

TRATAMIENTO PENAL DE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER EN COLOMBIA

*Adolfo Murillo Granados
Luis Armando Muñoz Joven*

Resumen

En este escrito se aborda el tema de la violencia contra la mujer procurando identificar las respuestas que el sistema penal le ha dado a estas formas de criminalidad. Con tal propósito se hace inicialmente una aproximación al concepto de violencia contra la mujer y sus diversas manifestaciones, enseguida se hace una reflexión sobre los compromisos asumidos desde la Constitución por el Estado colombiano para proteger de manera específica a la mujer así como los que se derivan de los compromisos internacionales asumidos por Colombia sobre este particular tema. Luego se hace la revisión y el análisis de las disposiciones penales que de manera explícita o en forma implícita protegen a la mujer frente a las distintas manifestaciones delictuales precisando el alcance de las mismas y las condiciones para su aplicación. Finalmente se hace una reflexión crítica sobre la validez, eficacia y conveniencia de la utilización del derecho penal como mecanismo de protección para la mujer respecto de las diferentes manifestaciones criminales.

Palabras clave

Violencia. Violencia contra la mujer. Violencia física, sexual, psicológica y económica contra la mujer. Femicidio.

Introducción

El estudio de la violencia contra la mujer puede asumirse desde muy variados ángulos, porque puede revisarse desde la perspectiva histórica, sociológica, psicológica, médica y jurídica, lo que implica la utilización de distintas metodologías y orientaciones para su desarrollo. En este estudio se estudia la violencia contra la mujer desde una perspectiva netamente jurídica con el propósito de responder al interrogante general sobre cuál ha sido el tratamiento que el derecho penal le ha dado a la violencia contra la mujer.

Para ello era menester identificar las distintas modalidades o manifestaciones de la violencia contra la mujer y su calificación desde el punto de vista jurídico lo que se constituía en condición necesaria para adelantar un estudio coherente e integral sobre el tema. Partiendo de la base de que la violencia contra la mujer tiene distintos momentos de manifestación y de abordaje era necesario determinar si existen obligaciones específicas de actuar para el Estado colombiano respecto de la violencia contra la mujer precisando el origen de las mismas. Con posterioridad se requería hacer una revisión histórica del tratamiento que el derecho penal le ha dado a esas específicas formas de criminalidad.

Para lograr este propósito el escrito se divide en tres grandes ejes que apunta en primer término a precisar conceptualmente que se entiende por violencia contra la mujer deslindándolo de expresiones que se utilizan como sinónimos para luego identificar las distintas manifestaciones o modalidades de la específica violencia contra la mujer. En segundo lugar se desarrolla lo concerniente a los deberes estatales de intervenir para proteger a la mujer contra las tradicionales y nuevas formas de violencia de que es objeto y finalmente se estructura un tercer eje en el que se señalan y analizan las disposiciones penales que de manera directa o indirecta buscan dar respuesta a esta específica criminalidad.

Para el desarrollo de este propósito se adelantó un estudio eminentemente teórico que se torna descriptivo teniendo en cuenta las finalidades que le animan.

1. La violencia contra la mujer

La violencia contra la mujer puede tener su origen en discriminaciones derivadas de la identidad sexual, de la orientación sexual o de la identidad de género. Hay una marcada tendencia a confundir estas expresiones a pesar de que se refieren a realidades diferentes, por ello es necesario hacer las precisiones correspondientes a fin de concentrarnos en lo que constituye el objeto de este estudio.

Mendoza Bautista (2010) precisa en su estudio que la identidad sexual “es producto de un proceso que lleva a una persona a formarse una conciencia interna acerca de ser varón o ser mujer” representa “un saber sobre nuestro propio sexo” (p.10). Es la orientación sexual la que define a una persona como heterosexual u homosexual respondiendo a un proceso de estructuración psíquica que se inicia en los primeros años de vida (Mendoza Bautista, 2010, p. 11). Por su parte, concibe la identidad de género como “la atribución o asunción de género en una persona” que aparece “cuando el individuo interioriza su asignación a un género determinado” es por lo tanto entendida como resultado de la cultura y el momento histórico que le corresponda vivir al individuo (Mendoza Bautista, 2010).

La violencia de género se dirige contra los distintos géneros por su pertenencia a los mismos y por el papel que tradicionalmente desempeñan, no se reduce al ámbito familiar y privado por lo que puede extenderse al ámbito público en escenarios laborales, institucionales o académicos.

Mientras la violencia de género se dirige a las víctimas por su género, es decir, por su pertenencia a determinado género, la violencia contra la mujer por razón de sexo es la que se dirige contra ella precisamente por ser mujer, por lo que es válido afirmar que la violencia de género no solo está dirigida en contra de las mujeres y cuando la violencia de género se dirige contra la mujer no obedece a su sexo biológico sino al rol de género que desempeña (Mendoza Bautista, 2010, p. 22).

Con razón se afirma que “la violencia contra la mujer es la resultante de un proceso histórico sustentado en un rígido modelo de relaciones de dominación, en una infraestructura social e histórica apoyada en las diferencias entre los sexos” (Mendoza Bautista, 2010, p. 30). Esta forma de violencia no solo se dirige contra la mujer, no se limita a lo físico, psicológico o sexual, ataca también la autoestima de la mujer, su dignidad, todo lo que ella aprecia y lo más grave, no se detiene con el divorcio o la separación sino que persiste hasta después de la muerte.

En la legislación española, en el artículo 1 de la Ley Orgánica 1 de 2004 citada por Rueda Martín (2012, p. 31), se acogió un concepto de violencia de género que califica como tal a

Todos aquellos comportamientos que impliquen un acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad, que, como manifestación de la discriminación, la situación de la desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejercen sobre estas por parte de quienes sean o hayan sido sus conyugues o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aún sin convivencia.

La expresión violencia contra la mujer tiene la virtud de enfocar la complejidad del fenómeno sin limitarse a determinado ámbito, enfatizando en quienes son las víctimas habituales de estas agresiones, se constituye en un concepto que alude a la violencia que se ejerce contra la mujer sin limitarla al ámbito familiar o doméstico que permite incluir sus diversas manifestaciones. Se trata entonces de una violencia que se dirige contra las mujeres por el hecho de ser mujeres y que constituye un problema mundial.

En la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de las Naciones Unidas se entendió como violencia contra la mujer

Todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o un sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada (ONU Resolución 48/104, 1993, art. 1).

En Colombia se expidió la **Ley 1257 de 2008** orientada a erradicar toda forma de violencia y discriminación contra la mujer que incluye una serie de definiciones que se constituyen en orientadoras para los distintos actores y operadores en el ámbito nacional, aquella que define el concepto de violencia contra la mujer será transcrita en consideración a su importancia para el tema que ocupa nuestra atención.

ARTÍCULO 2o. DEFINICIÓN DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER. Por violencia contra la mujer se entiende cualquier acción u omisión, que le cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico, económico o patrimonial por su condición de mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, bien sea que se presente en el ámbito público o en el privado.

Para efectos de la presente ley, y de conformidad con lo estipulado en los Planes de Acción de las Conferencias de Viena, Cairo y Beijing, por violencia económica, se entiende cualquier acción u omisión orientada al abuso económico, el control abusivo de las finanzas, recompensas o castigos monetarios a las mujeres por razón de su condición social, económica o política. Esta forma de violencia puede consolidarse en las relaciones de pareja, familiares, en las laborales o en las económicas.

ARTÍCULO 3o. CONCEPTO DE DAÑO CONTRA LA MUJER. Para interpretar esta ley, se establecen las siguientes definiciones de daño:

- a) Daño psicológico: Consecuencia proveniente de la acción u omisión destinada a degradar o controlar las acciones, comportamientos, creencias y decisiones de otras personas, por medio de intimidación, manipulación, amenaza, directa o indirecta, humillación, aislamiento o cualquier otra conducta que implique un perjuicio en la salud psicológica, la autodeterminación o el desarrollo personal.
- b) Daño o sufrimiento físico: Riesgo o disminución de la integridad corporal de una persona.
- c) Daño o sufrimiento sexual: Consecuencias que provienen de la acción consistente en obligar a una persona a mantener contacto sexualizado, físico o verbal, o a participar en otras interacciones sexuales mediante el uso de fuerza, intimidación, coerción, chantaje, soborno, manipulación, amenaza o cualquier otro mecanismo que anule o limite la voluntad personal. Igualmente, se considerará daño o sufrimiento sexual el hecho de que la persona agresora obligue a la agredida a realizar alguno de estos actos con terceras personas.
- d) Daño patrimonial: Pérdida, transformación, sustracción, destrucción, retención o distracción de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores, derechos o económicos destinados a satisfacer las necesidades de la mujer.

Es necesario diferenciar las distintas manifestaciones de la violencia que le interesan al derecho penal entre ellas las más comunes como son la **psicológica** que apunta a denigrar a una persona a través de ignorar su presencia o negar la comunicación causando desvaloración o sufrimiento (Falcón Caro, 2002, p. 25). La **verbal** que consiste en humillar a la otra persona con amenazas de desprecio, de intimidaciones o de agresiones físicas (Falcón Caro, 2002, p. 25), la **física** que ya implica la vulneración de la integridad física al causar heridas, fracturas, quemaduras, palizas, la sexual que supone que la relación sexual sea influida, coaccionada o determinada por la violencia.

Los maltratos se definen como aquellas situaciones en que las mujeres reciban agresiones físicas como golpes, palizas, violaciones, limitaciones de su movilidad, encierros o prohibiciones y por agresiones siquicas las vejaciones, desvalorizaciones, humillaciones.

La **violencia intrafamiliar** se caracteriza porque regularmente se presenta en el ámbito doméstico entre personas unidas por lazos de poder desiguales, en la que la mujer se encontraba en situación de debilidad natural, por ser “propiedad del hombre”. Esta expresión suele confundirse con la violencia doméstica, pero esta última se produce en el entorno doméstico y comprende las agresiones que se producen entre personas que integran el núcleo de la vida doméstica, es decir entre quienes integran la convivencia excluyendo a aquellas parejas en las que no media la convivencia (Bendezú Barnuevo, 2016, p. 30).

La violencia económica, una de las manifestaciones más sutiles de violencia en el ámbito familiar y especialmente contra la mujer fue caracterizada por la Corte Constitucional de la siguiente manera:

Por otra parte, la violencia contra la mujer también es económica. Esta clase de agresiones son muy difíciles de percibir, pues se enmarcan dentro de escenarios sociales en donde, tradicionalmente, los hombres han tenido un mayor control sobre la mujer. A grandes rasgos, en la violencia patrimonial el hombre utiliza su poder económico para controlar las decisiones y proyecto de vida de su pareja. Es una forma de violencia donde el abusador controla todo lo que ingresa al patrimonio común, sin importarle quién lo haya ganado. Manipula el dinero, dirige y normalmente en él radica la titularidad de todos los bienes. Aunque esta violencia también se presenta en espacios públicos, es en el ámbito privado donde se hacen más evidentes sus efectos (Corte Constitucional, T-012/16, 2016).

2. Deber estatal de proteger a la mujer contra las distintas formas de violencia

De manera general se impone desde la Constitución a las autoridades la obligación de proteger a las personas en su vida, honra, bienes, libertades, creencias y demás derechos, lo que significa que la mujer es objeto de protección al igual que los demás sujetos. Situación que es complementada cuando se precisa que todas las personas deben recibir el mismo trato y protección por parte de las autoridades, las que les deben reconocer los mismos derechos y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen

nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, de lo que se deriva la prohibición de discriminación.

Se reitera en el texto constitucional que el hombre y la mujer tienen iguales derechos y oportunidades, enfatizando que la mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación y que gozará de especial asistencia y protección de parte del Estado durante el embarazo, indicando igualmente que la mujer que tiene la condición de cabeza de familia gozará de protección especial.

El análisis de estas disposiciones inicialmente genera la sensación de que el constituyente se reitera innecesariamente porque de manera general adopta el principio de igualdad en el artículo 13 y luego vuelve a insistir en que la mujer no podrá ser discriminada y en determinadas circunstancias gozará de especial protección, pero una apreciación integral nos evidencia que el constituyente quiso reconocer la histórica situación de discriminación a que ha estado sometida la mujer y por ello abrió espacios para que se desarrollen acciones de discriminación positiva o acciones afirmativas como en la práctica se ha encontrado.

El deber estatal de proteger la mujer contra toda forma de violencia y de discriminación tiene también fundamento en tratados internacionales suscritos por Colombia y que son producto de la preocupación mundial por enfrentar este fenómeno históricamente reconocido. Así lo advirtió la Corte Constitucional en una decisión en la que se ocupaba de este tema, veamos:

En ese orden, internacionalmente, los Estados y organizaciones internacionales han adoptado, entre otros, los siguientes instrumentos: la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (1967); la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, en adelante CEDAW (1981); la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia en contra de la Mujer (1993) y; la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995). Todos estos emanados de diversas dependencias de la Organización de Naciones Unidas (ONU). En el marco del Sistema Interamericano, la Organización de Estados Americanos (OEA), en las Convenciones Americana sobre Derechos Humanos e Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, “*Convención de Belém do Pará*” (1995), también ha adoptado este tipo de medidas que buscan la protección integral de los derechos de la mujer y la eliminación de todo tipo de discriminación. Algunas de estas normas han sido incorporadas al bloque de constitucionalidad (Corte Constitucional, T-012/16, 2016).

Debe insistirse en que el estado colombiano tiene el deber de actuar para proteger a la mujer de las diversas modalidades de violencia de que pueda ser objeto, no solo por imponérselo de manera implícita y explica la Constitución sino también porque dicha obligación emana de compromisos internacionales asumidos por el Estado colombiano, aspecto precisado por la Corte Constitucional al decir:

Así pues, nacional e internacionalmente, se han adoptado una serie de mandatos para la protección de la mujer y prevención de cualquier forma de violencia en su contra. Entre estos mandatos se encuentra la debida diligencia, que los obliga a adoptar medidas integrales en materia jurídica y legal, además de la implementación de políticas de prevención que permitan actuar con eficacia ante las posibles denuncias por violencia contra la mujer. Asimismo, se ha reconocido que los Estados deben responder, no solo por los actos propios de violencia contra la mujer, sino por los actos privados, cuando se demuestre la falta de adopción de medidas con la debida diligencia para prevenirlos o impedirlos (Corte Constitucional, T-027/17, 2017).

En síntesis, el Estado colombiano asumió el deber de erradicar la violencia contra la mujer en todas sus formas, de garantizar un trato igual sin tener en cuenta razones de raza, sexo u orientación sexual y se comprometió igualmente a realizar acciones afirmativas para proteger a la mujer, lo que se refleja en el contenido de las distintas disposiciones penales.

3. Respuestas penales a la violencia contra la mujer

Con el ánimo de ofrecer una visión de contexto respecto de la actitud del legislador penal colombiano frente a las distintas manifestaciones de violencia contra la mujer se examinarán los tres últimos códigos penales, lo que igualmente permitirá identificar los periodos o fases por los que ha pasado la legislación sobre este tópico.

Como no se trata solamente de hacer la identificación de las disposiciones sino también de ubicar los periodos a los que corresponde cada una de ellas es importante tener en cuenta que el recorrido seguido por los diferentes estados puede caracterizarse teniendo en cuenta los énfasis de cada una de las etapas a la manera de la evolución que hace la doctrina española que identifica tres fases a saber: i. Etapa de ultra protección a la mujer, ii. Etapa de igualdad de trato y iii. Etapa de la diferencia punitiva (Cervelló Donderis, 2011).

En la primera etapa como la mujer era asumida como pertenencia masculina el tratamiento diferenciado se reducía a su protección paternalista al asumirla como un ser desvalido, inferior al hombre y enfocada prioritariamente en la defensa a ultranza de su reputación social (Cervelló Donderis, 2011). En la segunda etapa se suprimen las diferencias con el propósito de erradicar las distintas discriminaciones históricas en la que se concibe un código “asexualado o neutro” en el que se castigan las conductas discriminatorias (Cervelló Donderis, 2011). Pero a pesar de la supresión de las diferencias y la proclamación del principio de igualdad subsistían desigualdades derivadas de las propias estructuras sociales lo que obligó a un replanteamiento del asunto. Esto da paso a una tercera etapa en la que el legislador destaca diferencias en los delitos contra la mujer teniendo en cuenta precisamente las diferencias en las sociedad y las diferencias estructurales y por ello por ejemplo en el delito de violencia domestica habitual que inicialmente se concebía para proteger a todos los integrantes del grupo familiar se transforma para dar a la mujer protección diferenciada frente a las distintas agresiones que puede sufrir por parte del hombre en sus relaciones sentimentales (Cervelló Donderis, 2011).

El tratamiento penal del genero ha sido diverso porque originalmente corresponde a diferencias producidas por una moral social paternalista que protegía a la mujer como un ser débil y anulado socialmente para dar paso a una especie de reconocimiento de las diferencias sociales estructurales que dan lugar a un tratamiento diferenciado como expresión del principio de igualdad. El tratamiento diferenciado al que se hace referencia puede ubicarse en tres niveles, en el primero la mujer es el sujeto pasivo de delitos en el que su condición es factor biológico necesario o las diferencias derivadas de la libertad sexual o la violencia de género, en el segundo se analizan los diferentes tipos delictivos cometidos por hombres y mujeres o el perfil criminal específico de la mujer agresora y en el tercer nivel se ha introducido la diferencia de género en el derecho penitenciario al detectar la desigual aplicación de la legislación penitenciaria en perjuicio de la mujer presa.

Al utilizar la expresión sociedad patriarcal se hace referencia a la relación de sujeción sistemática de las mujeres por parte de los hombres respondiendo a una determinada relación de dominación social y política, no biológica, en la que los hombres individuales participan y se benefician en las relaciones con las mujeres individuales. Es un sistema social de dominación masculina centrado en la sexualidad.

Como señala Larrauri (2008), es claro que las normas que el derecho penal destina a la mujer reflejan una determinada visión de mujer, plasma una imagen de mujer determinada, pero podría decirse más claramente diciendo que “el derecho ve y trata a las mujeres como los hombres ven y tratan a las mujeres” (p. 21).

Paulatinamente se incorpora el concepto de género en la codificación penal que parte de la definición de la violencia sobre la mujer en el ámbito internacional que la asume como “una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre” (ONU Resolución 48/104, 1993, Preámbulo), por ello se entiende que la violencia sobre la mujer constituye una especie de problema social basado un modelo machista de roles sociales en el que el hombre ejerce sobre la mujer un poder de dominio y subordinación que le lleva a utilizar la violencia para mantener dicha posición de superioridad.

En la primera etapa corresponde hacer referencia al Código Penal de 1936, adoptado mediante el Decreto-Ley 2300 del 14 de septiembre 1936 que acogió el texto definitivo de la Ley 95 de 1936 y que entró en vigencia a partir del 1 de enero de 1937 y que rigió hasta 1981 cuando entró en vigencia el Código Penal de 1980.

Siguiendo los lineamientos de su época y con una influencia marcada del modelo estatocentrico los redactores de dicha codificación le daban mayor trascendencia a la protección de bienes jurídicos cuya titularidad correspondía al Estado y a la sociedad, lo que era explicable dentro de la concepción estatocentrica imperante en la época, relegando a un segundo plano la protección de bienes jurídicos individuales.

Al definir la protección a bienes jurídicos individuales el legislador de esta época hace la primera referencia específica a la mujer en el ámbito de los delitos contra la libertad y el honor sexuales como era denominado el bien jurídico, para agravar la pena correspondiente a la violencia carnal cuando la víctima fuera una “mujer virgen o de irreprochable honestidad” (Código Penal, 1936, art. 317.1), al ocuparse del estupro (Código Penal, 1936, art. 319), consistente en la obtención del acceso carnal a través de maniobra engañosas o supercherías de cualquier género o mediante promesa formal de matrimonio, centró su atención en la mujer mayor de catorce años pero a renglón seguido señaló que la pena correspondiente a este delito se disminuiría si la víctima tenía

condición de “meretriz o mujer pública” (Código Penal, 1936, art. 321). Bajo la denominación de corrupción de menores se sancionaba a quien “corrompa” a una mujer mayor de catorce años y menor de dieciséis mediante el acceso carnal con su consentimiento (Código Penal, 1936, art. 326). De igual manera sancionaba como una modalidad de proxenetismo el hecho de lograr por cualquier medio (violencia física o moral, maniobras engañosas o superchería de cualquier género) que una mujer pública entrara a una casa de lenocinio para la explotación de su cuerpo (Código Penal, 1936, art. 330).

Puede advertirse a partir del contenido de estas disposiciones que para el legislador de la época la mujer víctima de violencia sexual, estupro o explotación sexual solo recibía protección penal si ostentaba determinadas características, utilizando criterios de distinción muy subjetivos como los que hemos dejado consignados.

En el ámbito de los delitos contra la familia, se incluía el delito de raptó que igualmente tenía como sujeto pasivo a la mujer, quien era arrebatada, sustraída o retenida mediante violencia física o moral o maniobras engañosas con el propósito de satisfacer algún deseo erótico-sexual o de casarse con ella, contemplando variaciones en materia de pena por tratarse de mujer de dieciséis o catorce años mediando su consentimiento o de mujer pública o meretriz, indicando enseguida que no procedía sanción alguna si el responsable de las conductas atrás mencionadas contraía matrimonio con la mujer ofendida y que la investigación penal solo era procedente por solicitud de quien estuviere legitimado para hacerlo (Código Penal, 1936, arts. 349-356).

Resulta igualmente de interés señalar que para el legislador de la época el matrimonio saneaba la violencia inicialmente cometida contra la mujer lo que pone en evidencia el tipo de sociedad y la consideración que se hacía de los derechos de la mujer.

Al ocuparse de los delitos contra la vida y la integridad personal el legislador no incluye ninguna disposición en la que de manera expresa proteja a la mujer excepto cuando sanciona de manera más severa las lesiones inferidas a la mujer embarazada que ocasionaren el aborto o el parto prematuro. En este terreno llama la atención que a través de una disposición aplicable tanto al homicidio como a las lesiones personales se da un tratamiento especial al cónyuge, padre, madre, hermano o hermana de mujer de “vida honesta” a quien la sorprenda en “ilegítimo acceso carnal”, tratamiento que significaba una significativa disminución de pena que se extendía a quien determinado

por la misma causa y en estado de ira o de intenso dolor cometiere después la conducta, contemplándose la posibilidad de otorgar perdón judicial y eximir de responsabilidad al autor cuando se considerara que representaba una menor peligrosidad (Código Penal, 1936, art. 382).

Las disposiciones citadas reflejan el tipo de sociedad en la que estas normas fueron expedidas que anteponía el honor del cónyuge, del padre o del hermano a los derechos de la mujer y en particular a su vida y a su integridad acudiendo para el efecto a calificaciones bastante ambiguas como la de “ilegitimo acceso carnal”.

En la segunda etapa se toma como punto de referencia el Código Penal de 1980, adoptado mediante el Decreto ley 100 de 1980 y que rigió entre 1981 y el 25 de julio de 2001 cuando entró en vigencia la Ley 599 de 2000.

Esta codificación corresponde a otro momento histórico y se expide bajo la influencia de otras corrientes del pensamiento penal que pretendían superar los lineamientos del positivismo italiano, tomando partido por los desarrollos de la dogmática italiana y de la dogmática alemana.

Tratándose de un código expedido dentro de la vigencia de la Constitución de 1886 que respondía a parámetros distintos a los que hoy acoge la Constitución de 1991 se estructura de una manera distinta al actual, identificándose en la ordenación y jerarquización de los bienes jurídicos protegidos con la codificación que le precedió ubicando en primer término los delitos contra bienes jurídicos de los cuales es titular el Estado, luego aquellos que se atribuyen a la comunidad y finalmente lo que se radican en cabeza del individuo.

Al definir las conductas merecedoras de sanción penal que atentan contra la libertad individual y otras garantías, en especial contra la autonomía personal se incluye el delito de inseminación artificial no consentida (Código Penal, 1980, art. 280).

Respecto de los atentados contra la libertad sexual, se cambia la denominación para pasar a hablar de libertad y pudor sexuales, eliminando las referencias expresas a la mujer como sujeto protegido para extenderlas a todas las personas, manteniendo la protección exclusiva para la mujer respecto del delito denominado trata de mujeres y menores (Código Penal, 1980, art. 311).

Originalmente no se hacía ninguna distinción al penalizar las distintas modalidades de secuestro, pero con la reforma introducida mediante la Ley 40 de 1993, se incluyó como circunstancia de agravación aplicable a este delito

en sus dos modalidades (simple y extorsivo) el que la víctima sea una mujer embarazada.

En la tercera etapa el análisis se centra en el tratamiento que al tema da la Ley 599 de 2000 y en las reformas introducidas a dicha ley y que tocan con el asunto que nos concierne. Es importante destacar que esta ley se expide en vigencia de la Constitución de 1991 que se caracteriza por tener una muy fuerte carta de derechos y por posibilitar la iniciación del proceso de constitucionalización del derecho lo que ha significado no solamente la influencia directa de normas constitucionales en el desarrollo del derecho penal sino también el papel protagónico de los jueces constitucionales en el desarrollo de esta disciplina. Téngase en cuenta además que pasamos de disposiciones penales concebidas dentro de un modelo “estatocentrico” a disposiciones pensadas con una visión “antropocéntrica”, aspecto que se ve reflejado tanto en la naturaleza de los bienes jurídicos protegidos como en la cantidad y calidad de normas incorporadas a la codificación penal, algunas de ellas derivadas de compromisos asumidos por el Estado colombiano al suscribir tratados internacionales de derechos humanos.

Una revisión detallada de la normatividad penal pone en evidencia que la mujer es constituyen objeto de protección penal directa en algunas disposiciones y en otras son protegidas de manera indirecta.

Con la penalización del genocidio se protege la existencia de determinados grupos (nacionales, étnicos, raciales, religiosos y políticos) pero en algunas de las modalidades del denominado genocidio indirecto el ataque se dirige contra la mujer cuando se escogen las manifestaciones del denominado genocidio biológico como son el embarazo forzado y tomar medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo. Nótese que aunque las conductas previstas en la ley están dirigidas a destruir total o parcialmente uno de los grupos mencionados, dos de esas alternativas implican un ataque contra la mujer porque es ella la destinataria de la acción para producir el embarazo forzado como forma de ataque a los grupos étnicos y raciales y las medidas destinadas a impedir que el grupo se perpetúe o se reproduzca.

El feminicidio en sus acepciones iniciales se entendió como “el asesinato de mujeres realizado por hombres motivado por odio, desprecio, placer o un sentido de propiedad de las mujeres” (Rusell y Jill (s.f.) citadas por Agatón Santander (2013, p. 117)) y que luego fuera definido como “el asesinato misógino de mujeres por hombres” (Rusell y Jill (s.f.) citadas por Agatón Santander

(2013, p. 117)), también se le ha definido como “el fenómeno social ligado al sistema patriarcal que predispone en mayor o menor medida a las mujeres para que sean asesinadas, sea por el solo hecho de ser mujeres, o por no serlo de la manera adecuada” (Monárrez (s.f.) citada por Agatón Santander (2013, p. 119)). Igualmente ha sido entendido como “la forma más extrema de violencia ejercida por los hombres contra las mujeres en su deseo de obtener poder, dominación o control. Incluye los asesinatos producidos por la violencia intrafamiliar y la violencia sexual” (Carcedo y Sagot (s.f.) citadas por Agatón Santander (2013, p. 119)).

En la legislación colombiana es posible identificar tres etapas para el tratamiento de lo que hoy se denomina feminicidio en el marco de la Ley 599 de 2000, a saber.

En un primer momento, el homicidio ejecutado contra una mujer por razones de discriminación relacionadas con su condición de mujer podía recibir el tratamiento agravado, acudiendo al numeral 4 del artículo 104, en cuanto se podía considerar por motivo abyecto (Código Penal, 2000, art. 104.4).

Luego, en virtud de querer visibilizar la situación se agregó como causal específica de agravación al adicionar el numeral 11 al artículo 104, que establecía la agravación cuando el homicidio se cometía “en una mujer, por el hecho de ser mujer” (Código Penal, 2000, art. 104.11).

La inclusión de esta agravante expresa en la codificación penal colombiana no ha estado exenta de críticas como aquella que señala que tiene consecuencias perversas para las mujeres al dejar entrever que las mujeres hacen parte de grupos vulnerables permanentes y por ello requieren una especial protección penal llegando incluso a señalar que comporta una vulneración al derecho a la igualdad al no dar igual tratamiento al homicidio cometido contra el hombre por el hecho de ser hombre (Posada Maya, 2015, pp. 207-208), señalando incluso que tal norma responde a un “feminismo trasnochado” al considerar que las penas previstas independientemente del género son ya demasiado elevadas (Velásquez, 2013, p. 152).

Finalmente, mediante la Ley 1761 de 2015 se dio vida a un tipo penal especial agravado, en el que se diferencia la pena de la correspondiente al homicidio agravado y se introducen nuevos elementos de diferenciación que consisten en lo siguiente:

Debe tratarse de una mujer

Por su condición de ser mujer, por motivos de su identidad de género o en donde haya concurrido o antecedido una cualquiera de las siguientes circunstancias (...)

- 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 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 considera 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 (Código Penal, 2000, art. 104A).

Para la conducta en mención ha previsto el legislador unas circunstancias de agravación específicas que incluye en el artículo 104B. En principio podría pensarse que son diferentes, pero como podrá observarse en términos generales se amplía el ámbito de las agravantes, al recoger la mayoría de las que contempla el artículo 104 e incluir otras que no se aplican en los casos comunes de homicidio, estas, son:

- a. Cuando el autor tenga la calidad de servidor público y desarrolle la conducta punible aprovechándose de esta calidad.
- b. Cuando la conducta punible se cometiere en mujer menor de dieciocho (18) años, mayor de sesenta o mujer en estado de embarazo.

- c. Cuando la conducta se cometiere con el concurso de otra o de otras.
- d. Cuando se cometiere en una mujer en situación de discapacidad física, psíquica o sensorial o desplazamiento forzado, condición socioeconómica o por prejuicios relacionados con la condición étnica o la orientación sexual.
- e. Cuando la conducta punible fuere cometida en presencia de cualquier persona que integre la unidad doméstica de la víctima.
- f. Cuando se cometa el delito con posterioridad a una agresión sexual, a la realización de rituales, actos de mutilación genital o cualquier tipo de agresión o sufrimiento físico o psicológico.
- g. Por medio de las circunstancias de agravación punitiva descritas en los numerales, 1, 3, 5, 6,7 y 8 del artículo 104 de este código (Código Penal, 2000, art. 104B).

Es indudable que la tipificación del feminicidio recoge las preocupaciones de grupos que han luchado contra la violencia de que ha sido objeto históricamente la mujer, no obstante, al someter las disposiciones y expresiones empleadas a examen desde la perspectiva de las garantías y principios propios del derecho penal se encuentran algunas dificultades, porque las expresiones empleadas que tienen que ver con la finalidad perseguida por el autor y la situación de contexto que debe anteceder pueden dar lugar a la aplicación indiscriminada de estas disposiciones perdiéndose el objetivo inicial o hacer difícil su utilización por la imposibilidad de acreditar dichos elementos que tienen que ver en un muy alto porcentaje con actitudes del agresor.

Como consecuencia de la penalización autónoma del feminicidio, se introdujeron modificaciones a las agravantes aplicables a las lesiones personales dolosas en las que se dice que procede la agravación cuando la víctima es una mujer por el hecho de ser mujer, retomando la fórmula que ya había sido contemplada para agravar el homicidio en el año 2008.

Es importante recordar que en el Código Penal de 1936 se incluían disposiciones que justificaban de alguna manera las manifestaciones de violencia cuando se sorprendía al cónyuge o compañero en “ilegítimo acceso carnal” o cuando se eximia de responsabilidad a quien luego de la violación contrajera matrimonio con su víctima o que excluían de la protección penal a las mujeres que ejercieran la prostitución si eran violadas o la penalización del adulterio como delito exclusivo de las mujeres.

En lo que toca con la penalización del aborto, deben ser diferenciadas las diferentes modalidades de esta conducta que diferencia el aborto realizado con el consentimiento de la mujer ya sea que ella lo cause o permita que otro lo cause y el aborto sin el consentimiento de la mujer. Es claro que lo que se protege es la vida del *nasciturus*, pero los derechos de la mujer se ven implicados cuando este se practica sin su consentimiento y de manera particular su derecho a ejercer libremente su sexualidad y a decidir sobre su maternidad cuando el embarazo es producto de un comportamiento delictivo cometido contra la mujer. Vale la pena destacar que la decisión de la Corte Constitucional contenida en la sentencia C-355 de 2006 protege el derecho de la mujer a interrumpir voluntariamente el embarazo cuando ha sido objeto de un acceso carnal violento o abusivo, de una inseminación artificial no consentida, de una transferencia de ovulo fecundado no consentida o de incesto aunque resulta cuestionable que tenga como condición que se haya denunciado debidamente el delito de que fue objeto para recibir la exoneración de responsabilidad penal porque esto dadas las condiciones de nuestro entorno puede dar lugar a formas adicionales de victimización en contra de la mujer. Esta decisión se ve igualmente reflejada cuando se le da tratamiento especial privilegiado que se le da a la mujer en el caso de infanticidio y de abandono cuando antecede esta misma condición.

De manera general se protege a la mujer contra distintas formas de discriminación mediante la tipificación de los denominados actos de discriminación que toma como factor de discriminación generador de responsabilidad penal el sexo o la orientación sexual tanto en los actos de discriminación propiamente dichos o en los actos de hostigamiento.

Conviene recordar que las expresiones referidas tienen diversos significados, por lo que al referirnos al sexo podemos estar haciendo referencia a lo “genético, gonádico, corporal, anatómico, psíquico, social o legal” y en cuanto a orientación sexual se alude a la inclinación y deseo erótico por cualquiera de las personas que integran las divisiones del sexo en sentido biológico, por lo tanto la orientación sexual puede ser heterosexual, homosexual o bisexual (Botero Bernal, 2013).

En el ámbito de los delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, tipificados en el ordenamiento interno a partir del año 2000 y que incorporan las violaciones al DIH al derecho penal interno, se contemplan una serie de conductas reguladas a través de estas disposiciones cuando son ejecutadas en razón o con ocasión del conflicto armado, se in-

cluyen algunas conductas destinadas a proteger especialmente a la mujer que en muchos contextos de guerra es considerada un “botín” lo que se evidencia en tipos como el embarazo forzado en persona protegida y el aborto forzado en persona protegida, en los que es clara la protección a la mujer y otros como la esterilización forzada en persona protegida, la desnudez forzada en persona protegida, la prostitución forzada en persona protegida, la esclavitud sexual en persona protegida y la trata de personas en persona protegida con fines de explotación sexual que a pesar de proteger por igual a hombres y mujeres tienen mayor incidencia tratándose de mujeres por las características del conflicto armado desarrollado en nuestro medio.

Por mucho tiempo los delitos sexuales fueron calificados como “los crímenes olvidados” en el derecho internacional, pero de manera progresiva han sido reconocidos hasta llegar a considerarlos de manera explícita en el marco de los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra y contemplar la posibilidad de las investigaciones y persecuciones temáticas (Ambos, 2012), sin olvidar que los crímenes del derecho penal internacional tienen un elemento de contexto que implica que debe estar relacionada o conectada con ese elemento.

Vale la pena referenciar como lo hace Agatón Santander, que las decisiones de los Tribunales penales internacionales en los casos de Akayesu, Celebici y Furundzija y Tadic se erigen en el primer antecedente en los que se identifica la violencia sexual durante los conflictos armados como violencia de género (Agatón Santander, 2013, p. 84).

Durante los conflictos armados las mujeres han sido afectadas de manera desproporcionada tanto por la violencia sexual como por la violencia basada en género. La violencia sexual ha sido utilizada por los combatientes para avergonzar y humillar al enemigo generando efectos e impactos que van más allá de la terminación misma del conflicto (Coral Díaz, 2015, p. 24).

Aunque al tipificar los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales no se incluye una expresa referencia a la mujer como sujeto pasivo, es evidente el sesgo al describir las conductas porque a pesar de la apertura del concepto “acceso carnal” se utiliza la expresión el que realice acceso carnal, lo que indica que se pensaba originalmente en quien tenía la posibilidad de acceder que era el hombre, por ello algunos críticos señalan que lo ideal sería utilizar expresiones como “obtenga acceso carnal” para que se incluyera tanto al hombre como la mujer en la descripción del comportamiento.

Tratándose de conductas como la desaparición forzada (Código Penal, 2000, art. 166.3) y el secuestro (Código Penal, 2000, art. 170.1), la tortura (Código Penal, 2000, art. 179.3) y el desplazamiento forzado (Código Penal, 2000, art. 181.2) se incluye una protección especial consistente en una mayor pena, cuando la víctima es una mujer embarazada. De manera especial se protege a la mujer cuando se eleva a la categoría de delito la inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundado sin el consentimiento de la mujer en la medida en que supone instrumentalizarla atentando contra su autonomía y de manera especial contra su derecho a decidir respecto de su maternidad.

En el ámbito de los delitos contra la familia, se incluye de manera general el delito de violencia intrafamiliar, desarrollando el precepto consignado en el artículo 42 de la Constitución que advierte que cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, incluyendo como circunstancia de agravación que la víctima sea entre otras una mujer (Código Penal, 2000, art. 229 inc. 2do.).

Al desarrollar originalmente el precepto constitucional que sanciona toda forma de violencia que atente contra la armonía familiar, paradójicamente se incluyó una medida que reducía la pena cuando la violencia sexual era cometida por el cónyuge, disposición que como era de esperarse fue declarada contraria a la Constitución por la Corte Constitucional.

Es importante destacar que en la legislación colombiana se introdujo una reforma de tipo procesal en materia de violencia intrafamiliar al eliminar la posibilidad del desistimiento con el propósito de robustecer las medidas de protección a la mujer víctima de este tipo de violencia, no obstante debe señalarse la necesidad de analizar las posibles razones por las que una mujer retira la denuncia como son la falta de apoyo económico, el temor a las represalias, la tradicional desconsideración de la víctima el acoso procesal representado por la desconfianza a las declaraciones de la mujer e incluso la imposibilidad de retirar las denuncias y el hecho de que el sistema penal no escucha a las mujeres, la existencia de hijos.

4. Conclusiones

A manera de conclusión podría planearse lo siguiente:

Las distintas manifestaciones de violencia en las que la mujer puede ser víctima ha recibido diversas denominaciones teniendo en cuenta la motivación y el ámbito en el que se desarrolla, por lo que se impone hacer precisión en la utilización de las expresiones para evitar soslayar algunas de sus modalidades.

La violencia contra la mujer constituye una preocupación universal, por ello no solo se encuentran disposiciones en la Constitución y la legislación interna dirigidas a combatirla sino también tratados internacionales y declaraciones de organismos internacionales que contribuyen a precisar algunas manifestaciones del fenómeno y que se erigen en parámetro de control para las autoridades internas.

La evolución de la sociedad que tradicionalmente ha sido patriarcal, es decir pensada, diseñada y desarrollada con pensamiento masculino y en función de los deseos y prioridades del hombre ha reproducido este modelo en su legislación condenando a la mujer a su sometimiento y aislamiento con la consiguiente desprotección de sus derechos ha evolucionado como consecuencia de las luchas adelantadas por organizaciones de mujeres hasta ofrecerles en el papel un tratamiento en condiciones de igualdad para llegar a reconocer que a pesar de la consagración legal de la igualdad esta no constituye una realidad por lo que se imponen medidas especiales de protección para la mujer contra la discriminación derivada de su sexo.

No solamente se requieren medidas penales para enfrentar las formas de violencia contra la mujer, es preciso que se adopten políticas educativas, laborales y sociales orientadas a erradicar la cultura de la violencia que se mantiene a pesar de los esfuerzos legislativos. Esto porque debe ser entendido como un problema cultural y estructural.

El derecho penal debe ser entendido solo como uno de los instrumentos para enfrentar la violencia contra la mujer, no puede asumir la vía fácil de asignar al derecho penal el rol de transformar la realidad sin modificar los factores generadores de este tipo de criminalidad.

El derecho penal ha incluido de manera progresiva modalidades delictivas en las que se protegen derechos individuales tanto a los hombres como a las mujeres y entendiendo que su víctima principal dada su condición de vulnerabilidad es la mujer ha incluido circunstancias especiales de agravación

ofreciéndole una mayor protección. En otros casos la erige en víctima por su condición biológica y más recientemente teniendo en cuenta factores como la discriminación por razón de su sexo o por su condición de ser mujer.

Si se asume que el derecho penal es una disciplina de última ratio, que interviene de manera limitada la realidad es viable afirmar que ha asumido su tarea de crear instrumentos para enfrentar la violencia general y específica de que ha sido objeto tradicionalmente la mujer pero como ya se señaló no es el único mecanismo al que debe acudir para dar una respuesta integral a este fenómeno.

Referencias

- Agatón Santander, I. (2013). *Justicia de género: Un asunto necesario*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Ambos, K. (2012). *Violencia sexual en conflictos armados y derecho penal internacional*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Arocena, G., y Cesano, J. D. (2014). *El delito de Femicidio*. Buenos Aires, Argentina: Editorial B de F.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (20 de diciembre de 1993). *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*. [ONU Resolución 48/104]. Recuperado de <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/ViolenceAgainstWomen.aspx>
- Bendezú Barnuevo, R. (2016). *Delito de Femicidio*. Lima, Perú: Ara Editores.
- Bodelón, E. (2012). *Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Didot.
- Botero Bernal, J. F. (2013). Anotaciones generales sobre las conductas punibles que integran los actos de discriminación. En Posada Maya, R. (Coord.), *Discriminación, principio de jurisdicción universal y temas de derecho penal* (pp. 345-394). Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes.
- Código Penal Colombiano [Código Penal]. (2000). Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html.
- Código Penal Colombiano de 1936 [Código Penal]. (1936). Recuperado de <http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?id=1432899>.
- Código Penal Colombiano de 1980 [Código Penal]. (1980). Recuperado de <http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?id=1705120>.

- Congreso de Colombia. (4 de diciembre de 2008). *Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones*. [Ley 1257 de 2008]. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1257_2008.html.
- Congreso de Colombia. (6 de julio de 2015). *Por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones (Rosa Elvira Cely)*. [Ley 1761 de 2015]. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1761_2015.html.
- Constitución Política de Colombia [Const.]. (1991). Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html.
- Coral Díaz, A. M. (2015). *Cuerpo femenino en transición. La construcción desde el discurso jurídico*. Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario.
- Corte Constitucional. (22 de enero de 2016) Sentencia T-012/16. [M.P. Luis Ernesto Vargas Silva].
- Corte Constitucional. (23 de enero de 2017) Sentencia T-027/17. [M.P. Aquiles Arrieta Gómez].
- Fabregat Monfort, G. (Coord.). (2011). *Mujer y derecho*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Falcón Caro, M. (2002). *Malos tratos habituales a la mujer*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado y J.M. Bosch.
- Fernández, M., y Morales, F. (2011). *Métodos feministas en el derecho*. Lima, Perú: Palestra.
- Larrauri, E. (2008). *Mujeres y sistema penal*. Buenos Aires, Argentina: Editorial B de F.
- Mariño, F. M. (Dir.). (2013). *Feminicidio. El fin de la impunidad*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Mendoza Bautista, K. (2010). *Delitos cometidos por condición de género ¿Feminicidio?* Ciudad de México, México: Ubijus.
- Posada Maya, R. (2015). *Delitos contra la vida y la integridad personal*. Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes y Grupo Editorial Ibáñez.

- Rueda Martín, M. A. (2012). *La violencia sobre la mujer en su relación de pareja con un hombre*. Madrid, España: Reus
- Toledo Vásquez, P. (2014). *Feminicidio*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Didot.
- Velásquez, F. (2013). *Delitos contra la vida y la integridad personal*. Bogotá, Colombia: Ediciones Andrés Morales.

