; b) la previsión de una sanción cuyo contenido material lo define la ley; y c) la obligatoria correspondencia entre la conducta y la sanción. De igual manera, advirtió que existen algunas conductas que impiden su descripción exacta en tipos cerrados y completos, por lo que se ha admitido la posibilidad de establecimiento de delitos con cierto grado de indeterminación en su descripción típica, como los tipos penales abiertos y los tipos penales en blanco, los cuales no desconocen el principio de legalidad si el legislador precisa los elementos básicos para delimitar la prohibición o hace que los tipos sean determinables mediante la remisión al juez, en el caso de los tipos abiertos, y a otras normas en el caso de los tipos en blanco.

En el presente caso, la Corte encontró que el literal e) demandado del artículo 2º de la Ley 1761 de 2015 corresponde a una circunstancia que complementa el tipo penal de feminicidio, para establecer su elemento subjetivo. No obstante, indicó esto no se puede entender como un reemplazo del estudio que el funcionario competente debe hacer en el proceso penal sobre la existencia de la intención, ni tampoco excluye el análisis de la culpabilidad. En otras palabras, el literal actúa como un hecho contextual para establecer el móvil del delito, pero no puede entenderse *ipso iure* como la intención de matar por el hecho de ser mujer. Observó, que en las instancias internacionales se ha definido el feminicidio, como el homicidio de una mujer por razones de género. Su evolución conceptual ha establecido que el contexto en el que sucede el homicidio puede ser determinante para identificar el móvil o intención en el asesinato que configura el delito. Esta posición ha sido compartida por varios países de América Latina que tipificaron el feminicidio como delito autónomo e incluyeron criterios de violencia anterior al asesinato como un elemento para establecer la intención. Habida cuenta de la dificultad de probar bajo esquemas tradicionales -que replican las desigualdades de poder- la intención de dar muerte por motivos de género, se acudió a la inclusión de elementos contextuales en la descripción del tipo penal de feminicidio, que para la Corte constituye una garantía del acceso a la justicia para las mujeres, con un cambio estructural del derecho penal que integra una perspectiva de género tanto en los tipos penales, como en su investigación y sanción. Lo anterior, en cumplimiento de las obligaciones internacionales de adoptar medidas para erradicar, prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres.

El literal acusado consta de cuatro partes, dos generales que establecen las categorías que determinan las circunstancias consignadas, es decir de una parte, que se trate de antecedentes, indicios o amenazas y de otra, que deben haber sido perpetrados por el sujeto activo en contra del sujeto pasivo sin necesidad de denuncia. Las dos partes específicas se refieren a las modalidades de violencia que componen la categorización de los hechos: (i) la violencia de cualquier tipo en las diferentes esferas sociales y (ii) la violencia de género. A juicio de la Corte, la modalidad "*cualquier tipo de violencia*" admite una lectura abierta que hace que el comportamiento carezca de precisión y claridad, y por tanto, incumple con los requisitos que exige el principio de legalidad, toda vez que no permite saber con certeza cuál es la conducta reprochada que tiene el potencial de identificar una intención estructural en el delito de feminicidio, el móvil. Lo anterior, puesto que la falta de categorización de la violencia en contra de la mujer supone una amplitud que podría desbordar las situaciones que efectivamente establecen que se trata de una situación que captura patrones de discriminación, que reproducen estereotipos de género y desencadenan una violencia exacerbada que guía el homicidio. No obstante, la misma norma y las referencias al derecho internacional de derechos humanos, específicamente, el artículo 1º de la Convención de Belém do Pará, permiten superar esa posible ambigüedad, para precisar que **necesariamente la violencia a la que se refiere el literal acusado es violencia de género**, lo cual es indispensable para establecer un patrón de discriminación que identifique una intención de matar a una mujer por el hecho de serlo o por motivos de género, como elemento diferenciador del homicidio. Esta precisión, mediante un referente calificado da a la norma claridad y hace que sea posible prever la conducta sancionada. En este sentido, la Corte consideró que para superar esa indeterminación, era necesario declarar una

constitucionalidad condicionada del literal e) que garantice el respeto del principio de legalidad y precise el elemento diferenciador del delito de feminicidio.

4. Salvamento parcial y aclaraciones de voto

El magistrado **Alberto Rojas Ríos** se apartó de manera parcial de la decisión anterior, por cuanto comparte la declaración de exequibilidad del literal e) del artículo 2º de la Ley 1671 de 2015 que establece uno de los elementos que caracterizan el tipo penal de feminicidio y lo distinguen del delito de homicidio, más no, el condicionamiento que se establece en la sentencia C-296 de 2016.

En su concepto, ese condicionamiento no obedece a una interpretación contraria a la Constitución que se derive del texto legal acusado y que por tanto, deba ser excluida del ordenamiento jurídico. Por el contrario, como se expone en los fundamentos de la sentencia, el elemento normativo de la conducta punible que se acusa no vulnera el principio de legalidad, en la medida en que define una de las circunstancias que debe ser valorada por el juez y el fiscal con fundamento en los medios de prueba aportados al proceso y en conjunto con las demás circunstancias que distinguen e identifican la conducta punible de feminicidio, acorde con los convenios internacionales de derechos humanos que imponen a los Estados el compromiso de adoptar instrumentos para erradicar, prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres por razones de género. Observó que, según lo establece de manera expresa el artículo 104 adicionado al Código Penal, uno de los elementos normativos que distinguen al feminicidio del homicidio, radica en causar la muerte por la condición de ser mujer o por motivos de identidad de género, en las circunstancias que se enuncian en la disposición que se impugna parcialmente y que, por consiguiente, no requería de un condicionamiento que nada agrega a la conducta tipificada como delito autónomo por el legislador.

A su juicio, en el análisis de los ingredientes del tipo penal efectuado en la sentencia, se incurre en el equívoco de convertir el contexto, que es un elemento subjetivo del tipo penal en un elemento normativo, lo cual conduce a la imprecisión de asumir la conducta punible de feminicidio como un fenómeno de violencia de género contextual – que incluye la identidad de género-. Con ello, le da carta de naturaleza al contexto que técnicamente nunca se ha aceptado como prueba, salvo por los tribunales internacionales, pero en este caso, frente al establecimiento de responsabilidad de los Estados, en el cual puede jugar un papel importante el contexto político en que se juzgue la violación de derechos humanos. Afirmó, que causar la muerte de la mujer por razones de género o de identidad de género es por sí misma reprochable, más allá del contexto.

El magistrado **Jorge Ignacio Pretelt Chaljub** anunció la presentación de una aclaración de voto en relación con la aptitud de la demanda. Por su parte, el magistrado **Alejandro Linares Cantillo** se reservó una eventual aclaración de voto.

LA CORTE CONSTATÓ QUE EN LA CONCILIACIÓN DE LOS ARTÍCULOS DEMANDADOS DE LA LEY DEL PLAN NACIONAL DE DESARROLLO 2014-2018, NO SE INCURRIÓ EN LOS VICIOS DE FORMA ALEGADOS EN RELACIÓN CON LOS PRINCIPIOS DE PUBLICIDAD, VOTACIÓN PÚBLICA Y NOMINAL, SIMULTANEIDAD DE SESIONES Y MOTIVACIÓN DEL INFORME DE CONCILIACIÓN. DE OTRA PARTE, LA CORTE DETERMINÓ QUE LA FACULTAD PARA DELIMITAR INDEFINIDAMENTE ÁREAS DE RESERVA MINERA ES INCONSTITUCIONAL, MIENTRAS QUE EL NUEVO PROCEDIMIENTO PARA OTORGAR LICENCIAS AMBIENTALES Y LA REGULACIÓN DE UN PROCEDIMIENTO PARA ACORDAR CON LAS ENTIDADES TERRITORIALES LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN AL AMBIENTE SANO Y LOS RECURSOS NATURALES SE CONSIDERARON AJUSTADOS A LA CONSTITUCIÓN