

Sentencia C-297/16

LEY QUE CREA EL TIPO PENAL DE FEMINICIDIO COMO DELITO AUTONOMO “LEY ROSA ELVIRA CELY”-Contenido

DERECHO DE LAS MUJERES A ESTAR LIBRES DE VIOLENCIA-Contenido y alcance/**PROTECCION ESPECIAL A LAS MUJERES**-Jurisprudencia constitucional/**PROHIBICION DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER Y CLAUSULA DE IGUALDAD**-Supone una prohibición de todo tipo de violencia contra la mujer como forma de discriminación

TIPIFICACION DE FEMINICIDIO-Consideración de elementos de prueba para verificar la intención de dar muerte por razón de género

NORMA PENAL-Elementos/**PRECEPTO Y SANCION**-Elementos del tipo penal

La norma penal está constituida por dos elementos: (i) el precepto (praeceptum legis) y (ii) la sanción (sanctio legis). El primero de ellos, es entendido como “la orden de observar un determinado comportamiento, es decir de no realizar algo o de cumplir determinada acción”. El segundo, se refiere a “la consecuencia jurídica que debe seguir a la infracción del precepto”. El precepto desarrolla la tipicidad de hecho punible, pues este elemento es el que contiene la descripción de lo que se debe hacer o no hacer, y, por lo tanto, del hecho constitutivo de la conducta reprochable. Ahora bien, el precepto se integra por varios elementos del tipo que conforman su estructura y que pueden ser sintetizados así: “(i) un sujeto activo, que es quien ejecuta la conducta reprochable y punible; (ii) un sujeto pasivo, que es el titular del bien jurídico que el legislador busca proteger y que resulta afectado con la conducta del sujeto activo; (iii) una conducta, que corresponde al comportamiento de acción o de omisión cuya realización se acomoda a la descripción del tipo y que generalmente se identifica con un verbo rector; y (iii) el objeto de doble entidad; jurídica, en cuanto se refiere al interés que el Estado pretende proteger y que resulta vulnerado con la acción u omisión del sujeto activo, y material, que hace relación a aquello (persona o cosa) sobre lo cual se concreta la vulneración del interés jurídico tutelado y hacia el cual se orienta la conducta del agente”.

TIPO PENAL-Determinación

La determinación de los tipos penales implica el señalamiento de los elementos que estructuran la conducta que da lugar a una sanción penal. A su vez, el hecho típico tiene un ingrediente objetivo que corresponde al aspecto externo de la conducta y, uno subjetivo, que se trata de un móvil que representa la libertad del agente que en algunos casos tiene elementos calificados como el ánimo o una intención particular.

FACULTAD PUNITIVA DEL ESTADO-Concreción/PRINCIPIO DE LEGALIDAD, TIPICIDAD Y DERECHO AL DEBIDO PROCESO-Jurisprudencia constitucional/PRINCIPIO DE TIPICIDAD-Hace parte del núcleo esencial del principio de legalidad en materia penal

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL-Límites

PRINCIPIO DE LEGALIDAD-Contenido y alcance/PRINCIPIO DE LEGALIDAD-Materializa el derecho al debido proceso y garantiza la libertad individual e igualdad de las personas ante la ley

PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL-Dimensiones

Este Tribunal ha identificado las diferentes dimensiones del principio de legalidad en materia penal, las cuales comprenden: i) la reserva legal, pues la definición de las conductas punibles le corresponde al Legislador y no a los jueces ni a la administración ii) la prohibición de aplicar retroactivamente las normas penales, por lo que un hecho no puede considerarse delito ni ser objeto de sanción si no existe una ley previa que así lo establezca, salvo el principio de favorabilidad; iii) el principio de legalidad en sentido estricto denominado de tipicidad o taxatividad, exige que las conductas punibles no solo deben estar previamente establecidas por el Legislador, sino que deben estar inequívocamente definidas por la ley, por lo que la labor del juez se limita a la adecuación de la conducta reprochada a la descripción abstracta realizada por la norma. Sólo de esta manera se cumple con la función garantista y democrática, que se traduce en la protección de la libertad de las personas y el aseguramiento de la igualdad ante el ejercicio del poder punitivo por parte del Estado.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL-Elementos

PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL-Dimensiones encierran la reserva de ley, la irretroactividad de la ley penal salvo favorabilidad y la tipicidad o taxatividad, mediante las cuales evita la arbitrariedad o la intromisión indebida por parte de las autoridades penales que asumen el conocimiento y juzgamiento de las conductas típicas

TIPICIDAD-Concepto/PRINCIPIO DE TIPICIDAD-Elementos/PRINCIPIO DE TIPICIDAD-Límites/TIPO PENAL-Ingredientes normativos/DESCRIPCION DEL TIPO-Importancia/PRECISION Y CLARIDAD DE LA DESCRIPCION DEL HECHO PUNIBLE-Finalidad/TIPICIDAD-Consagración normativa de comportamientos humanos reprochables desde el punto de vista penal, a través de esquemas dogmáticos y las pautas de derecho positivo vigentes

PRINCIPIO DE LEGALIDAD-Pilar del Estado Social de Derecho/**PRINCIPIO DE LEGALIDAD-Límites**/**TIPOS PENALES ABIERTOS Y TIPOS PENALES EN BLANCO**-Grado de indeterminación en su descripción típica/**PROHIBICION DE DELITOS Y PENAS INDETERMINADOS**-Resulta particularmente relevante y controvertible frente a las modalidades de tipo penal abierto y tipo penal en blanco

TIPO PENAL ABIERTO Y TIPO PENAL EN BLANCO-Jurisprudencia constitucional

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

VIOLENCIA DE GENERO-Jurisprudencia constitucional

VIOLENCIA DE GENERO-Concepto

DERECHO FUNDAMENTAL PARA LAS MUJERES A ESTAR LIBRES DE VIOLENCIA-Deberes del Estado

OBLIGACION DE GARANTIZAR EL DERECHO DE LAS MUJERES A ESTAR LIBRES DE VIOLENCIA-Fuentes en el derecho internacional de los derechos humanos

En el derecho internacional de los derechos humanos, la obligación de garantizar el derecho de las mujeres a estar libres de violencia tiene dos fuentes. De un lado, surge de la lectura sistemática de las disposiciones neutras que proscriben la violencia y reconocen los deberes de protección a la vida, la seguridad personal, la integridad, la honra, la salud y la dignidad de las personas, entre otros, con aquellas normas que establecen: (i) el derecho a la igualdad en el reconocimiento y protección de esos derechos; y (ii) la prohibición de discriminación por razón del sexo, pues imponen un deber de protección especial por razón al género. De otro lado, surge de las disposiciones que explícitamente consagran protecciones y deberes alrededor de la erradicación de la discriminación contra de la mujer y de la prevención, investigación y sanción de la violencia contra ésta.

CONVENCION INTERAMERICANA PARA PREVENIR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER-Contenido

CONVENCION PARA LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER-Contenido

DECLARACION SOBRE ELIMINACION DE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER DE NACIONES UNIDAS-Deber de diligencia para erradicación, prevención, investigación y sanción de la violencia contra las mujeres

CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO-Proscripción de todo tipo de violencia contra niños y niñas e impone la obligación de adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, educativas y sociales para protegerlos de cualquier tipo de violencia o abuso

MUJERES VICTIMAS DE LA VIOLENCIA-Protección especial

MUJERES VICTIMAS DE LA VIOLENCIA-Medidas de sanción social en el ámbito de discriminación

MUJERES EN EL CONTEXTO DEL CONFLICTO ARMADO-Riesgo desproporcionado de violencia, abuso y esclavitud sexual

VIOLENCIA DE GENERO-Fenómeno social vigente que se fundamenta en la discriminación de la mujer y tiene serias consecuencias para el goce de sus derechos fundamentales

DERECHO FUNDAMENTAL DE LAS MUJERES A ESTAR LIBRES DE LA VIOLENCIA-Deberes del Estado para su protección y atender de forma integral a sus sobrevivientes/**ACCIONES AFIRMATIVAS PARA PROTEGER A LAS MUJERES DE RIESGOS Y AMENAZAS DESPROPORCIONADAS DE VIOLENCIA EN EL CONTEXTO DEL CONFLICTO ARMADO-**Jurisprudencia constitucional

DELITO DE FEMINICIDIO-Violencia de género

FEMINICIDIO-Como tipo penal responde a la penalización autónoma del homicidio de mujer en razón a su género

TIPIFICACION DE FEMINICIDIO-Derecho comparado

PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO-Elementos/**PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO-**Requiere que las conductas y las sanciones que configuran el tipo penal sean determinadas de forma precisa e inequívoca pero la jurisprudencia ha admitido cierto grado de indeterminación en los preceptos que configuran el delito

El principio de legalidad en sentido estricto, es decir, el principio de tipicidad o taxatividad, requiere que las conductas y las sanciones que configuran el tipo penal sean determinadas de forma precisa e inequívoca. No obstante, la

jurisprudencia ha admitido cierto grado de indeterminación en los preceptos que configuran el delito cuando la naturaleza del mismo no permita agotar de forma exhaustiva la descripción de la conducta pero se encuentran los elementos básicos para delimitar la prohibición, o es determinable mediante la remisión a otras normas. A su vez, dicha indeterminación no puede ser de tal grado que no sea posible comprender cuál es el comportamiento sancionado, lo cual se verifica cuando mediante un ejercicio de actividad interpretativa ordinaria se puede precisar el alcance de la prohibición o cuando existe un referente especializado que precisa los parámetros específicos de su contenido y alcance.

FEMINICIDIO-Elementos en la descripción del tipo/**FEMINICIDIO**-Adecuación típica de la conducta debe abordarse a la luz del móvil, como el elemento transversal que lleva consigo el análisis de la violencia o discriminación de género, en cualquiera de sus formas que puede escapar a dichas circunstancias/**TIPIFICACION DEL FEMINICIDIO**-Obligación que impone el deber de debida diligencia en la investigación y sanción de la violencia contra la mujer

TIPIFICACION DEL FEMINICIDIO-No toda violencia contra la mujer es violencia de género y aun cuando se trate de violencia de género, no todas las acciones previas a un hecho generan una cadena de violencia que cree un patrón de discriminación que demuestre la intención de matar por razones de género

DELITO DE FEMINICIDIO-Elemento subjetivo del tipo debe ser probado a partir de criterios que demuestren que efectivamente existió una intención de matar por razón de género

VIOLENCIA DE LA MUJER EN LA CONVENCION BELEM DO PARÁ-Definición

TIPIFICACION DEL FEMINICIDIO-Inclusión de circunstancias contextuales como elementos descriptivos del tipo, como los indicios, antecedentes y amenazas contra la mujer

ESTADO-Obligación de prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres frente a la evidencia contundente de los altos grados de impunidad que las formas tradicionales de política criminal no han logrado combatir/**ACCESO A LA JUSTICIA PARA LAS MUJERES**-Garantía supone un cambio estructural en el acercamiento del derecho penal para que la tipificación de las conductas que violan sus derechos humanos, su investigación y sanción integren una perspectiva de género

TIPIFICACION DEL FEMINICIDIO-Inclusión de expresión “cualquier tipo de violencia” en norma acusada, admite una lectura

abierta que hace que el comportamiento carezca de precisión y claridad, lo cual incumple con los requisitos que exige el principio de legalidad

CORTE CONSTITUCIONAL-Facultad de modular sus fallos/**CORTE CONSTITUCIONAL**-Sentencia condicionada para garantizar el respeto al principio de legalidad

TIPO PENAL DE FEMINICIDIO-En aplicación del principio de legalidad se condiciona la expresión demandada en el entendido de que la violencia a la que se refiere es violencia de género como una circunstancia contextual para determinar el elemento subjetivo del tipo/**VIOLENCIA DE GENERO COMO CIRCUNSTANCIA CONTEXTUAL PARA DETERMINAR EL ELEMENTO SUBJETIVO DEL TIPO PENAL**-Verificación de dicha circunstancia no excluye el análisis que el fiscal o el juez deben hacer para verificar la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad en el proceso penal con el debido respeto al derecho al debido proceso/**VIOLENCIA DE GENERO EN CONTEXTO DE FEMINICIDIO**-No excluye el análisis de culpabilidad

Referencia: expediente D-11027

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra el literal e) del artículo 2º (parcial) de la Ley 1761 de 2015 “*Por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones*” (Rosa Elvira Cely).

Demandante: Juan Sebastián Bautista Pulido

Magistrada Ponente:
GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá, D.C., ocho (8) de junio de dos mil dieciséis (2016).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados María Victoria Calle Correa, quien la preside, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alejandro Linares Cantillo, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Gloria Stella Ortiz Delgado, Jorge Iván Palacio Palacio, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Alberto Rojas Ríos y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial de las previstas en el numeral 4º del artículo 241 de la Constitución Política, cumplidos todos los trámites y requisitos contemplados en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad prevista en el artículo 242-1 de la Constitución Política, Juan Sebastián Bautista Pulido presentó ante esta Corporación demanda contra el literal e) del artículo 2º (parcial) de la Ley 1761 de 2015 “*Por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones*” (Rosa Elvira Cely), por considerar que vulnera los artículos 1º y 29º de la Constitución.

El 30 de septiembre de 2015, la Sala Plena decidió acumular la presente demanda a los expedientes D-11021 y D-11028, ya que también demandaban algunas disposiciones de la Ley 1761 de 2015.

El 19 de octubre de 2015, la Magistrada ponente inadmitió las demandas de inconstitucionalidad contenidas en los expedientes D-11021 y D-11028, ya que no cumplían los requisitos previstos en el Decreto 2067 de 1991 para presentar una demanda de inconstitucionalidad y se concedió tres días a los demandantes para corregir la demanda. No obstante, en ese mismo auto admitió la acción presentada por el señor Juan Sebastián Bautista Pulido en contra del literal e) del artículo 2º (parcial) de la Ley 1761 de 2015.

Mediante auto del 11 de noviembre de 2015, se ordenó: (i) rechazar y archivar las demandas de inconstitucionalidad contenidas en los expedientes D-11021 y D-11028, como quiera que el término para presentar las correcciones venció en silencio; (ii) continuar con el trámite de la demanda presentada por Juan Sebastián Bautista Pulido contra el literal e) del artículo 2º de la Ley 1761 de 2015; (iii) comunicar el inicio del proceso al Presidente de la República, al Presidente del Congreso, al Ministerio de Justicia y del Derecho y a la Defensoría del Pueblo, para que, si lo consideraban oportuno, realizarán la correspondiente intervención; (iv) invitar a diferentes organizaciones, para que si lo consideraban pertinente, se pronunciaran sobre la constitucionalidad de la norma parcialmente demandada; (v) fijar en lista la norma acusada para garantizar la intervención ciudadana; y (vi) correr traslado al señor Procurador General de la Nación, para lo de su competencia.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de esta clase de juicios y previo concepto del Procurador General de la Nación, procede la Corte a decidir de fondo la demanda en referencia.

II. TEXTO DE LA NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe el artículo 2º 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) y se subraya la expresión objeto de demanda de inconstitucionalidad:

“LEY 1761 DE 2015

(Julio 6)

Por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones. (Rosa Elvira Cely)

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

(...)

Artículo 2°. 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.

(...).”

III. LA DEMANDA

Juan Sebastián Bautista Pulido presentó demanda de inconstitucionalidad contra el literal e) del artículo 2 de la Ley 1761 de 2015 por considerar que vulnera el principio de legalidad y el derecho al debido proceso, consignados en los artículos 1° y 29 de la Constitución.

El demandante sostiene que el aparte acusado “*compone el tipo penal de tal manera que para la imputación de una actuación como feminicidio, a partir del literal en cuestión se exige además del sujeto activo que éste cause la muerte a una mujer, sin ningún ingrediente adicional aparte de lo que dispone el literal mismo*”¹. Por lo tanto, considera que se trata de un tipo penal abierto, proscrito por la Constitución, pues no es posible determinar de forma inequívoca y clara “*que la motivación del sujeto activo corresponde al ingrediente subjetivo `por motivos de género`*”².

¹ Folio 2.

² Folio 2.

A partir de jurisprudencia de la Corte Constitucional, el ciudadano señala que el Legislador encuentra el límite a su libertad de configuración en los derechos y la dignidad de las personas, lo cual incluye el principio de legalidad. Sostiene que dicho principio implica que un tipo penal no puede ser ambiguo y el *“literal demandado determina diversos y confusos supuestos de hecho para configurar el tipo, algunos de los cuales se fundamentan en la mera demostración de antecedentes de violencia los cuales aparentemente demostrarían que la violencia en que se comete se refiere a violencia de género”*³.

Particularmente, señala que la ambigüedad del tipo penal recae en la posibilidad de condenar a un sujeto por tener cualquier clase de antecedentes de violencia en contra de la víctima, sin necesidad de que sean denunciados. Por lo tanto, afirma que el término “antecedente” no representa ninguna calificación especial, lo cual permite que se realice una interpretación ambigua, y con ello se genere una inseguridad e indeterminación jurídica.

En el mismo sentido, plantea que la *“disposición de los indicios resulta abundantemente contraria a los postulados del Estado Social de Derecho, ya que pretende que a partir de indicios de violencia se condene a una persona al tipo penal de feminicidio”*⁴. Para el actor, *“se estaría llegando al extremo de que a partir de simples comentarios o manifestaciones que emita alguna persona o que haya hecho la víctima en determinado momento, de cualquier tipo de violencia, se podría imputar el delito de feminicidio”*⁵. Así pues, en su concepto, el aparte viola el derecho al debido proceso porque *“lleva necesariamente a que en una sentencia el juez funde sus decisiones en meros antecedentes o indicios, los cuales no tendrán que tener ninguna calificación especial para la imputación del mismo”*⁶.

Por último, manifiesta que la norma enjuiciada ataca los postulados del derecho procesal penal e induce en error a la administración de justicia, ya que sustancialmente se condiciona la sentencia penal, pues no se garantiza que el juez llegue con total certeza a la existencia del elemento subjetivo en la actuación del autor del delito. En otras palabras, el operador jurídico no tendría certeza de que quien comete el delito, efectivamente lo haya realizado en contra de una mujer por su condición femenina.

En conclusión, para el demandante, la determinación de antecedentes o indicios de violencia o amenaza en las diferentes esferas sociales en contra de la víctima, sin una calificación especial, generan una indeterminación en el ingrediente subjetivo del tipo, pues no constituyen suficiente evidencia para demostrar que la motivación del homicidio es el odio o repulsión al género femenino.

³ Folio 2.

⁴ Folio 3.

⁵ Folio 3.

⁶ Folio 4.

IV. INTERVENCIONES INSTITUCIONALES

1. Universidad del Rosario

La Directora de la Oficina Jurídica de la Universidad, manifestó que por razones administrativas no era posible atender a la solicitud de intervención presentada por esta Corporación.

2. Institución Universitaria Politécnico Grancolombiano

El representante de la Universidad Politécnico Grancolombiano, actuando como miembro del Observatorio de Derecho Constitucional de la Universidad, solicita que se declare la **INEXEQUIBILIDAD** del aparte normativo demandado.

El interviniente sostiene que, con base en la reiterada y múltiple jurisprudencia constitucional, el Legislador cuenta con libertad de configuración que debe someterse a los principios de objetividad, racionalidad, proporcionalidad y finalidad. Dichos principios le impiden al Legislador crear tipos penales ambigüos o de aplicación retroactiva. Además, exige que se describa de forma precisa la conducta que se ha estimado necesario castigar, así como de los castigos que se van a imponer.

Con fundamento en lo anterior, solicita a la Corte que al revisar la constitucionalidad de la norma realice un juicio de proporcionalidad que tenga como premisa principal, la siguiente pregunta: *¿[e]s razonable establecer como supuesto de hecho del feminicidio la existencia de antecedentes o indicios de cualquier tipo de violencia o amenaza en el ámbito doméstico, familiar, laboral o escolar que justifiquen la imposición de penas descritas en la Ley 1761 de 2015?*⁷

Al desarrollar el juicio propuesto, concluye que *“el legislador excedió su facultad de configuración legislativa como quiera que ató la imposición de una sanción especial a la comisión de una conducta que no puede determinarse con precisión y claridad y cuya valoración y adecuación típica puede variar de un sujeto a otro”*⁸. Así pues, señala que se vulneran los principios de proporcionalidad y razonabilidad fijados en la Constitución, pues se trata de un tipo penal abierto sin criterios claros y objetivos para determinar las circunstancias que configuran un antecedente o un indicio de violencia o amenaza lo cual abre *“la posibilidad al juez para considerar como antecedente situaciones diferentes a las relacionadas con el feminicidio”*⁹.

3. Secretaría Distrital de la Mujer (Bogotá)

⁷ Folio 44.

⁸ Folio 45.

⁹ Folio 45.

La Secretaría Distrital de la Mujer, actuando mediante la jefa de la oficina de asesoría jurídica, solicita que se declare la **CONSTITUCIONALIDAD** de la expresión demandada. La interviniente primero, expone la normativa internacional que hace parte del bloque de constitucionalidad, la cual refleja los compromisos que tiene Colombia para combatir y evitar la violencia en contra de la mujer.

En segundo lugar, relata el contexto del feminicidio en Colombia, y al respecto sostiene que “[l]a violencia física y psicológica contra las mujeres al interior de la familia y propinada por la pareja o expareja en Colombia que de ser repetida puede terminar en feminicidios, cuenta con cifras alarmantes. El Instituto de Medicina Legal y CF informa que en 2014 a nivel nacional, se reportaron 75.939 casos de violencia intrafamiliar de los cuales el 64% (48.889) corresponden a violencia de pareja. Además, en el 81% (41.802) de los casos de violencia de pareja las víctimas son mujeres, lo que significa que por cada hombre que reportó ser agredido por su pareja, seis mujeres lo hicieron”¹⁰.

De otra parte, señala que los asesinatos en contra de las mujeres son un reflejo de la discriminación y la violencia en contra de ellas, de manera que aquellos tratos perpetrados por la pareja o expareja en el ámbito privado o doméstico, son el reflejo del ejercicio de poder de dominación que históricamente han desplegado los hombres sobre la vida, la libertad, el cuerpo y la autonomía de las mujeres.

A su vez, indica que la Secretaría, como única institución a nivel nacional que adelanta la representación de mujeres en estos casos, ha podido constatar que un elemento determinante en la investigación penal son los antecedentes de violencia o amenaza en el ámbito doméstico, familiar, laboral o escolar por parte del sujeto activo en contra de la víctima. En su concepto, los antecedentes, de cualquier clase, que refiere la norma demandada son los que le permiten a la Fiscalía imputar al sujeto activo del delito, cargos por feminicidio.

Así, insiste en que dichos antecedentes “*deben valorarse al momento de imputar, acusar y sancionar como Feminicidio una conducta perpetrada en tales circunstancias, independientemente de que el hecho haya sido denunciado o no*”¹¹ (negrilla en el texto original). Finalmente, sostiene que los indicios y la prueba indiciaria, son elementos que la jurisprudencia ha aceptado en contextos de violencia sexual en contra de mujeres y menores de edad, como material válido para emitir sentencias condenatorias.

V. INTERVENCIONES EXTEMPORÁNEAS

Una vez vencido el término de fijación en lista se recibieron intervenciones del Centro de Investigación en Justicia y Estudios Críticos del Derecho

¹⁰ Folio 48.

¹¹ Folio 50.

(Cijusticia) que justifica la **CONSTITUCIONALIDAD** del aparte acusado y de la Universidad Externado de Colombia que solicita la declaratoria de **INCONSTITUCIONALIDAD** del mismo.

VI. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

La Procuraduría General de la Nación solicita a la Corte Constitucional que declare **EXEQUIBLE** el aparte normativo demandado, *“en el entendido de que no se trata de un verbo rector alternativo sino de una descripción de un contexto o de antecedentes que pueden tener lugar antes de que se cometa el crimen de feminicidio y que permiten probar el móvil del crimen. Así mismo que el delito de feminicidio únicamente tiene lugar cuando se trata de un homicidio de una mujer y cuando este es cometido por el hecho mismo de ser mujer”*¹².

La Vista Fiscal considera que existen inconsistencias en la redacción de la norma demandada, lo cual afecta la interpretación y el sentido de la misma. Para esta entidad, la norma presenta dos sentidos. El primero de ellos, el que propone el accionante en su escrito, *“esto es que se trata de un elemento subjetivo del tipo penal de feminicidio, o en sus palabras un verbo rector alternativo”*¹³. El segundo, considerado por el Ministerio Público como adecuado, hace referencia a una *“mera descripción de un antecedente fáctico o un contexto de agresiones o violencia del sujeto activo contra la víctima antes de que se cometa el feminicidio”*¹⁴.

Para llegar a dicha interpretación, la Vista Fiscal utilizó la definición de feminicidio establecida en el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española y en la Ley 1761 de 2015. Enfatiza que una interpretación acertada de la norma, permite constatar que el contenido de la misma se refiere a simples descripciones de contextos o situaciones que por lo general preceden al delito de feminicidio y que le permiten al juez realizar un estudio exhaustivo de las circunstancias del caso.

En otras palabras, el inciso acusado brinda un contexto para describir el delito de feminicidio, pero no obstaculiza que al interior del proceso penal se garantice el derecho al debido proceso del presunto agresor, pues lo que busca la norma *“es quitar una carga a la mujer que es víctima de la violencia por el hecho de ser mujer y que como se ha demostrado tantas veces, en la coyuntura social del país-en la mayoría de los casos, por distintos motivos-no puede acercarse a las autoridades competentes para formular las denuncias que corresponden”*¹⁵.

En conclusión, la Vista Fiscal expone que a pesar de las deficiencias en la redacción que presenta la norma demandada, ésta se debe entender como un

¹² Folio 73.

¹³ Folio 71.

¹⁴ Folio 71.

¹⁵ Folio 73.

elemento contextual que podría tomarse como un indicio para probar el feminicidio, sin que ello implique que se van a reemplazar los verbos rectores del tipo penal; es decir, los elementos esenciales del feminicidio.

VII. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

1. En virtud de lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4° de la Carta Política, la Corte Constitucional es competente para conocer de esta demanda, pues se trata de una acusación de inconstitucionalidad contra un precepto que forma parte de una ley de la República.

Alcance de la norma, planteamiento del problema jurídico y metodología de resolución

2. El demandante considera que la determinación de antecedentes o indicios de violencia o amenaza en las diferentes esferas sociales en contra de la víctima, sin una calificación especial, generan una indeterminación en el ingrediente subjetivo del tipo, pues no constituyen suficiente evidencia para demostrar que la motivación del homicidio es el odio o repulsión al género femenino.

3. La Institución Universitaria Politécnico Grancolombiano solicita la declaratoria de inexecutable del literal acusado, pues considera que el Legislador excedió su margen de configuración, ya que ató la sanción a la comisión de una conducta que estima que no es posible determinar con precisión y claridad, y cuya valoración y adecuación típica puede variar de un sujeto a otro. Considera que se trata de un tipo penal abierto sin criterios claros y objetivos para establecer las circunstancias que configuran un antecedente o un indicio de violencia, lo que viola los principios de proporcionalidad y razonabilidad establecidos en la Constitución. La Universidad Externado de Colombia, en una intervención extemporánea, también solicita el retiro de la norma del ordenamiento jurídico en consideración a argumentos similares.

4. La Secretaría Distrital de la Mujer de Bogotá solicita la declaratoria de constitucionalidad del literal acusado, pues sostiene que un elemento determinante en la investigación penal son los antecedentes de violencia en los ámbitos que fija la norma y son los que permiten a la Fiscalía imputar el delito de feminicidio. De otra parte, afirma que los indicios son elementos que la jurisprudencia ha aceptado en contextos de violencia sexual en contra de mujeres como material probatorio válido para emitir sentencias condenatorias. Cijusticia también justificó la constitucionalidad de la disposición en una intervención extemporánea.

5. La Procuraduría solicita que se declare la executable del aparte normativo demandado en el entendido de que el literal acusado no determina

un verbo rector alternativo, sino una descripción del contexto que tiene lugar antes del crimen, lo cual permite probar el móvil del mismo. Para la Vista Fiscal, la norma tiene serias deficiencias de redacción, pero se debe admitir el sentido señalado, en tanto que no se obstaculiza el derecho al debido proceso. A su vez, indica que la disposición busca quitar una carga a la mujer, quien no siempre puede denunciar los actos de violencia que han sido perpetrados en su contra.

Alcance de la norma demandada

6. La Corte Constitucional considera que antes de determinar el problema jurídico que plantea la demanda, es necesario establecer el ***alcance de la norma acusada*** porque, además de determinar el ámbito de la revisión constitucional, como lo indica la Procuraduría, la norma admite diferentes lecturas posibles.

7. De manera general, la norma penal está constituida por dos elementos: (i) el precepto (***praeceptum legis***) y (ii) la sanción (***sanctio legis***). El primero de ellos, es entendido como “*la orden de observar un determinado comportamiento, es decir de no realizar algo o de cumplir determinada acción*”. El segundo, se refiere a “*la consecuencia jurídica que debe seguir a la infracción del precepto*”¹⁶.

El precepto desarrolla la tipicidad de hecho punible, pues este elemento es el que contiene la descripción de lo que se debe hacer o no hacer, y, por lo tanto, del hecho constitutivo de la conducta reprochable. Ahora bien, el precepto se integra por varios elementos del tipo que conforman su estructura y que pueden ser sintetizados así: “**(i) un sujeto activo, que es quien ejecuta la conducta reprochable y punible; (ii) un sujeto pasivo, que es el titular del bien jurídico que el legislador busca proteger y que resulta afectado con la conducta del sujeto activo; (iii) una conducta, que corresponde al comportamiento de acción o de omisión cuya realización se acomoda a la descripción del tipo y que generalmente se identifica con un verbo rector; y (iii) el objeto de doble entidad; jurídica, en cuanto se refiere al interés que el Estado pretende proteger y que resulta vulnerado con la acción u omisión del sujeto activo, y material, que hace relación a aquello (persona o cosa) sobre lo cual se concreta la vulneración del interés jurídico tutelado y hacia el cual se orienta la conducta del agente”¹⁷.**

Así pues, la determinación de los tipos penales implica el señalamiento de los elementos que estructuran la conducta que da lugar a una sanción penal¹⁸. A su vez, el hecho típico tiene un ingrediente objetivo que corresponde al aspecto externo de la conducta y, uno subjetivo, que se trata de un móvil que representa la libertad del agente que en algunos casos tiene elementos calificados como el ánimo o una intención particular.

¹⁶C-739 de 2000 M.P. Fabio Morón Díaz

¹⁷C-501 de 2014. M.P. Luis Guillermo Guerrero.

¹⁸C-996 de 2000. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

8. En el tipo penal que es objeto de la demanda parcial, el sujeto activo se refiere a “quien” cause la muerte a una mujer, es decir, aquella persona que lleve a cabo la conducta no es calificada ni determinada por condiciones especiales. El sujeto pasivo es calificado, pues necesariamente se trata de una mujer o de una persona que se identifique en su género como tal.

El objeto material del delito en sentido estricto se trata de la vida de la mujer o la persona identificada como mujer. Como lo señala la exposición de motivos de la ley, este es un tipo pluriofensivo que busca proteger diversos bienes jurídicos, a saber: la vida, la integridad personal, la dignidad humana, la igualdad, la no discriminación y el libre desarrollo de la personalidad.

La conducta corresponde a dar muerte a una mujer por el hecho de serlo, por lo tanto el verbo rector es matar a una mujer. No obstante, como lo advierte la exposición de motivos de la ley, este delito se diferencia del homicidio en el elemento subjetivo del tipo. Es decir, la conducta debe necesariamente estar motivada “*por su condición de ser mujer o por motivos de su identidad de género*”, móvil que hace parte del tipo (dolo calificado). A su vez, el tipo penal describe algunos elementos concurrentes o que han antecedido a la muerte de la mujer como circunstancias que permiten inferir la existencia del móvil. En el caso particular del inciso acusado, se trata de la existencia de “*antecedentes o indicios de cualquier tipo de violencia o amenaza en el ámbito doméstico, familiar, laboral o escolar por parte del sujeto activo en contra de la víctima o de violencia de género cometida por el autor contra la víctima, independientemente de que el hecho haya sido denunciado o no*”.

8. En efecto, el precepto puede ser leído de dos maneras. La **primera** propone entender que las circunstancias detalladas en el literal e) del artículo 2º de la Ley 1761 (antecedentes, indicios o amenaza de cualquier tipo de violencia) se separan del hecho de dar muerte a una mujer, por el motivo de serlo o por razones de género. Es decir, la lectura que plantea el demandante, en la que la imputación del feminicidio sólo requeriría la verificación de tales circunstancias y causar la muerte a la mujer. Dicha interpretación **suprime el móvil del delito de feminicidio** consignado en el acto de matar a una mujer **por el hecho de serlo o por su identidad de género**.

Este acercamiento podría desprenderse de la norma, pues en ella se establece que la conducta se configura cuando se causa la muerte a una mujer, “*por su condición de ser mujer o por motivos de su identidad de género o cuando concurren o antecedan las siguientes circunstancias (...)*”. Así, siguiendo una lectura literal del aparte normativo, el conector “**o**” que es disyuntivo, indicaría que el verbo rector “matar a una mujer” puede ligarse con tres hipótesis que configurarían el feminicidio: *i*) matarla por ser mujer; *ii*) matarla por su identidad de género, y *iii*) matarla y que concurren o antecedan las circunstancias establecidas en los literales de la norma, incluido el literal e) acusado. Dicha lectura configuraría un contrasentido, en la medida en que

excluiría justamente el elemento subjetivo de la conducta que configura el feminicidio, tal y como se expondrá más adelante.

9. La *segunda* lectura posible es la que mantiene esa intención y que implica que la circunstancia descrita actúa como un **elemento descriptivo del tipo o hecho contextual** que potencialmente puede determinar el elemento de la intención de matar a una mujer por el hecho de serlo o por su identidad de género, sin que sea necesario para que se configure el elemento subjetivo. En este caso, a pesar de la literalidad del conector “o”, una lectura sistemática y teleológica del tipo penal mantendría el sentido de la norma, pues **el móvil se conserva en la descripción de la conducta**. Es decir, independientemente de las circunstancias que se describen en los literales del artículo 2º, **la conducta debe necesariamente contar con dicha intención de matar a una mujer por serlo o por motivos de su identidad de género** (dolo calificado).

En este sentido, “*los antecedentes o indicios de cualquier tipo de violencia o amenaza de ésta*” a los que se refiere el literal e) acusado, son complementarios al hecho de matar a una mujer por el hecho de serlo o por su identidad de género, y se establecen como situaciones contextuales y sistemáticas, que pueden ayudar a develar el elemento subjetivo del tipo penal.

La Sala considera que la última lectura es la única admisible constitucional y legalmente por varias razones relacionadas con: (i) la finalidad de la norma, (ii) la definición técnica de feminicidio, (iii) el contexto de discriminación contra la mujer al interior de la administración de justicia. Así:

10. En *primer lugar*, en la exposición de motivos de la ley se indica que la tipificación del feminicidio era necesaria, pues había un vacío legal que impedía sancionar la “*muerte dolosa de la mujer por el simple hecho de ser mujer*”¹⁹. En ese sentido, aparece claro que la (i) **finalidad** de esta norma, además de llenar ese vacío legal, era cumplir con la obligación del Estado colombiano respecto del deber de debida diligencia en la **prevención, investigación y sanción de la violencia contra la mujer**; así como, con la obligación de garantizar el derecho de acceso a la justicia de las mujeres víctimas. La tipificación del delito buscó la “*institucionalización de acceso a un recurso judicial efectivo de protección*”²⁰.

Así mismo, se extrae que el tipo penal de feminicidio respondió a la necesidad de crear marcos jurídicos que evaluaran la violencia contra las mujeres, **en su dimensión sistemática y estructural**²¹. Por tanto se estableció que este es un tipo penal pluriofensivo que responde a la realidad de que la violencia contra

¹⁹ Gaceta del Congreso de la República 773 de 2013, Exposición de motivos proyecto de ley 107 de 2013 del Senado.

²⁰ Gaceta del Congreso de la República 773 de 2013, Exposición de motivos proyecto de ley 107 de 2013 del Senado.

²¹ Gaceta del Congreso de la República 773 de 2013, Exposición de motivos proyecto de ley 107 de 2013 del Senado: “*El sistema Judicial colombiano no cuenta con mecanismos que le permitan investigar y sancionar la sistematicidad de los ataques, convirtiendo así en ineficaz la protección integral del bien jurídico tutelado de la vida y la integridad personal y generando un mayor riesgo para la víctima, ya que el agresor no encuentra un límite efectivo a su accionar violento*”.

la mujer **no es un hecho fortuito y aislado sino un hecho generalizado y sistemático**²², que afecta diversos bienes jurídicos como la vida, *“la dignidad humana, la igualdad, la no discriminación y el libre desarrollo de la personalidad”*²³.

11. En *segundo lugar*, al **(ii) definir el feminicidio**, en la exposición de motivos, se explicó que éste se refiere *“al tipo penal que castiga los homicidios de mujeres por el hecho de ser tales en un contexto social y cultural que las ubica en posiciones, roles o funciones subordinadas, contexto que favorece y las expone a múltiples formas de violencia”*²⁴. Para definir la violencia, se reseñó el artículo 1º de la Convención de Belém do Pará que *“señala que debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”*²⁵. Puntalmente se afirmó:

“El concepto dogmático de feminicidio consiste en la supresión por conducta del autor, de la vida de una mujer (tipicidad), sin justificación jurídicamente atendible (antijuridicidad), en forma intencional o dolosa, observándose una relación de causalidad entre la conducta del agente y el resultado de muerte en la mujer.

Este tipo penal se diferencia del homicidio en las motivaciones del autor, en tanto se basa en una ideología discriminatoria fundamentada en la desvalorización de la condición humana y social de la mujer, y por tanto en imaginarios de superioridad y legitimación para ejercer sobre ellas actos de control, castigo y subordinación.

El feminicidio, no puede seguir siendo considerado un hecho aislado, fortuito, excepcional, o un acto pasional, por tanto debe dársele la importancia legislativa que merece, como la real manifestación de la

²² En la exposición de motivos se hace un recuento de las cifras de violencia intrafamiliar, violencia sexual y los homicidios que tienen las características de feminicidios y los avances para su identificación por parte de las secretarías de la mujer en el nivel territorial. Este recuento, a pesar del subregistro, da cuenta de una situación generalizada en la que las mujeres son las mayores víctimas tanto de violencia intrafamiliar como sexual en un 80% aproximadamente. De otra parte, señala que de las 1284 mujeres asesinadas en Bogotá entre los años 2004 y 2012, al menos el 20% tiene las características del feminicidio. Igualmente, recoge los ejemplos de la tipificación del feminicidio en América Latina que atribuye a una respuesta al grado de violencia que sufren las mujeres en la región y los altos niveles de impunidad. También se refiere al delito en el sistema interamericano y en el sistema universal de derechos humanos. Así, señala que en la sesión 57 de la Comisión del Estatus Jurídico y Social de la Mujer se estableció como una necesidad la tipificación de este delito. Por último, hace alusión al Modelo de Protocolo para la investigación de muertes por razones de género en América Latina: femicidio y/o feminicidio impulsado por ONU Mujeres Regional y a los diferentes esfuerzos de estas instancias por visibilizar la violencia contra las mujeres y la necesidad de dar respuestas apropiadas para estas.

²³ Gaceta del Congreso de la República 773 de 2013, Exposición de motivos proyecto de ley 107 de 2013 del Senado: *“En el delito de feminicidio que se propone como un tipo penal autónomo, el bien jurídico protegido es la vida de las mujeres. Se trata de un tipo penal pluriofensivo, en tanto afecta un conjunto de derechos considerados fundamentales tales como la dignidad humana, la igualdad, la no discriminación, el libre desarrollo de la personalidad, todos estos bienes jurídicos a proteger”*.

²⁴ Gaceta del Congreso de la República 773 de 2013, Exposición de motivos proyecto de ley 107 de 2013 del Senado.

²⁵ Gaceta del Congreso de la República 773 de 2013, Exposición de motivos proyecto de ley 107 de 2013 del Senado.

opresión y el eslabón final del continuum de las violencias contra las mujeres que culminan con la muerte; contentivos de ciclos de violencia basadas en relaciones de dominación y subordinación afirmadas por la sociedad patriarcal, que impone un deber ser a las mujeres por su condición de mujeres, tanto en los ámbitos públicos y privados, a través de prácticas sociales y políticas, sistemáticas y generalizadas para controlar, limitar, intimidar, amenazar, silenciar y someterlas, impidiendo el ejercicio de sus libertades y el goce efectivo de sus derechos”²⁶.

12. En *tercer lugar*, la segunda interpretación de la norma propuesta es la que más se ajusta a su sentido histórico porque la necesidad de dar viabilidad probatoria a los antecedentes, indicios o amenazas de cualquier tipo de violencia, está estrictamente ligada con el hecho de que la discriminación estructural contra las mujeres persiste en muchos ámbitos jurídicos y judiciales. Es decir la norma responde al **(iii) contexto de discriminación contra la mujer en la administración de justicia.**

En este sentido, tanto en la exposición de motivos de la Ley 1761 de 2015, como en reiterada jurisprudencia²⁷ se ha denunciado que, en contexto de discriminación, no es posible mantener el velo de la *igualdad de armas procesales*, sin que ello implique el desconocimiento de las obligaciones estatales de prevenir, investigar y sancionar cualquier tipo de violencia contra la mujer.

Por lo tanto, se ha dicho que la rigidez procesal y el formalismo probatorio, muestran que muchas veces la administración de justicia ha dado un desmedido lugar a la verdad procesal, por encima, de realidades fácticas estructuralmente desiguales²⁸ y la verdad real de lo sucedido. Así, la inclusión de los antecedentes e indicios de violencia en una circunstancia del tipo, responde a la necesidad de establecer un tipo penal que pueda integrar una perspectiva de género en la que esas desigualdades sean superadas.

13. En suma, resulta claro que las circunstancias contextuales de un homicidio de una mujer por el hecho de ser mujer son determinantes para establecer la conducta del feminicidio. En este sentido, dado que los bienes jurídicos

²⁶ Gaceta del Congreso de la República 773 de 2013, Exposición de motivos proyecto de ley 107 de 2013 del Senado.

²⁷ En especial la sentencia T-967 de 2014, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Ver también: Ver, entre otras, las sentencias C-438 de 2013, M. P. Alberto Rojas Ríos; C-781 de 2012, M. P. María Victoria Calle Correa; T-973 de 2011, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-677 de 2011, M. P. Juan Carlos Henao Pérez; T-1015 de 2010, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva; A-092 de 2008 (Sala de seguimiento a la T-025 de 2004), M. P. Luis Ernesto Vargas Silva y C-408 de 1996, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

²⁸ Tal es el caso de la posición de muchas mujeres frente a la administración de justicia cuando sus denuncias y/o reclamos son considerados como asuntos privados, producto de visiones que reflejan la desigualdad histórica y estructural contra éstas. En estos casos, esa *neutralidad* de la justicia, puede ser problemática, pues detrás de ese velo, son identificables diversas barreras impuestas por la violencia y la discriminación contra éstas. En efecto, la falta de recursos económicos, la vergüenza, las amenazas, las intimidaciones, las distancias físicas o geográficas, la falta de orientación, la invisibilización, los estereotipos de género presentes en los operadores jurídicos, entre otras situaciones, son factores que permiten concluir que bajo una perspectiva de género **una víctima de violencia en Colombia no llega en igualdad de armas procesales a las instancias judiciales.**

protegidos por la norma acusada van más allá de la vida y se encuentran ligados a la protección de las mujeres frente a patrones de discriminación que configuren la intención de matarlas por razones de género, esta Sala es enfática en establecer que el elemento esencial del tipo radica en el hecho de matar a una mujer por el hecho de serlo.

Lo anterior implica que las circunstancias que configuran el literal e) acusado no se refieren a un verbo rector adicional o a una circunstancia que reemplace el elemento subjetivo del tipo, sino a circunstancias que pueden determinar que la intención del homicidio se refiere a la condición de ser mujer o a la identidad de género, como elementos descriptivos que presentan hechos con el potencial de verificar el móvil de la conducta, sin excluir el análisis correspondiente a la responsabilidad penal, esto es el estudio de sobre la tipicidad, antijuridicidad y la culpabilidad.

14. Para concluir, el inciso acusado por el demandante no puede ser leído de forma que excluya o reemplace el elemento subjetivo del tipo; es decir, el hecho de matar a una mujer por su condición femenina. Lo anterior, puesto que dicha lectura supondría, frente al literal demandado, que un hecho pasado, antecedentes, indicios o amenazas de violencia, en posible desconexión con el acto de matar en razón al género, tipificaría la conducta como feminicidio. Esa lectura haría que la verificación de las mencionadas circunstancias, estableciera de forma automática la posibilidad de una imputación por feminicidio, sin que estuviera presente la verificación de la existencia del elemento subjetivo del tipo (matar a una mujer por ser mujer o por su identidad de género). En efecto, la primera lectura de la norma va en contravía de los principios que rigen el derecho penal, puesto que haría innecesario verificar uno de los elementos del tipo o lo supondría automáticamente.

Al haber determinado el alcance de la disposición se pasa ahora a establecer el problema jurídico, de acuerdo con los argumentos de la demanda y a plantear la metodología de resolución.

Planteamiento del problema jurídico y metodología de resolución

15. En el presente caso, la Corte debe entrar a resolver el siguiente problema jurídico:

¿La determinación 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 CP)?

Para resolver el problema jurídico, la Corte abordará el marco constitucional sobre: i) el principio de legalidad, la tipicidad y el derecho al debido proceso (reiteración de jurisprudencia); ii) los tipos penales abiertos y en blanco; iii) el derecho de las mujeres a estar libres de violencia y los correlativos deberes

estatales; y iv) la tipificación del feminicidio en contexto; v) para con fundamento en lo anterior dar respuesta al problema jurídico planteado.

El principio de legalidad, la tipicidad y el derecho al debido proceso. Reiteración de jurisprudencia

16. Como lo ha establecido *in extenso* la Corte Constitucional, la facultad punitiva del Estado se concreta en un *conjunto* de normas que dictan cuales son los bienes jurídicos protegidos mediante el derecho penal, que indican las conductas que constituyen delitos y que por lo tanto son susceptibles de sanciones si se cometen. No obstante, esta facultad atribuida al Legislador encuentra límites en la Constitución. Estos límites pueden ser explícitos, en relación con aquellos expresamente consignados en la Carta, o implícitos, como aquellos que surgen de una lectura y aplicación sistemática de ésta. Los límites implícitos buscan la realización de los fines del Estado Social de Derecho, por lo tanto, el Legislador en su ejercicio de configuración penal debe actuar de forma razonable y proporcionada para garantizar que los principios, derechos y deberes establecidos en la Constitución se respeten.

En este sentido, uno de los límites al libre margen de configuración del Legislador en materia penal es el principio de legalidad, que a su vez materializa el derecho al debido proceso. Como lo ha indicado la jurisprudencia, el principio de legalidad establece que las personas sólo pueden ser investigadas, acusadas, juzgadas y sancionadas penalmente por las acciones u omisiones que constituyan un delito y que hayan sido establecidos previamente en la ley. Luego, se trata de una reserva legal calificada, puesto que el delito no sólo debe estar consignado de forma previa sino también de manera clara, expresa, precisa e inequívoca. Igualmente, la jurisprudencia ha dicho que el principio de legalidad en sentido amplio comprende la reserva legal previa, mientras que en sentido estricto se refiere al principio de tipicidad o taxatividad que se refiere al carácter inequívoco de cómo se tipifica la conducta y cuál es la sanción, para que no exista cabida a la subjetividad o arbitrariedad en la aplicación de la norma por el juez penal y a su vez, que los individuos tengan certeza sobre las conductas sancionadas.

Por lo tanto, el principio de tipicidad hace parte del principio de legalidad que a su vez se encuentra inescindiblemente ligado al derecho al debido proceso en una relación amplia y dinámica. En este punto cabe reiterar lo dicho en la **sentencia C-181 de 2016**²⁹ al respecto.

El principio de legalidad

17. El artículo 29 de la Constitución establece que “*nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio*”. Así, el derecho al debido proceso en el ámbito de configuración

²⁹ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. En los siguientes párrafos se reitera lo dicho en la sentencia con la reproducción de los aspectos centrales de esa providencia.

penal le exige al Legislador: i) definir de manera clara, concreta e inequívoca las conductas reprobadas; ii) señalar anticipadamente las respectivas sanciones; iii) definir las autoridades competentes; y, iv) establecer las reglas sustantivas y procesales aplicables, todo lo anterior con la finalidad de garantizar un debido proceso³⁰.

En este sentido, el principio de legalidad que rige el derecho penal desarrolla el derecho al debido proceso y establece que: i) no puede considerarse delito el hecho que no ha sido expresa y previamente declarado como tal por la ley; ii) no puede aplicarse pena alguna que no esté determinada por la ley anterior e indicada en ella; iii) la ley penal sólo puede aplicarse por los órganos y jueces instituidos por la ley para esa función y iv); nadie puede ser castigado sino en virtud de un juicio legal con respeto de las formas propias de cada juicio³¹.

Conforme a lo anterior, la Corte en la **sentencia C-653 de 2001**³² expresó que el ejercicio legítimo del poder punitivo del Estado debe respetar en todo caso las garantías del derecho fundamental al debido proceso destinado a “(...) *proteger la libertad individual, controlar la arbitrariedad judicial y asegurar la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo del Estado*”.

En ese orden de ideas, el principio de legalidad penal es una de las principales conquistas del Estado constitucional, al constituirse en una salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos, pues les permite conocer previamente cuándo y por qué razón pueden ser objeto de penas ya sea privativas de la libertad o de otra índole, con lo que se pretende fijar reglas objetivas para impedir el abuso de poder de las autoridades penales del caso.

18. Este Tribunal ha identificado las diferentes dimensiones del principio de legalidad en materia penal, las cuales comprenden: i) la reserva legal, pues la definición de las conductas punibles le corresponde al Legislador y no a los jueces ni a la administración ii) la prohibición de aplicar retroactivamente las normas penales, por lo que un hecho no puede considerarse delito ni ser objeto de sanción si no existe una ley previa que así lo establezca, salvo el principio de favorabilidad; iii) el principio de legalidad en sentido estricto denominado de tipicidad o taxatividad, exige que las conductas punibles no solo deben estar previamente establecidas por el Legislador, sino que deben estar inequívocamente definidas por la ley, por lo que la labor del juez se limita a la adecuación de la conducta reprochada a la descripción abstracta realizada por la norma. Sólo de esta manera se cumple con la función garantista y democrática, que se traduce en la protección de la libertad de las personas y el aseguramiento de la igualdad ante el ejercicio del poder punitivo por parte del Estado³³.

³⁰ Sentencia C-200 de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

³¹ Sentencia C-301 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez; Sentencia C-820 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

³² M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

³³ Sentencia C-599 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Entonces, específicamente la tipicidad como principio se manifiesta en la “(...) *exigencia de descripción específica y precisa por la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, de las conductas que pueden ser sancionadas y del contenido material de las sanciones que puede imponerse por la comisión de cada conducta, así como la correlación entre unas y otras*”³⁴. De esta forma, se garantiza que el juez respete la voluntad del Legislador y se protejan la seguridad jurídica y la separación de poderes.

Esta Corporación ha desarrollado el contenido de dicho principio y ha identificado los siguientes elementos: i) la conducta sancionable debe estar descrita de manera específica y precisa, bien porque está determinada en el mismo cuerpo normativo o sea determinable a partir de la aplicación de otras normas jurídicas; ii) debe existir una sanción cuyo contenido material lo define la ley; y iii) la obligatoria correspondencia entre la conducta y la sanción³⁵.

19. En conclusión, la tipicidad es un principio constitucional que hace parte del núcleo esencial del principio de legalidad en materia penal. Dicho principio se expresa en la obligación que tiene el Legislador de establecer de manera clara, específica y precisa las normas que contienen conductas punibles y sus respectivas sanciones.

Por su parte, el principio de legalidad materializa el derecho fundamental al debido proceso y garantiza la libertad individual y la igualdad de las personas ante la ley. Sus dimensiones encierran la reserva de ley, la irretroactividad de la ley penal salvo favorabilidad y la tipicidad o taxatividad, mediante las cuales evita la arbitrariedad o la intromisión indebida por parte de las autoridades penales que asumen el conocimiento y juzgamiento de las conductas típicas.

Así pues, el estudio de la responsabilidad penal en nuestro ordenamiento jurídico, acogido por el Código Penal del año 2000, parte del concepto analítico tripartito del delito compuesto por la conducta: i) típica; ii) antijurídica; y, iii) culpable. Para establecer si se cumple con el principio de legalidad y de tipicidad en sentido estricto es preciso verificar que se cumpla con los elementos de la tipicidad que se pasan a reiterar también de la **sentencia C-181 de 2016**³⁶.

La tipicidad y el tipo penal³⁷

20. La tipicidad es la consagración normativa de los comportamientos humanos reprochables desde el punto de vista penal, a través de esquemas dogmáticos y las pautas de derecho positivo vigentes. Se expresa a través del tipo penal, conformado por elementos que definen la tipicidad de una

³⁴ Sentencia C-827 de 2011 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

³⁵ Sentencia C-343 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

³⁶ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

³⁷ En este acápite se reitera y transcribe lo establecido en la sentencia C-181 de 2016 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

conducta punible, los cuales son: los sujetos (activo y pasivo), el objeto, la conducta en sí misma y los ingredientes normativos y subjetivos, así como la consagración de la pena.

La importancia de la descripción que realiza el tipo radica en la precisión, detalle y claridad de la conducta reprochable, por tal razón supone el empleo de fórmulas gramaticales con uno o varios verbos delimitadores de la conducta, uno o varios sujetos que la realicen y algo sobre lo que recaiga la misma y en especial la pena a imponer.

La precisión y claridad de la descripción del hecho punible busca garantizar la objetividad en el proceso de adecuación típica lo cual es un presupuesto para el subsiguiente juicio de antijuridicidad³⁸, culpabilidad³⁹ y punibilidad.

21. En resumen, la tipicidad es la consagración normativa de los comportamientos humanos reprochables desde el punto de vista penal, a través de esquemas dogmáticos y las pautas de derecho positivo vigentes. Se expresa a través del tipo penal, conformado por elementos que definen la tipicidad de una conducta punible, los cuales son: los sujetos, el objeto, la conducta en sí misma y los ingredientes normativos y subjetivos, así como la consagración de la pena.

Así, la definición del tipo penal, permite realizar la adecuación típica de la conducta objeto de reproche, puesto que se trata de un examen de correlación entre un comportamiento humano y todos los elementos estructurales del tipo.

³⁸ Sentencia C-181 de 2016 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado: “La antijuridicidad o injusto penal implica la contradicción jurídica del acto objeto de reproche, es decir, de una parte, el desvalor de resultado el cual es formal cuando se infringe la ley y material, cuando se lesiona o se pone en peligro un bien jurídico protegido, y de otra parte, el desvalor de la acción con fundamento en el conocimiento de los hechos típicos dolosos o de la infracción al deber de cuidado en los delitos culposos, lo que genera el “injusto típico”.

En la legislación colombiana, la antijuridicidad está consagrada en el artículo 11 del Código Penal del año 2000, que establece: “Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídico tutelado por la ley penal.”

³⁹ Conforme al artículo 21 del Código Penal, las modalidades de la culpabilidad del sujeto activo, pueden ser a título de: i) dolo; ii) culpa; o, iii) preterintención.

El dolo está definido en el artículo 22 del Código Penal de la siguiente manera: “La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no realización se deja librada al azar”.

Por su parte, la culpa es aquella conducta en la que el resultado típico “(...) es producto de la infracción al deber de cuidado y el agente debió haberlo previsto, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo”.

La preterintención está consagrada en el artículo 24 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal) y está tipificada así: “La conducta es preterintencional cuando su resultado, siendo previsible, excede la intención del agente”. Sentencia C-181 de 2016 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado: “20. La culpabilidad es aquel juicio de reproche sobre la conducta del actor que permite imponer una sanción penal a su acción típica y antijurídica. Tiene como fundamento constitucional la consagración del principio de presunción de inocencia y el avance hacia un derecho penal del acto, conforme al artículo 29 Superior. En ese sentido, el desvalor se realiza sobre la conducta del actor en relación con el resultado reprochable, más no sobre aspectos internos como su personalidad, pensamiento, sentimientos, temperamento entre otros. Conforme a lo anterior, está proscriba cualquier forma de responsabilidad objetiva, pues la base de la imputación es el juicio de reproche de la conducta del sujeto activo al momento de cometer el acto. Por último, la culpabilidad permite graduar la imposición de la pena de manera proporcional, puesto que el análisis no se agota en la verificación del dolo, la culpa o la preterintención, sino que además, debe tenerse en cuenta el sentido específico que a la acción u omisión le imprime el fin perseguido por el sujeto”.

Los tipos penales abiertos y los tipos penales en blanco

22. Como se advirtió, el principio de legalidad como pilar del Estado Social de Derecho garantiza el derecho al debido proceso en la medida en que tiene como objetivo asegurar que las conductas típicas estén definidas de forma inequívoca para que el individuo pueda conocerlas y así asegurar su ámbito de libertad. Es decir, permiten que el individuo tenga la certeza de saber hasta dónde va la protección jurídica de sus actos. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha admitido límites a este principio al permitir delitos que gocen de un cierto grado de indeterminación en su descripción típica como los tipos penales abiertos y los tipos penales en blanco.

En este sentido, la Corte Constitucional ha establecido que el límite que se impone al principio de legalidad subyace en que la determinación de una conducta sólo es posible hasta donde se lo permite su naturaleza⁴⁰. Lo anterior, reconoce que existen ciertas conductas que impiden su descripción exacta en tipos cerrados y completos. Sin embargo, en estos casos la indeterminación del tipo penal no viola el principio de legalidad si el Legislador precisa los elementos básicos para delimitar la prohibición o hace que éstos sean determinables mediante la remisión a otras instancias complementarias. En el caso de los tipos abiertos la remisión es judicial, mientras que en el caso de los tipos en blanco ésta es hacia otros contenidos normativos.

23. Este Tribunal ha dicho que los tipos penales abiertos son aquellos tipos que permiten un grado de indeterminación en los elementos normativos que lo configuran⁴¹. Estos se diferencian de los tipos penales en blanco en que la indeterminación del tipo se supera mediante el ejercicio de la actividad de interpretación del juez⁴².

⁴⁰ Sentencia C-333 de 2001 M. P. Rodrigo Escobar Gil; Sentencia C-442 de 2011. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; Sentencia C-501 de 2014 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁴¹ Sentencia C-501 de 2014 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁴² Salvamento de voto de Eduardo Montealegre Lynett de la sentencia C-333 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil: “6. *Welzel caracterizó los tipos abiertos, como normas que no definen exhaustivamente la conducta prohibida y por ende necesitan un complemento por parte del juez (en la función creadora del juez, el finalismo coincide con el realismo jurídico). De acuerdo a la naturaleza de las cosas, hay cierto tipo de comportamientos que el legislador no puede describir minuciosamente, dada la multiplicidad de formas que puede revestir en la realidad. Trae como ejemplo los tipos culposos (delitos imprudentes) y los tipos de omisión impropia (delitos de comisión por omisión).*

El delito imprudente se caracteriza por la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, como consecuencia de la inobservancia a un deber de cuidado. Como resulta imposible describir en un tipo penal, o recoger en el ordenamiento todos los deberes de diligencia que le son exigibles a una persona en el tráfico jurídico, le corresponde al juez determinarlos en el caso concreto. Utiliza para ello criterios muy importantes, como el de la lex artis, la prohibición de poner en peligro abstracto bienes jurídicos, los reglamentos que regulan las actividades peligrosas, la figura del modelo diferenciado, etc. Lo mismo sucede en los delitos de comisión por omisión, en los cuales el criterio para imputar un no hacer (omisión) como equivalente a la realización activa de un comportamiento, radica en la posición de garante. Como no puede el legislador describir exhaustivamente todos los casos en que alguien tiene un deber específico de evitar un resultado, le corresponde hacerlo al juez, con base en criterios como el de creación de fuentes de peligro (competencia por organización) o deberes de protección de bienes jurídicos surgidos institucionalmente (competencia institucional)”.

Así, por ejemplo, en la **sentencia C-127 de 1993**⁴³ al decidir sobre la constitucionalidad del delito de terrorismo por un cargo de violación al principio de legalidad, la Corte dijo que los tipos penales tradicionales o estáticos se deben consagrar en tipos penales cerrados, pero frente a tipos penales dinámicos o *“fruto de las nuevas y sofisticadas organizaciones y medios delincuenciales, deben consagrarse tipos penales abiertos”*. Lo anterior, pues existen ciertas conductas que por atentar contra la dignidad inherente de la persona merecen un trato especial.

A su vez, sobre la indeterminación del tipo frente al principio de legalidad, la Corte precisó en la **sentencia C-742 de 2012**⁴⁴ que para determinar si un tipo penal se ajusta al principio de legalidad, no basta con demostrar la ambigüedad de las expresiones, sino que debe demostrarse que la vaguedad no es superable desde una interpretación jurídica razonable. Explicó entonces que *“el juicio de estricta legalidad debe entenderse como un escrutinio de constitucionalidad de la ley penal, que busca establecer si los tipos penales resultan tan imprecisos e indeterminados, que ni aun con apoyo en argumentos jurídicos razonables es posible trazar una frontera que divida con suficiente claridad el comportamiento lícito del ilícito”*⁴⁵.

Igualmente, la jurisprudencia ha establecido que todo tipo penal podría considerarse abierto al dejar un cierto margen de interpretación, por lo tanto se

⁴³ La sentencia C-127 de 1993 MP: Alejandro Martínez Caballero revisó la constitucionalidad del Decreto 2266 de 1991 por medio del cual se convirtieron algunas normas permanentes dictas en estado de sitio. En lo pertinente, la demanda aducía la violación al principio de tipicidad y el derecho al debido proceso puesto que el delito de terrorismo correspondía a un tipo penal abierto, ambiguo y vago. La Corte determinó que el delito de terrorismo, a pesar de ser un tipo penal abierto, era constitucional pues al tratarse de un tipo dinámico que se diferenciaba de los demás en que era pluriofensivo, obedecía a organizaciones delincuenciales sofisticadas y la actitud del terrorista era insensible a los valores de la Constitución, merecía un trato especial que admitía que el operador judicial superara el grado de indeterminación que éste tenía.

⁴⁴ M.P. María Victoria Calle Correa. En la sentencia la Corte analizó una demanda contra los artículos 44 y 45 (parcial) de la Ley 1453 de 2011, que tipificaban los delitos por la obstrucción de las vías que afecten el orden público y la perturbación del servicio de transporte público. El accionante sostenía que los artículos demandados criminalizaban la protesta social y que algunas de las expresiones contenidas en los artículos eran indeterminadas, en específico las expresiones *“medios ilícitos”, “incite”, “dirija”, “constriña” y “proporcione los medios”*. La Corte consideró que los términos de la demanda tenían un contenido gramatical suficientemente comprensible para considerar que el tipo no era indeterminado. La sentencia se refirió al principio de legalidad, el cual definió conforme con la sentencia C-365 de 2012, que sostuvo: *“El principio de legalidad está compuesto a su vez por una serie de garantías dentro de las cuales se encuentran: la taxatividad y la prohibición de la aplicación de normas penales retroactivamente (salvo sean más favorables para el reo). En este marco cobra particular importancia el principio de taxatividad, según la cual, las conductas punibles deben ser no sólo previamente sino taxativa e inequívocamente definidas por la ley. En este sentido: En virtud de los principios de legalidad y tipicidad el legislador se encuentra obligado a establecer claramente en qué circunstancias una conducta resulta punible y ello con el fin de que los destinatarios de la norma sepan a ciencia cierta cuándo responden por las conductas prohibidas por la ley. No puede dejarse al juez, en virtud de la imprecisión o vaguedad del texto respectivo, la posibilidad de remplazar la expresión del legislador, pues ello pondría en tela de juicio el principio de separación de las ramas del poder público, postulado esencial del Estado de Derecho”*.

⁴⁵ Sentencia C-742 de 2012 M.P. María Victoria Calle Correa. La Corporación describió tres circunstancias bajo las cuales era posible sostener que se superaba una acusación de indeterminación del tipo penal, a saber: *“Así, por una parte, se entiende superada una imprecisión si el resultado de la interpretación razonable es una norma penal que les asegura a los destinatarios de la ley un grado admisible de previsibilidad sobre las consecuencias jurídicas de sus comportamientos (CP art. 2). Por otra parte, se supera si además garantiza el derecho a la defensa (CP art. 29); esto es, si una eventual imputación o acusación por haber cometido el comportamiento descrito en el tipo, es susceptible de refutarse en algún caso. Finalmente, se puede entender superada la indeterminación si además el sentido del precepto es tan claro, que es posible definir cuál es el comportamiento que pretende prevenirse o estimularse para proteger el bien jurídico (CP art. 2)”*.

trata de una cuestión de grados ante la cual en el control constitucional se debe verificar si existen referencias que permitan precisar su contenido normativo, lo cual puede incluir precedentes⁴⁶.

Luego, la justificación de los tipos penales abiertos también subyace en que hay cierto tipo de conductas que el Legislador no puede describir exhaustivamente, dada la multiplicidad de formas que puede tomar en la realidad. En este sentido, esta Corporación dijo en la **sentencia C-501 de 2014**⁴⁷ que el examen de validez de los tipos penales abiertos se dirige a establecer si “*el nivel de apertura de la norma impide a los destinatarios individualizar los comportamientos prohibidos y sancionados*”⁴⁸ y que la indeterminación de los tipos penales abiertos es compatible con la Constitución si:

“(i) (...) se puede superar con una actividad interpretativa ordinaria de un destinatario “promedio” del tipo penal, de modo que con mediana diligencia hermenéutica sea posible precisar el alcance de la prohibición; (ii) Además, en casos excepcionales en los que esta actividad hermenéutica del destinatario “promedio” es insuficiente, puede admitirse el tipo penal abierto cuando existe un referente especializado que ha decantado pautas específicas que precisan el contenido y alcance de la prohibición penal, y tal comprensión se ha trasladado a los destinatarios cuando se efectúa el control constitucional del precepto”.

24. En conclusión, los tipos penales abiertos no violan el principio de legalidad siempre que: i) la naturaleza del tipo impida su descripción exacta, pero se encuentran los elementos básicos para delimitar la prohibición; y ii) el destinatario pueda comprender cuál es el comportamiento sancionado, lo cual se verifica cuando mediante un ejercicio de actividad interpretativa ordinaria se puede precisar el alcance de la prohibición o cuando existe un referente especializado que precisa los parámetros específicos del contenido y alcance de la prohibición.

25. De otra parte, los tipos penales en blanco se refieren a aquellas conductas típicas que aunque incluyen un precepto y una sanción, el precepto es relativamente indeterminado y requiere de otro contenido normativo para que se precise⁴⁹. Así, se les ha denominado tipos de reenvío, por la necesidad de remitirse a otras disposiciones legales para poder llevar a cabo el proceso de adecuación típica.

Luego, en los tipos penales en blanco o de reenvío si bien existe un grado de indeterminación en la conducta ésta es determinable y en esa medida es compatible con el principio de legalidad. Así, los requisitos de claridad y

⁴⁶ Sentencia C-442 de 2011 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁴⁷ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁴⁸ Sentencia C-501 de 2014 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁴⁹ Sentencia C-599 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-739 de 2000 M.P. Fabio Morón Díaz; Sentencia C-1490 de 2000 M. P. Fabio Morón Díaz; Sentencia C-917 de 2001 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

certeza de este principio admiten que se remita a otras normas que no necesariamente deben tener el mismo rango legal pero que permiten establecer de forma inequívoca el alcance de la conducta penalizada⁵⁰.

Igualmente, la jurisprudencia ha dicho que los tipos penales en blanco se justifican en los casos que regulan fenómenos dinámicos que no admiten la regulación estricta del tipo por su volatilidad, que exige una actualización normativa constante⁵¹.

26. Sobre el tipo de remisiones, la **sentencia C-605 de 2006**⁵² señala que en los tipos penales en blanco el precepto puede expresarse al integrar otras normas al tipo penal, de rango extralegal o infralegal y que la remisión puede ser propia o impropia según el rango de la norma con la cual se efectúa el complemento. Así, la remisión impropia se refiere a la remisión a otra norma de igual rango por lo que se respeta el principio de legalidad en sentido estricto, al guardar la reserva legal en la determinación de la conducta punible ya que la voluntad del Legislador se compone a partir de la integración de varias normas⁵³. En la remisión propia, es decir a normas de diferente rango legal, sólo se admite la remisión de elementos diferentes al verbo rector y a la sanción⁵⁴. En esa oportunidad, la Corte también indicó que es posible que la

⁵⁰ Sentencia C-333 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil. La Corte conoció una demanda contra el artículo 235 del Código Penal, modificado por el artículo 1º del Decreto 141 de 1980. Los demandantes consideraban que el artículo 235 del Código Penal sobre el delito de usura no era completo, pues estaba supeditado a una norma posterior –acto administrativo-, que definiera cuándo se considera que una actividad constituía usura por el interés cobrado. La Corte consideró que por la “*mutabilidad del entorno económico y financiero, el legislador ha estimado necesario, para la defensa del interés jurídico que se intenta proteger con el tipo de la usura, atribuir a las autoridades administrativas la potestad de complementarlo y para ese efecto les otorga un cierto margen de apreciación*”. En consecuencia, el tipo penal se debía complementar a través de un acto administrativo, en el que se indica la tasa de interés máxima permitida.

Al estudiar el caso concreto la Corte estimó que “*la norma acusada no es violatoria de la Constitución porque la misma contiene un tipo en blanco, para cuya concreción remite a un acto administrativo, la Certificación de la Superintendencia, en condiciones que no ameritan reproche de inconstitucionalidad, y que en la medida que sólo rige hacia el futuro no vulnera el principio de legalidad en materia penal*”.

⁵¹ Sentencia 501 de 2014 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, reiterando la Sentencia C-605 de 2006 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁵² M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁵³ En la Sentencia C-605 de 2006. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra la Corte estudió una demanda contra un apartado del artículo 382 (parcial) de la Ley 599 de 2000, que establecía el delito de tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos y penalizaba el tráfico de “*otras sustancias que según concepto previo del Consejo Nacional de Estupefacientes se utilicen con el mismo fin*”. De acuerdo con el demandante, la determinación del tipo quedaba al arbitrio de una autoridad administrativa, lo cual era contrario al principio de legalidad en materia penal, consagrado en el artículo 29 de la Constitución.

La Corte determinó que era admisible que los tipos penales en blanco fueran complementados por una norma de rango infralegal. Al determinar el alcance del tipo penal sostuvo que aquel describía los elementos estructurales del tipo, pero era evidente que en la definición de la conducta, el Legislador no puntualizó, con detalle, las sustancias cuyo tráfico se castiga. Sobre la remisión sostuvo: “*En relación con la remisión impropia no existe mayor discusión: en ésta, la supuesta remisión no es más que una complementación de un texto legal con otro del mismo rango, por lo que el principio de legalidad no percibe amenaza alguna: es la voluntad del legislador –que se integra a partir de la integración de varias disposiciones- la que en últimas determina la estructura del tipo.*

En la remisión propia, por el contrario, el dilema adquiere una dimensión distinta: el principio de nullum crimen lulla poena sine lege contiene una referencia directa a la necesidad de que la descripción de la conducta y de la sanción se encuentren contenidas en la ley, entendida ésta en su sentido formal, es decir, como la manifestación de la voluntad del órgano legislativo. Por ello, no deja de levantar suspicacias el hecho de que sea la propia ley -garante del principio- la que, despojándose de su deber descriptivo, entregue a una autoridad distinta la definición de algunos de los elementos del tipo”.

⁵⁴ En la sentencia C-1490 de 2000. M.P. Fabio Morón Díaz la Corte estudió una demanda en contra de los numerales 2 y 4 y el párrafo del artículo 51; el numeral 2 y el párrafo del artículo 52; el numeral 2 del

norma a la cual se remite “*se expida con posterioridad a éste [la norma penal], pero se exige la existencia de la norma de complemento para la conformación final del tipo penal*”⁵⁵.

27. Específicamente, en relación con la remisión a normas de rango administrativo, esta Corporación indicó en la **sentencia C-442 de 2011**⁵⁶ que para que se respete el principio de legalidad se deben cumplir cuatro requisitos, a saber:

*“En primer lugar, la remisión debe ser precisa; en segundo lugar, la norma a la cual se remite debe existir al momento de conformación del tipo penal. En tercer término la norma de complemento debe ser de conocimiento público y, finalmente, debe preservar, como cualquier norma del ordenamiento, los principios y valores constitucionales”*⁵⁷.

A su vez, la Corte ha determinado que la precisión de la remisión se refiere a la posibilidad de acudir a referentes objetivos y verificables, que también deben respetar el principio de legalidad⁵⁸.

artículo 53; y el artículo 55 de la Ley 44 de 1993. Los accionantes aducían, entre varios cargos, que las normas demandadas eran tipos penales en blanco pues utilizaban las expresiones “soporte lógico” y “reproduzca” sin definir las, ni remitir a otras normas que las definieran. La Corte reiteró la jurisprudencia de las sentencias C- 599 de 1999 y C- 739 de 2000 en cuanto los tipos penales en blanco no son contrarios a la Carta Política “*siempre y cuando verifique la existencia de normas jurídicas precedentes que definan y determinen, de manera clara e inequívoca, aquéllos aspectos de los que adolece el precepto en blanco, cuyos contenidos le sirvan efectivamente al intérprete, específicamente al juez penal, para precisar la conducta tipificada como punible, esto es, para realizar una adecuada integración normativa que cumpla con los requisitos que exige la plena realización del principio de legalidad.*” Luego, concluyó que el tipo penal era completo pues las normas contienen un precepto y una sanción, los **verbos rectores son precisos** y las demás expresiones deben entenderse de acuerdo con las definiciones legales y el uso común que se les otorga. Frente al cargo contra la expresión “soporte técnico” encontró que en decisiones y decretos se ha definido el concepto, y en caso de que no existiera tal definición previa, “*los tipos penales impugnados tampoco requerirían de tal remisión para adquirir sentido, pues las mismas pueden entenderse de acuerdo con el uso común que se les da, tal como lo establece el artículo 28 del Código Civil, dado que el hecho de que sean de carácter técnico no implica, necesariamente, que sean ajenas a una definición en el lenguaje cotidiano.*” En relación con el concepto de “reproduzca” contenido en las disposiciones acusadas, la Corte sostuvo que éste era claro y precisó. Puntualizó que para derivar responsabilidad penal de dicha conducta era necesario demostrara la concurrencia de los elementos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. En ese sentido, frente al cargo por posible violación del principio de legalidad, las normas fueron declaradas exequibles.

⁵⁵ Sentencia C-605 de 2006. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; Sentencia C-121 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁵⁶ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Estos criterios fueron reiterados en la Sentencia C-121 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y Sentencia C-501 de 2014 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁵⁷ Sentencia C-442 de 2011 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁵⁸ Sentencia C-121 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva: “*16. En conclusión, la jurisprudencia ha reconocido un amplio espacio de configuración legislativa en orden a determinar que bienes jurídicos son susceptibles de protección penal, las conductas que deben ser objeto de sanción, y las modalidades y la cuantía de la pena. No obstante, debe tratarse de una prerrogativa sujeta a límites. Estos límites están dados fundamentalmente por el respeto a los derechos constitucionales de los asociados, el deber de respetar el principio de legalidad estricta, y los criterios de razonabilidad, proporcionalidad, aplicables tanto a la definición del tipo penal como a la sanción imponible. Dentro de las garantías que involucra el principio de legalidad estricta se encuentra la prohibición de delitos y penas indeterminadas. En relación con este aspecto se han estudiado los tipos penales en blanco, respecto de los cuales la jurisprudencia ha admitido su constitucionalidad siempre y cuando la remisión normativa permita al intérprete determinar inequívocamente el alcance de la conducta penalizada y la sanción correspondiente.*

Dentro de los límites constitucionales que se imponen al legislador para el ejercicio de la potestad de configuración de los delitos y de las penas, se encuentra también el debido proceso (Art. 29), y como una garantía a él adscrita la prohibición de doble incriminación, a la que se hará referencia a continuación”; Sentencia C-442 de 2011 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

28. En conclusión, esta Corporación ha determinado que los tipos penales en blanco no violan el principio de legalidad siempre que de forma clara, previa e inequívoca se describa la conducta reprochada. Entonces, la claridad y la certeza de la descripción típica admite que se haga referencia a otras normas de distinto rango legal mientras que éstas sean determinables. Así, la norma que completa el tipo penal puede no haber sido expedida, pero debe existir al momento de la confirmación del tipo y la remisión a normas de inferior jerarquía debe cumplir con los principios de claridad, precisión, generalidad y publicidad, además de estar acordes con los principios y valores constitucionales.

El derecho de las mujeres a estar libres de violencia y los correlativos deberes para el Estado

29. La Constitución de 1991 reconoce explícitamente una protección especial a la mujer en sus artículos 40, 43 y 53 en razón a la discriminación histórica que ésta ha sufrido en las diferentes esferas sociales. Así, determina una garantía de adecuada y efectiva participación en los niveles decisorios de la administración pública, una prohibición de la discriminación y una protección especial durante y después del parto, así como en el ámbito laboral. De otra parte, el artículo 42 establece la protección especial a la familia y proscribire cualquier forma de violencia en su núcleo. Si bien la norma no menciona explícitamente a la mujer, la jurisprudencia ha entendido que el derecho a la igualdad, que impone la salvaguarda reforzada de los sujetos en condición de vulnerabilidad⁵⁹, efectivamente establece para mujeres, niñas y niños una protección especial frente a la violencia intrafamiliar en cualquiera de sus formas.

⁵⁹ Sentencia C-059 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández. En la sentencia, la Corte Constitucional revisó la constitucionalidad de la competencia del juez de paz y el conciliador en equidad de mediar para que cese la violencia intrafamiliar y trámite una audiencia de conciliación y la posibilidad de solicitar medidas de protección en los 30 días siguientes a la agresión contenidas en los artículos 1 y 5 de la Ley 575 de 2000 que reformó la Ley 294 de 1996 por violación de la protección a la familia, a la mujer y los menores de edad reconocida en los artículos 42, 43 y 44 de la Constitución de acuerdo con los cuales sólo los jueces que fallan en derecho pueden conocer de casos de violencia intrafamiliar y como un delito que comprende la afrenta a derechos humanos requiere de la intervención de la jurisdicción ordinaria. A su vez, se revisó si la medida que confiere un término de 30 días para solicitar una medida de protección viola los mismos artículos pues deja en desprotección a la mujer y a los niños y niega el acceso efectivo a la administración de justicia. La Corte declaró la constitucionalidad de las normas, en lo acusado, por considerar que la determinación de las funciones del juez de paz hacía parte del margen de configuración del Legislador y el plazo para la solicitud era razonable. *“Dada las dimensiones y trascendencia de este fenómeno sistemático que socava la institución básica de la sociedad, al considerársele destructiva de su armonía y unidad, en el concierto internacional los Estados han aprobado distintos instrumentos que proscriben cualquier tipo de violencia, incluyendo por supuesto la que se produce en el núcleo familiar, así como otros orientados a proteger contra ella sujetos especiales. Es así como en relación con los niños, la Convención Internacional de los Derechos del Niño en su artículo 19 dispone (...) En consonancia con los mencionados instrumentos internacionales, nuestra Constitución en el artículo 42 dispone que el Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia, y de manera perentoria establece que cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad y será sancionada conforme a la ley. Quiso de esta forma el Constituyente, consagrar un amparo especial a la familia, protegiendo su unidad, dignidad y honra, por ser ella la célula fundamental de la organización socio-política y presupuesto de su existencia. También, quiso el constituyente otorgar una protección especial y prevalente a los niños y niñas, para lo cual consagró expresamente que sus derechos son fundamentales, entre ellos los derechos a tener una familia y a no ser separados de ella, y al cuidado y al amor; además se consagró que serán protegidos, entre otros, contra toda forma de violencia física o moral, y abuso sexual”.*

30. Así mismo, la Constitución Política reconoce la seguridad personal como un valor, un derecho colectivo y un derecho fundamental. Como valor, consignado en el Preámbulo de la Constitución, es esencial al orden público y “*garantía de las condiciones necesarias para el ejercicio de todos los derechos y libertades fundamentales por parte de las personas que habitan el territorio nacional*”⁶⁰. Como derecho colectivo, le asiste a toda la comunidad y como derecho fundamental implica el derecho a ser protegido de riesgos y amenazas que una persona no está en el deber de soportar, lo cual no sólo se circunscribe al ámbito de la libertad individual, sino también a la vida y a la integridad personal⁶¹.

Así, las diferentes dimensiones del derecho a la seguridad personal⁶², tales como las reconocidas en el artículo 2 de la Carta Superior, que establece el deber de protección de la vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades de las personas, y en los artículos 11 y 12, en relación con el derecho a la vida y a estar libre de tratos crueles inhumanos y degradantes, son fundamento del derecho de las mujeres a estar libres de violencia. Una lectura sistemática de estas disposiciones con la garantía constitucional que prohíbe la discriminación contra la mujer y la cláusula de igualdad, supone una prohibición de todo tipo de violencia contra la mujer como una forma de discriminación⁶³.

31. La violencia contra la mujer se fundamenta en prejuicios y estereotipos de género. Éstos, a su vez, se desprenden del lugar histórico que la mujer ha cumplido en la sociedad, generalmente ligado a su función reproductiva y a labores domésticas como la limpieza y la crianza. Este condicionamiento de la mujer a ciertos espacios no sólo ha sido social, sino también legal. Así, tradicionalmente el rol que le correspondía a la mujer la excluía de la participación en espacios públicos, del estudio y el trabajo y de la posibilidad de ejercer derechos políticos, lo cual la ha situado en una posición de

⁶⁰ Sentencia T-719 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁶¹ Sentencia T-719 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; Sentencia T-234 de 2012 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

⁶² El derecho a la seguridad personal se encuentra reconocido expresamente en el artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, que hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto.

⁶³ Comité de la CEDAW de Naciones Unidas, Recomendación General No. 19: La violencia contra la mujer, Documento ONU A/47/38. 1992; Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de Naciones Unidas, 1993; Auto 092 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa: “*III.4.3. Toda mujer tiene derecho a vivir libre de violencia. La violencia contra la mujer es “una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales” que “limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades” ; se trata de “una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres” , cuya eliminación es “condición indispensable para su desarrollo individual y social y su plena e igualitaria participación en todas las esferas de vida” . La violencia contra la mujer constituye, a la vez, una manifestación grave de la discriminación de género, que aparece violaciones sustanciales, entre otros, de los derechos a la vida; al respeto por la dignidad de su persona; a la integridad personal –física, psicológica y moral- y a verse libre de torturas y tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; a la libertad y seguridad personales; y a la igualdad. La proscripción jurídica de la violencia contra la mujer implica claras obligaciones estatales de prevención y atención a las víctimas, de índole constitucional e internacional*”. Sentencia C-335 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; Auto 009 de 2015 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

inferioridad frente al hombre, reforzado por la dependencia socioeconómica⁶⁴. Si bien se han dado cambios estructurales que han permitido un mayor acceso a estos espacios, esta dinámica no ha desaparecido, y en algunos casos marca las relaciones familiares con el fin de que la mujer cumpla un rol servicial frente al hombre. Esta asimetría en las relaciones genera presunciones sobre la mujer, como que es propiedad del hombre, lo cual puede desencadenar prohibiciones de conducta y violencia física y psicológica, con un mayor impacto en las mujeres en una condición socioeconómica precaria. Por lo tanto, la violencia de género responde a una situación estructural, en la medida en que busca perpetrar un orden social previamente establecido a partir de relaciones disímiles.

Por muchos años esta desigualdad estructural fue tolerada y aceptada bajo la presunción de que lo que sucedía en el ámbito privado escapaba la intervención estatal⁶⁵ y de que estos roles y dinámicas eran apropiados. No obstante, las protecciones constitucionales vigentes han abandonado radicalmente esa postura para identificar claramente esos tratos como discriminatorios y como una violación de los derechos de las mujeres⁶⁶. Este contexto es el fundamento de la adopción de medidas que compensen esta situación, como los mandatos constitucionales que refuerzan la protección de la mujer, con el objetivo de garantizar su igualdad material. No obstante, el derecho, en general, ha sido determinado desde una perspectiva masculina, lo cual indudablemente tiene repercusiones vigentes en nuestro sistema legal.

A pesar de este marco constitucional, estas presunciones y estereotipos negativos de género aun permean la sociedad y la violencia contra la mujer es recurrente y sistemática. Por lo tanto, es innegable que este tipo de violencia, como una forma de dominación y un obstáculo para el ejercicio de los derechos fundamentales, es también una forma de discriminación. Así, la violencia y la discriminación de género tienen un origen social, lo cual se traduce en el deber para los Estados de adoptar diferentes medidas para prevenirla y proteger a las mujeres de este fenómeno. Estas obligaciones han sido delimitadas *in extenso* en el derecho internacional de los derechos humanos, a partir de provisiones que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

32. En el derecho internacional de los derechos humanos, la obligación de garantizar el derecho de las mujeres a estar libres de violencia tiene dos fuentes. De un lado, surge de la lectura sistemática de las disposiciones neutras que proscriben la violencia y reconocen los deberes de protección a la vida, la seguridad personal, la integridad, la honra, la salud y la dignidad de

⁶⁴ Ver por ejemplo sentencias C-335 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Prettl Chaljub; C-371 de 2000 M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-507 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-540 de 2008, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁶⁵ Sentencia C-285 de 1997 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁶⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No 205. En el caso, la Corte IDH estableció que el fundamento de la violencia extrema y sistemática contra las mujeres en Ciudad Juárez era discriminación.

las personas, entre otros⁶⁷, con aquellas normas que establecen: (i) el derecho a la igualdad en el reconocimiento y protección de esos derechos; y (ii) la prohibición de discriminación por razón del sexo, pues imponen un deber de protección especial por razón al género⁶⁸. De otro lado, surge de las disposiciones que explícitamente consagran protecciones y deberes alrededor de la erradicación de la discriminación contra de la mujer y de la prevención, investigación y sanción de la violencia contra ésta.

33. De conformidad con la Convención Interamericana para Prevenir la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) la violencia contra la mujer comprende “*cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado*”⁶⁹. A su vez, la Convención reconoce el derecho de las mujeres a estar libres de violencia⁷⁰ y sostiene que la violencia de género además de ser una violación a derechos como la dignidad, la integridad psíquica y física también impide y anula el goce y ejercicio de otros derechos fundamentales⁷¹. Así, en su artículo 7 establece el deber para los Estados de “*incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso*”⁷². Igualmente, en su artículo 8 dispone el deber de adoptar medidas sociales, culturales y educativas, entre otras, para la prevención de la violencia contra la mujer y el cambio de los patrones socioculturales que la subyacen⁷³. Adicionalmente, el

⁶⁷ La Declaración Universal de Derechos Humanos en sus artículos 1, 2 y 7 reconoce que todos los seres humanos son iguales y se deben proteger sin distinción por el sexo y sin discriminación; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas reconoce en su preámbulo la dignidad de todos los seres humanos y en los artículos 6 y 7 los derechos a la vida y a estar libre de tratos crueles inhumanos y degradantes.

⁶⁸ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas en sus artículos 3 y 26 establece la obligación de garantía y protección de todos los derechos reconocidos en el Pacto sin distinción en razón al sexo así como la prohibición de la discriminación; La Convención Americana sobre Derechos Humanos en sus artículos 1 y 24 establecen la protección de los derechos reconocidos en la Convención sin discriminación por motivos de sexo y en condiciones de igualdad ante la ley.

⁶⁹ Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención de Belém do Pará”, aprobada por la Ley 248 del 29 de 1995, artículo 1.

⁷⁰ Convención de Belém do Pará. Artículo 3. “*Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado*”.

⁷¹ Convención de Belém do Pará. Artículo 5. “*Toda mujer podrá ejercer libre y plenamente sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y contará con la total protección de esos derechos consagrados en los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Los Estados Partes reconocen que la violencia contra la mujer impide y anula el ejercicio de esos derechos*”.

⁷² Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención de Belém do Pará”, aprobada por la Ley 248 del 29 de 1995, artículo 7.

⁷³ Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención de Belém do Pará”, aprobada por la Ley 248 del 29 de 1995, artículo 8. “*Los Estados Partes convienen en adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para:*

a. fomentar el conocimiento y la observancia del derecho de la mujer a una vida libre de violencia, y el derecho de la mujer a que se respeten y protejan sus derechos humanos;

b. modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitimizan o exacerbaban la violencia contra la mujer;

c. fomentar la educación y capacitación del personal en la administración de justicia, policial y demás funcionarios encargados de la aplicación de la ley, así como del personal a cuyo cargo esté la aplicación de las políticas de prevención, sanción y eliminación de la violencia contra la mujer;

artículo 9 obliga a adoptar un enfoque diferencial para las mujeres que hacen parte de grupos vulnerables.

34. De otra parte, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), en su Preámbulo, establece que la discriminación contra la mujer viola los principios de igualdad y dignidad y en su articulado establece deberes positivos para los Estados para eliminar y prevenir la discriminación contra la mujer. En relación con la discriminación y la violencia, es particularmente relevante la Recomendación General No. 19 del Comité de la CEDAW, que establece que la “*violencia contra la mujer es una forma de discriminación*”⁷⁴ y **delimita el deber de debida diligencia ya que** “*los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para **investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas***”⁷⁵. Igualmente, aborda cada uno de los artículos de la Convención desde el punto de vista de las obligaciones del Estado alrededor de la violencia. Por ejemplo, el deber del artículo 12 de que los Estados adopten medidas que garanticen la igualdad en materia de servicios de salud, ya que “*la violencia contra la mujer pone en peligro su salud y su vida*”⁷⁶.

Cabe resaltar sus recomendaciones b) y t), en relación con la protección de las mujeres de la violencia, que instan a los Estados a que velen porque las normas y medidas que se adopten para prevenir todo tipo de violencia las protejan de forma adecuada y eficaz, se preste apoyo a las víctimas, se capacite a los operadores jurídicos⁷⁷ y, de otra parte:

d. suministrar los servicios especializados apropiados para la atención necesaria a la mujer objeto de violencia, por medio de entidades de los sectores público y privado, inclusive refugios, servicios de orientación para toda la familia, cuando sea del caso, y cuidado y custodia de los menores afectados;

e. fomentar y apoyar programas de educación gubernamentales y del sector privado destinados a concientizar al público sobre los problemas relacionados con la violencia contra la mujer, los recursos legales y la reparación que corresponda;

f. ofrecer a la mujer objeto de violencia acceso a programas eficaces de rehabilitación y capacitación que le permitan participar plenamente en la vida pública, privada y social;

g. alentar a los medios de comunicación a elaborar directrices adecuadas de difusión que contribuyan a erradicar la violencia contra la mujer en todas sus formas y a realzar el respeto a la dignidad de la mujer;

h. garantizar la investigación y recopilación de estadísticas y demás información pertinente sobre las causas, consecuencias y frecuencia de la violencia contra la mujer, con el fin de evaluar la eficacia de las medidas para prevenir, sancionar y eliminar la violencia contra la mujer y de formular y aplicar los cambios que sean necesarios, y

i. promover la cooperación internacional para el intercambio de ideas y experiencias y la ejecución de programas encaminados a proteger a la mujer objeto de violencia”.

⁷⁴ Comité de la CEDAW de Naciones Unidas, Recomendación General No. 19: La violencia contra la mujer, Documento ONU A/47/38. 1992.

⁷⁵ Comité de la CEDAW de Naciones Unidas, Recomendación General No. 19: La violencia contra la mujer, Documento ONU A/47/38. 1992.

⁷⁶ Comité de la CEDAW de Naciones Unidas, Recomendación General No. 19: La violencia contra la mujer, Documento ONU A/47/38. 1992.

⁷⁷ Comité de la CEDAW de Naciones Unidas, Recomendación General No. 19: La violencia contra la mujer, Documento ONU A/47/38. 1992, pár. 24: “A la luz de las observaciones anteriores, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer recomienda que: b) Los Estados Partes velen porque las leyes contra la violencia y los malos tratos en la familia, la violación, los ataques sexuales y otro tipo de violencia contra la mujer protejan de manera adecuada a todas las mujeres y respeten su integridad y su dignidad. Debe proporcionarse a las víctimas protección y apoyo apropiados. Es indispensable que se capacite a los funcionarios judiciales, los agentes del orden público y otros funcionarios públicos para que aplique la Convención”.

“t) adopten todas las medidas jurídicas y de otra índole que sean necesarias para proteger eficazmente a las mujeres contra la violencia, entre ellas:

i) medidas jurídicas eficaces, como sanciones penales, recursos civiles e indemnización para protegerlas contra todo tipo de violencia, hasta la violencia y los malos tratos en la familia, la violencia sexual y el hostigamiento en el lugar de trabajo;

ii) medidas preventivas, entre ellas programas de información y educación para modificar las actitudes relativas al papel y la condición del hombre y de la mujer;

iii) medidas de protección, entre ellas refugios, asesoramiento, rehabilitación y servicios de apoyo para las mujeres que son víctimas de violencia o que se encuentren en peligro de serlo”.

35. De otra parte, la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de Naciones Unidas de 1993 reitera el **deber de debida diligencia para la erradicación, prevención, investigación y sanción de la violencia contra las mujeres** como un compromiso internacional que impone deberes positivos en la adopción de todo tipo de medidas en contra de la violencia contra la mujer⁷⁸.

⁷⁸ Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de Naciones Unidas, 1993. “Artículo 4. Los Estados deben condenar la violencia contra la mujer y no invocar ninguna costumbre, tradición o consideración religiosa para eludir su obligación de procurar eliminarla. Los Estados deben aplicar por todos los medios apropiados y sin demora una política encaminada a eliminar la violencia contra la mujer. Con este fin, deberán:

a) Considerar la posibilidad, cuando aún no lo hayan hecho, de ratificar la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de adherirse a ella o de retirar sus reservas a esa Convención;

b) Abstenerse de practicar la violencia contra la mujer;

c) Proceder con la debida diligencia a fin de prevenir, investigar y, conforme a la legislación nacional, castigar todo acto de violencia contra la mujer, ya se trate de actos perpetrados por el Estado o por particulares;

d) Establecer, en la legislación nacional, sanciones penales, civiles, laborales y administrativas, para castigar y reparar los agravios infligidos a las mujeres que sean objeto de violencia; debe darse a éstas acceso a los mecanismos de la justicia y, con arreglo a lo dispuesto en la legislación nacional, a un resarcimiento justo y eficaz por el daño que hayan padecido; los Estados deben además informar a las mujeres de sus derechos a pedir reparación por medio de esos mecanismos;

e) Considerar la posibilidad de elaborar planes de acción nacionales para promover la protección de la mujer contra toda forma de violencia o incluir disposiciones con ese fin en los planes existentes, teniendo en cuenta, según proceda, la cooperación que puedan proporcionar las organizaciones no gubernamentales, especialmente las que se ocupan de la cuestión de la violencia contra la mujer;

f) Elaborar, con carácter general, enfoques de tipo preventivo y todas las medidas de índole jurídica, política, administrativa y cultural que puedan fomentar la protección de la mujer contra toda forma de violencia, y evitar eficazmente la reincidencia en la victimización de la mujer como consecuencia de leyes, prácticas de aplicación de la ley y otras intervenciones que no tengan en cuenta la discriminación contra la mujer;

g) Esforzarse por garantizar, en la mayor medida posible a la luz de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional, que las mujeres objeto de violencia y, cuando corresponda, sus hijos, dispongan de asistencia especializada, como servicios de rehabilitación, ayuda para el cuidado y manutención de los niños, tratamiento, asesoramiento, servicios, instalaciones y programas sociales y de salud, así como estructuras de apoyo y, asimismo, adoptar todas las demás medidas adecuadas para fomentar su seguridad y rehabilitación física y psicológica;

h) Consignar en los presupuestos del Estado los recursos adecuados para sus actividades relacionadas con la eliminación de la violencia contra la mujer;

i) Adoptar medidas para que las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley y los funcionarios que han de aplicar las políticas de prevención, investigación y castigo de la violencia contra la mujer reciban una formación que los sensibilice respecto de las necesidades de la mujer;

36. Así mismo, el artículo 19 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, proscribire todo tipo de violencia contra niños y niñas e impone la obligación de adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, educativas y sociales para protegerlos de cualquier tipo de violencia o abuso. Las anteriores disposiciones, es decir, los contenidos normativos de la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, la Convención de Belém do Pará, la CEDAW y la Convención sobre los Derechos del Niños, al consagrar derechos que no son susceptibles de suspensión en estados de excepción, hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto⁷⁹.

37. Esta Corporación ha aplicado este marco normativo en diferentes oportunidades, como parámetro de constitucionalidad de normas y fundamento de diversas protecciones del Estado, para garantizar el derecho de las mujeres a estar libres de violencia. Veamos.

j) Adoptar todas las medidas apropiadas, especialmente en el sector de la educación, para modificar las pautas sociales y culturales de comportamiento del hombre y de la mujer y eliminar los prejuicios y las prácticas consuetudinarias o de otra índole basadas en la idea de la inferioridad o la superioridad de uno de los sexos y en la atribución de papeles estereotipados al hombre y a la mujer;

k) Promover la investigación, recoger datos y compilar estadísticas, especialmente en lo concerniente a la violencia en el hogar, relacionadas con la frecuencia de las distintas formas de violencia contra la mujer, y fomentar las investigaciones sobre las causas, la naturaleza, la gravedad y las consecuencias de esta violencia, así como sobre la eficacia de las medidas aplicadas para impedir la y reparar sus efectos; se deberán publicar esas estadísticas, así como las conclusiones de las investigaciones;

l) Adoptar medidas orientadas a eliminar la violencia contra las mujeres especialmente vulnerables;

m) Incluir, en los informes que se presenten en virtud de los instrumentos pertinentes de las Naciones Unidas relativos a los derechos humanos, información acerca de la violencia contra la mujer y las medidas adoptadas para poner en práctica la presente Declaración;

n) Promover la elaboración de directrices adecuadas para ayudar a aplicar los principios enunciados en la presente Declaración;

o) Reconocer el importante papel que desempeñan en todo el mundo el movimiento en pro de la mujer y las organizaciones no gubernamentales en la tarea de despertar la conciencia acerca del problema de la violencia contra la mujer y aliviar dicho problema;

p) Facilitar y promover la labor del movimiento en pro de la mujer y las organizaciones no gubernamentales, y cooperar con ellos en los planos local, nacional y regional;

q) Alentar a las organizaciones intergubernamentales regionales a las que pertenezcan a que incluyan en sus programas, según convenga, la eliminación de la violencia contra la mujer”.

⁷⁹ Sentencia T-878 de 2014 MP Jorge Iván Palacio Palacio; Auto 009 de 2015 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. “Este marco jurídico será delineado a la luz del deber de diligencia debida, consagrado en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer –CEDAW- 142 y en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres – Convención de Belem do Pará-. Primero, por cuanto los citados instrumentos internacionales del Sistema Universal de los Derechos Humanos y del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos, respectivamente, hacen parte del ordenamiento constitucional interno en virtud del artículo 93 de la Carta Política y la figura del bloque de constitucionalidad en sentido estricto. Los principios allí contenidos sobre la no discriminación y la erradicación de la violencia contra la mujer, no son susceptibles de suspensión en estados de excepción, y en este orden de ideas, deben ser acatados de manera íntegra por el Estado colombiano en todo tiempo y lugar”. Colombia también ha suscrito otros compromisos internacionales alrededor del tema, pero no hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto como la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, adoptada en Beijing, China, 1995; Conferencia y Plataforma de Acción de Viena, aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, el 25 de junio de 1993; Resolución 1325 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, adoptada por el Consejo de Seguridad el 31 de octubre de 2000; Protocolo para Prevenir, Reprimir y sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, aprobado mediante Ley 800 de 2003; Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobado mediante la Ley 984 de 2005, entre otros.

En el **auto 092 de 2008**⁸⁰, la Corte estableció que las mujeres sufrían un impacto desproporcionado como consecuencia del conflicto armado, a partir del reconocimiento de que las mujeres estaban sujetas a un riesgo diferenciado de violencia, abuso o esclavitud sexual, entre otros. Además, reconoció que este riesgo era aun mayor para las mujeres indígenas y afro descendientes y estableció que existía un deber especial de protección para las mujeres víctimas de violencia del conflicto armado. Con fundamento en dicha constatación ordenó la protección específica de un número plural de mujeres en condición de desplazamiento, así como la adopción de trece programas para prevenir el impacto desproporcionado y diferencial del desplazamiento forzado sobre las mujeres colombianas, y proteger de manera efectiva los derechos fundamentales de las mujeres víctimas del desplazamiento.

En la misma línea, en la **sentencia T-496 de 2008**⁸¹, la Corte estableció que las tutelantes, como testigos de graves crímenes en el marco de la Ley de Justicia y Paz, estaban expuestas a riesgos extraordinarios de violencia en razón al género, que no estaban obligadas a soportar. Así, amparó los derechos de las peticionarias a la seguridad personal y a estar libres de violencia y ordenó al Ministerio del Interior y a la Fiscalía General de la Nación revisar el programa de Protección para Víctimas y Testigos de la Ley de Justicia y Paz para que incorporara un enfoque de género que tuviera en cuenta el impacto diferenciado y agudizado del conflicto armado sobre las mujeres víctimas de la violencia. De forma posterior, la Corte Constitucional, al delimitar el alcance del derecho a la seguridad personal y el derecho a estar libre de violencia de las mujeres, ha reevaluado el concepto de riesgo para establecer que la protección constitucional a partir de los riesgos debe evaluarse en conjunto con el concepto de amenaza que es el que activa las protecciones especiales que el Estado debe prestar para garantizar el derecho⁸².

De otra parte, en relación con la atención integral a las sobrevivientes de violencia, en la **sentencia C-776 de 2010**⁸³, la Corte determinó que la norma

⁸⁰ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁸¹ M.P. Jaime Córdoba Triviño. En la sentencia T-234 de 2012 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, la Corte amparó los derechos seguridad personal, vida, libertad, integridad y debido proceso de una víctima de violencia sexual del conflicto defensora de derechos humanos que consideraba que el Ministerio de Justicia y del Interior y de la Fiscalía General de la Nación no habían adoptado las medidas de protección que requiere como víctima de los delitos de abuso sexual, desplazamiento forzado y tentativa de secuestro. La Corte consideró que existía un deber especial de protección a las defensoras de derechos humanos en el contexto del conflicto armado, como víctimas de violencia, que requería la adopción de medidas con enfoque de género y reiteró la sentencia T-496 de 2008 M.P. Jaime Córdoba Triviño. Así, entre otras cosas, ordenó medidas de protección inmediata para la tutelante.

⁸² Sentencia T-234 de 2012 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo citando sentencia T-339 de 2010 M.P. Juan Carlos Henao Pérez: “*Con base en lo anterior, cuando la persona está sometida a un nivel de riesgo, no se presenta violación alguna del derecho a la seguridad personal, pues los riesgos que se derivan de la existencia humana y de la vida en sociedad, deben ser soportados por todas las personas. Por el contrario, cuando la persona está sometida a una amenaza, se presenta la alteración del uso pacífico del derecho a la seguridad personal, en el nivel de amenaza ordinaria, y de los derechos a la vida y a la integridad personal, en virtud de la amenaza extrema*”.

⁸³ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. La Corte también revisó la medida violaba principio de destinación específica de los recursos de las instituciones de la seguridad social, consagrado en el artículo 48 de la Carta Política y concluyó que “*el Legislador, en ejercicio legítimo de sus potestades, ha decidido que los recursos para proveer tales prestaciones estarán a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Por ésta razón, tampoco se viola el principio de especificidad de los recursos del Sistema de Seguridad Social*”.

que establece que las prestaciones incluidas en los planes obligatorios de los regímenes contributivo y subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud que contempla la obligación de prestar alimentación y habitación a las mujeres víctimas de violencia no viola el derecho a la salud. Este Tribunal analizó los deberes de protección a las mujeres a estar libres de violencia y concluyó que éstas medidas eran de atención y protección integral a la salud y por lo tanto podían ser incluidas en los el POS, como parte del margen de configuración del Legislador, además de haber sido reconocidas previamente en otros casos⁸⁴.

En el mismo sentido, la Corte en la **sentencia C-335 de 2013**⁸⁵, consideró que la consagración de medidas de sanción social en el ámbito de la discriminación y la violencia contra las mujeres es legítima y no constituye una violación de la titularidad del Estado de la administración de justicia, ni del principio de culpabilidad. Así, sostuvo que el control social informal en esos términos responde a la implementación del deber estatal de combatir la violencia y la discriminación contra la mujeres, el cual contribuye a atacar las causas sociales de la desigualdad, en el entendido de que éstas no se dirijan a descalificar personas o a la violación de sus derechos⁸⁶.

En relación con el margen de configuración en materia penal, en la **sentencia C-368 de 2014**⁸⁷ la Corte consideró que el aumento de penas para el delito de violencia intrafamiliar contemplado en el artículo 33 de la Ley 1147 de 2007 no viola el principio de proporcionalidad ni de igualdad, pues constituye un ejercicio constitucionalmente admisible de la libertad de configuración del

⁸⁴ “12. Concluye la Sala que las expresiones impugnadas no desconocen las previsiones de los artículos 48 y 49 de la Constitución Política, por cuanto (i) las prestaciones de alojamiento y alimentación establecidas en favor de la mujer víctima de violencia hacen parte derecho a la salud; (ii) el Legislador, en ejercicio legítimo de sus potestades, ha decidido que los recursos para proveer tales prestaciones estarán a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Por ésta razón, tampoco se viola el principio de especificidad de los recursos del Sistema de Seguridad Social”.

⁸⁵ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁸⁶ Sentencia C-335 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub “3.9.3.1. En primer lugar, las sanciones sociales no requieren estar consagradas necesariamente por el ordenamiento jurídico, sino que surgen en la sociedad como formas de control social informal en la familia, la educación, la cultura y las relaciones sociales, por esta razón no tienen que ser tipificadas ni se encuentran sometidas al principio de legalidad.

3.9.3.2. En segundo lugar, las sanciones sociales no son penas estatales, sino mecanismos de condicionamiento social que buscan que el sujeto imite o repita las formas de conducta que conllevan consecuencias positivas y evite cometer las que tengan consecuencias negativas al interior de la propia sociedad, a través de mecanismos que son impuestos en la familia, la educación, el trabajo o las interacciones sociales, pero que no dependen del Estado, pues son informales. En este sentido, los mecanismos de control social informal son plenamente válidos en un Estado social de Derecho, pues no implican la privación de derechos fundamentales, sino que simplemente tienen por objeto aplicar estímulos o desestímulos a conductas socialmente relevantes.

En este sentido, las “sanciones sociales” a las que se refiere la expresión demandada no se dirijan a la descalificación de personas en concreto, ni a la afectación de sus derechos, sino que se trata de medidas para reforzar la desaprobación social de conductas de discriminación y violencia contra las mujeres.

3.9.3.3. En tercer lugar, la norma demandada tampoco vulnera los artículos 113, 116, 228 y 229 de la Constitución Política que establecen la titularidad del Estado de la administración de justicia, pues por el contrario permite que se establezcan mecanismos para mejorar esta función. En este campo, las sanciones sociales son complementos muy importantes de los instrumentos de control social formal pues: (i) facilitan el aprendizaje de la lesividad de la discriminación y la violencia al interior de la familia, la educación y de las relaciones sociales, (ii) reprimen desde la propia educación comportamientos discriminatorios o violentos, y (iii) facilitan la denuncia generando respuestas inmediatas en otros miembros de la sociedad de apoyo a las víctimas y de divulgación de los abusos a la justicia y a los medios de comunicación”.

⁸⁷ M.P. Alberto Rojas Ríos.

Legislador para proteger a la familia. A su vez, consideró que las circunstancias de agravación de la pena, cuando se trata de sujetos de especial protección como las mujeres y los niños y niñas, se ajustan a la Constitución y al deber de debida diligencia en la investigación y sanción de la violencia contra las mujeres, ya que el Estado les debe una mayor protección⁸⁸.

De igual modo, en la **sentencia T-878 de 2014**⁸⁹ la Corte amparó los derechos de una mujer a estar libre de violencia, a la intimidad y a la igualdad cuando fue despedida como consecuencia de denunciar a su compañero sentimental ante el plantel educativo en el que él estudiaba y ella era trabajadora después de que la golpeará y quedara con una incapacidad de más de 20 días. La Corte, entre otros, se pronunció sobre el deber de debida diligencia en la administración de justicia y determinó que éste incluye el deber de adoptar una perspectiva de género en la investigación de la violencia contra las mujeres, para asegurar el acceso a la administración de justicia⁹⁰.

Así mismo, el **auto 009 de 2015**⁹¹ reiteró el riesgo desproporcionado de violencia, abuso y esclavitud sexual, al que se encuentran expuestas las mujeres en el contexto del conflicto armado. En éste, la Corte dio seguimiento al **auto 092 de 2008**⁹², constató nuevos riesgos desproporcionados para las mujeres en el marco del conflicto y a partir del deber de debida diligencia en la prevención, atención, protección y garantía de acceso a la justicia para las mujeres sobrevivientes de violencia sexual delineó las obligaciones específicas para el Estado colombiano para: (i) prevenir la violencia la sexual en el marco del conflicto armado interno y el desplazamiento forzado por la violencia; (ii) atender y proteger a sus víctimas; y (iii) garantizar la investigación, el enjuiciamiento y la sanción de los responsables. Con fundamento en el anterior marco constitucional dio órdenes complejas con el objetivo de superar dichos riesgos y proteger a las mujeres.

⁸⁸ Sentencia C-368 de 2014 M.P. Alberto Rojas Ríos: “*En conclusión, la mayor punibilidad de la conducta constitutiva de lesiones personales cuando se causa a quien hace parte del mismo grupo familiar se justifica por el deber de protección especial a la familia como elemento fundamental de la sociedad, pues independientemente del modelo de familia de que se trate, es necesario brindarle los elementos necesarios para que exista un nivel adecuado de vida que asegure la salud y el bienestar, y garantizar que las relaciones entre sus integrantes se fundamenten en el respeto mutuo, como lo señala el artículo 42 de la Constitución. Además, el mayor reproche penal a los actos violentos cuando tienen lugar en el ámbito doméstico es desarrollo del mandato constitucional, contenido en la misma disposición, de sancionar cualquier forma de violencia en la familia en cuanto destruye su unidad y armonía*”. En la decisión, la Corte también consideró que la norma se ajustaba al principio de legalidad y taxatividad ya que delimitada a cada uno de sus elementos. Esta corporación también se ha protegido a la mujer de la violencia intrafamiliar con consecuencias en el ámbito laboral. Ver por ejemplo: sentencia T-878 de 2014 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁸⁹ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁹⁰ Sentencia T-878 de 2014 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio: “*El anterior recuento permite establecer que a pesar de los avances en la toma de conciencia de sobre las dimensiones de la violencia de género, como se anotó, ellos no resultan suficientes para que los funcionarios públicos encargados de la prevención, atención y sanción de este fenómeno comprendan que las agresiones afectan gravemente los derechos fundamentales de las mujeres. Al respecto, es necesario recordar que el derecho fue creado e implementado para satisfacer las necesidades masculinas, por lo que las normas, instituciones y prácticas jurídicas son ciegas a los requerimientos específicos de las mujeres. Ello implica que el sistema de administración de justicia y sus operadores no siempre están preparados para atender sus demandas, entre ellas las denuncias de hechos de violencia, con perspectiva de género*”. Ver en el mismo sentido sentencia T-967 de 2014 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁹¹ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁹² M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Por último, este Tribunal en la **sentencia C-754 de 2015**⁹³ abordó los deberes deber del Estado en relación con la prevención y garantía de las mujeres a estar libres de violencia sexual, al analizar los deberes alrededor de las medidas de salud para las víctimas de abuso sexual y en particular mujeres y niñas. En esa ocasión, la Corte reconoció que tenía un deber específico de proveer unos mínimos constitucionales en la atención en salud a las mujeres y niñas víctimas de violencia sexual que incluían “*la atención en salud, servicios de apoyo por persona especialmente capacitado y un enfoque diferencial*”. A su vez, estableció que esta obligación era de carácter inmediato y no estaba supeditada al principio de progresividad y no regresividad, por tratarse de la provisión de servicios de salud sin discriminación.

38. En conclusión: (i) la violencia de género es un fenómeno social vigente que se fundamenta en la discriminación de la mujer y tiene serias consecuencias para el goce de sus derechos fundamentales; (ii) a partir de las disposiciones constitucionales y del bloque de constitucionalidad se ha reconocido el derecho fundamental de las mujeres a estar libres de violencia, que a su vez comporta el deber estatal de adoptar todas las medidas para protegerlas de la violencia y atender de forma integral a sus sobrevivientes; (iii) el mismo marco impone la obligación de debida diligencia de prevenir, atender, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; (iv) a su vez, este deber no se limita a la obligación de adoptar medidas de tipo penal sino también debe contemplar medidas sociales y educativas, entre otras, que contribuyan de forma efectiva a revertir las condiciones sociales que fomentan los estereotipos negativos de género y precluyen el goce de la igualdad sustantiva, particularmente en el ámbito de la administración de justicia.

En este contexto, esta Corporación ha considerado deber del Estado adoptar: (i) acciones afirmativas para proteger a las mujeres de los riesgos y amenazas desproporcionados de violencia en el contexto del conflicto armado, particularmente aquellos de abuso sexual; (ii) protocolos de atención integral en salud y psicosociales para las víctimas de cualquier tipo de violencia, como un mínimo constitucional; (iii) un enfoque diferencial en los programas de testigos en el marco del acceso a la justicia en el conflicto armado; (iv) políticas para eliminar los estereotipos de género en la administración de justicia, particularmente los que revictimizan a las mujeres y (v) medidas, más allá de las punitivas, para erradicar la violencia contra la mujer, como la sanción social.

Así pues, el deber de debida diligencia en la prevención, atención investigación y sanción de la violencia contra la mujer impone al Estado la carga de adoptar una perspectiva de género en la investigación de estos delitos y violaciones de derechos humanos. Lo anterior, para contrarrestar el hecho de que el derecho fue creado desde una perspectiva masculina que no

⁹³ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

ha tenido en cuenta las desigualdades de género y, por lo tanto, no ha integrado formas de superarlas a la administración de justicia. Así, **para abordar una investigación desde esta perspectiva, es necesario: (i) tener en cuenta la desigualdad sistemática que ha sufrido la mujer y su condición social como factores que la ponen en una situación de riesgo y amenaza de violencia; y (ii) abstenerse de revictimizar a las mujeres con fundamento en estereotipos de género negativos.**

La tipificación del feminicidio en contexto y sus dificultades probatorias

39. El feminicidio como tipo penal responde a la penalización autónoma del homicidio de una mujer en razón a su género⁹⁴. Este concepto ha sido desarrollado principalmente en México y Guatemala a partir de los reportes de tortura y asesinato sistemático de mujeres con evidencia de violencia exacerbada, y de la inacción del Estado en su investigación y sanción⁹⁵. Específicamente, la situación de homicidios de mujeres en ciudad Juárez en México⁹⁶ de forma sistemática y con violencia agravada impulsó el desarrollo del concepto en la región y fue abordada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

Así, en el caso González y otras (Campo Algodonero) vs México⁹⁷, tres mujeres jóvenes, una estudiante, una trabajadora de maquila y una empleada doméstica fueron encontradas asesinadas tras la perpetración de violencia sexual, tortura y mutilaciones tres meses después de su desaparición en ciudad Juárez, en un contexto de delincuencia organizada y donde desde 1993 existía un aumento de homicidios de mujeres influenciado por una cultura de discriminación contra la mujer. Los crímenes permanecieron en la impunidad. La Corte encontró que el Estado violó los derechos a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal en relación con su obligación de adoptar disposiciones para garantizar esos derechos, así como sus deberes de debida

⁹⁴ El término feminicidio fue articulado inicialmente por Jill Radford y Diane Russell después del asesinato de un grupo de mujeres por un canadiense que alegaba su odio hacia las mujeres, y fue definido como el asesinato misógino de mujeres por hombres.

⁹⁵ Lemaitre, Julieta. "Violencia". En Motta, Cristina, y Macarena Sáez. 2008. La mirada de los jueces. Bogotá, Siglo del Hombre Editores.

⁹⁶ Marcela Lagarde, "Antropología, Feminismo y Política: Violencia Feminicida y derechos humanos en: Margaret Bullen, Carmen Diez Mintegui (coordinadoras), Retos Teóricos y Nuevas Prácticas, Ed. Ankulegi, 2008, pg 12. *"En castellano femicidio es una voz homóloga a homicidio y sólo significa homicidio de mujeres. Por eso, para diferenciarlo, preferí la voz feminicidio y denominar así al conjunto de violaciones a los derechos humanos de las mujeres que contienen los crímenes y las desapariciones de mujeres y que, estos fuesen identificados como crímenes de lesa humanidad. El feminicidio es el genocidio contra mujeres y sucede cuando las condiciones históricas generan prácticas sociales que permiten atentados violentos contra la integridad, la salud, las libertades y la vida de niñas y mujeres. En el feminicidio concurren en tiempo y espacio, daños contra niñas y mujeres realizados por conocidos y desconocidos, por violentos, -en ocasiones violadores-, y asesinos individuales y grupales, ocasionales o profesionales, que conducen a la muerte cruel de algunas de las víctimas. No todos los crímenes son concertados o realizados por asesinos seriales: los hay seriales e individuales, algunos son cometidos por conocidos: parejas, ex parejas parientes, novios, esposos, acompañantes, familiares, visitas, colegas y compañeros de trabajo; también son perpetrados por desconocidos y anónimos, y por grupos mafiosos de delincuentes ligados a modos de vida violentos y criminales. Sin embargo, todos tienen en común que las mujeres son usables, prescindibles, maltratables y desechables. Y, desde luego, todos coinciden en su infinita crueldad y son, de hecho, crímenes de odio contra las mujeres"*.

⁹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No 205.

diligencia en la investigación de los hechos, lo que a su vez violó los derechos de acceso a la justicia y las garantías judiciales, entre otros. En esa sentencia, la Corte IDH estableció que los homicidios de las víctimas fueron perpetrados por razones de género y estaban enmarcados dentro de un reconocido contexto de violencia contra la mujer en Ciudad Juárez⁹⁸.

40. De otra parte, este concepto ha sido acogido por diferentes instancias internacionales de derechos humanos como una de las formas de cumplir con el deber de erradicar, prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres. Así, la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la Violencia contra la Mujer sus causas y consecuencias, en su reporte del 2012 a la Asamblea General de las Naciones Unidas señala que los asesinatos relacionados con el género no son una nueva forma de violencia, sino representan la manifestación de formas existentes de violencia contra la mujer y los Estados tienen el deber de actuar bajo los deberes de debida diligencia en la protección y prevención de esta violencia. De este modo, en su reporte indica que este tipo de homicidios no son incidentes accidentales o inesperados, sino constituyen el último acto que se experimenta en un *continuum* de violencia. En esta línea, dijo que *“en vez de servir un propósito individual o aislado, esta violencia sigue una lógica institucional para delinear y sostener las relaciones jerárquicas sociales de raza, género, sexualidad y clase y, por lo tanto, perpetuar la desigualdad de las comunidades marginadas”*⁹⁹.

A su vez, la Relatora caracterizó los feminicidios como directos o indirectos. Los directos incluyen, entre otros, los asesinatos como resultado de la violencia íntima o de pareja, la brujería, los homicidios de honor, los relacionados con el conflicto armado, con la dote, la identidad de género y la identidad sexual y los relacionados con la etnia o la identidad indígena. De otra parte, sostuvo que los indirectos incluyen las muertes por abortos clandestinos o por prácticas dañinas como la mutilación genital femenina, la mortalidad materna, las muertes relacionadas con el tráfico humano, el crimen organizado y la activada por las pandillas, entre otros.

⁹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No 205: “169. De todo lo expuesto anteriormente, la Corte concluye que desde 1993 existe en Ciudad Juárez un aumento de homicidios de mujeres, habiendo por lo menos 264 víctimas hasta el año 2001 y 379 hasta el 2005. Sin embargo, más allá de las cifras, sobre las cuales la Corte observa no existe firmeza, es preocupante el hecho de que algunos de estos crímenes parecen presentar altos grados de violencia, incluyendo sexual, y que en general han sido influenciados, tal como lo acepta el Estado, por una cultura de discriminación contra la mujer, la cual, según diversas fuentes probatorias, ha incidido tanto en los motivos como en la modalidad de los crímenes, así como en la respuesta de las autoridades frente a éstos. En este sentido, cabe destacar las respuestas ineficientes y las actitudes indiferentes documentadas en cuanto a la investigación de dichos crímenes, que parecen haber permitido que se haya perpetuado la violencia contra la mujer en Ciudad Juárez. La Corte constata que hasta el año 2005 la mayoría de los crímenes seguían sin ser esclarecidos, siendo los homicidios que presentan características de violencia sexual los que presentan mayores niveles de impunidad”.

⁹⁹ Reporte a la Asamblea General de Naciones Unidas de la Relatora especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Rashida Manjoo, A/HRC/20/16 pág. 15. (Traducción libre, versión original en inglés y chino).

41. En este sentido, la doctrina y los pronunciamientos de diferentes organismos de Naciones Unidas han establecido que los homicidios en razón del género requieren tener en consideración el contexto político, social y económico, así como *“las respuestas de los hombres al empoderamiento de la mujer; las reacciones políticas, legales y sociales a esos asesinatos; el principio del continuum de violencia; y patrones de discriminación estructural y desigualdad que hacen parte de la realidad que las mujeres viven”*¹⁰⁰. Así, el Modelo Protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio) de ONU Mujeres, la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos en América Central, y la Campaña latinoamericana para poner fin a la violencia contra las mujeres Únete sostiene que el feminicidio corresponde a *“los asesinatos realizados por varones motivados por un sentido de tener derecho a ello o superioridad sobre las mujeres, por placer o deseos sádicos hacía ellas, o la suposición de propiedad de las mujeres”*¹⁰¹.

42. Por su parte, el Modelo de Protocolo fundamenta el deber de tipificar el feminicidio en las obligaciones de debida diligencia de los Estados en la erradicación, prevención, investigación, sanción de todo tipo de violencia contra la Mujer que se desprenden particularmente de la Convención de Belém do Pará y que también han sido plasmados en la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer y en la Recomendación General No. 19 del Comité que monitorea la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW).

En este sentido, también indica que el feminicidio atiende a un contexto de discriminación, pero establece que no todo homicidio de una mujer puede ser determinado como un feminicidio, así dice que *“con el fin de establecer la especificidad del fenómeno delictivo, deben ser considerados como femicidios las muertes violentas de mujeres que denotan una motivación especial o un contexto que se funda en una cultura de violencia y discriminación por razones de género”*¹⁰². De este modo, caracteriza tres tipos de feminicidio, sin ser éstos exhaustivos: el feminicidio íntimo o familiar cuyo elemento determinante en la intención del homicidio en razón al género corresponde al trato de la mujer como posesión; el feminicidio sexual en el que la intención responde a que la mujer es un objeto para usar y desechar y el feminicidio en el contexto de grupo que se refiere a los *“cometidos dentro de una relación grupal en la que, además de los factores socio-culturales del contexto en el que se forma el grupo, las relaciones entre el agresor y la víctima vienen*

¹⁰⁰ Reporte a la Asamblea General de Naciones Unidas de la Relatora especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Rashida Manjoo, A/HRC/20/16 pár. 18. (Traducción libre, versión original en inglés y chino).

¹⁰¹ ONU Mujeres, la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos en América Central, y la Campaña latinoamericana para poner fin a la violencia contra las mujeres Únete, Modelo Protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio), pár. 33.

¹⁰² ONU Mujeres, la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos en América Central, y la Campaña latinoamericana para poner fin a la violencia contra las mujeres Únete, Modelo Protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio), pár.97.

*determinadas por las referencias internas del propio grupo, la dinámica existente dentro de este y la relación particular del agresor con la víctima*¹⁰³.

43. De acuerdo con lo anterior, la finalidad de la tipificación del feminicidio como delito responde a la protección, mediante el derecho penal, de diversos bienes jurídicos más allá de la vida de la mujer. Esto constituye una respuesta a condiciones de discriminación estructurales que hacen de su homicidio una consecuencia de patrones de desigualdad imbuidos en la sociedad. Dichos patrones se manifiestan en diversas formas de violencia, que pueden tener un carácter sistemático o no. Esta violencia se evidencia tanto en elementos de periodicidad como en tratos que suponen una visión de roles de género estereotipados o arraigados en la cultura que posicionan a la mujer como un objeto o una propiedad desechable con ciertas funciones que se ven inferiores a las del hombre. La realidad indica que las condiciones de discriminación que sufren las mujeres no siempre son abiertas, explícitas, y directas, no porque no estén presentes, sino porque hacen parte de dinámicas culturales que se han normalizado. Así, su identificación no es evidente, pues permea todos los niveles sociales, incluso los de la administración de la justicia. Un factor que devela esta realidad corresponde a los altos niveles de impunidad de la violencia contra las mujeres en todas sus formas, que comienza por la incapacidad del Estado de reconocerla y la falta de herramientas para investigarla y reaccionar de forma acorde para garantizar los derechos de las mujeres.

De este modo, el feminicidio busca visibilizar unas circunstancias de desigualdad donde el ejercicio de poder en contra de las mujeres culmina con su muerte, generalmente tras una violencia exacerbada, porque su vida tiene un lugar y valor social de última categoría. Por tanto, el elemento central del hecho punible, independientemente de cómo haya sido tipificado, responde al elemento subjetivo del tipo, que reconoce unas condiciones culturales discriminatorias como la motivación de su asesinato.

En este orden de ideas, la intención de dar muerte por motivos de género, al descubrir patrones de desigualdad intrincados en la sociedad y tener el potencial de tomar tantas formas resulta **extremadamente difícil de probar bajo esquemas tradicionales que replican las desigualdades de poder. Por lo tanto, la garantía del acceso a la justicia para las mujeres supone un cambio estructural del derecho penal que integre una perspectiva de género tanto en los tipos penales que lo componen como en su investigación y sanción.** Lo anterior, se concreta, entre otros, en una flexibilización del acercamiento a la prueba en el feminicidio que permita que el contexto conduzca a evidenciar el móvil. Esto no implica que la valoración del hecho punible como tal abandone los presupuestos del derecho penal, el debido proceso o el principio de legalidad, **pero sí que su apreciación tenga la posibilidad de reconocer las diferencias de poder que generan una**

¹⁰³ ONU Mujeres, la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos en América Central, y la Campaña latinoamericana para poner fin a la violencia contra las mujeres Únete, Modelo Protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio), pár. 295.

discriminación sistemática para las mujeres que desencadena una violencia exacerbada y cobra sus vidas en la impunidad. Lo contrario supondría que el feminicidio constituya un tipo penal simbólico desprovisto de eficacia, lo cual convertiría los bienes jurídicos que tutela en una protección de papel.

44. Una de las formas con las que se ha tratado de superar esa dificultad probatoria se evidencia en las diversas maneras de tipificar el delito en América Latina. Así, estos diferentes escenarios han optado por incluir los elementos contextuales en la descripción del tipo, como una forma de guiar la valoración del hecho punible hacia una perspectiva de género en la investigación y sanción de la violencia contra la mujer. Dicha técnica penal tiene como objetivo combatir los estereotipos de género que permean la actividad judicial, al otorgar elementos objetivos que conduzcan la labor de los fiscales y los jueces hacia una mirada que reconozca las desigualdades estructurales que la penalización del feminicidio busca sancionar.

45. En el contexto latinoamericano el feminicidio o femicidio ha sido tipificado como un delito autónomo en Bolivia, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá y Venezuela y como agravantes del homicidio en Argentina, Brasil, Costa Rica y Perú bajo diferentes modalidades. En todos los países en los se establece como un delito autónomo éste incluye diferentes hechos contextuales en la descripción del hecho punible para determinar la intención, a saber: elementos de periodicidad de violencia perpetrada contra la mujer, indicios o antecedentes de violencia, situaciones de aprovechamiento de cualquier condición de vulnerabilidad física o psíquica de la mujer, contextos de desigualdad basados en el género, menosprecio del cuerpo de la víctima para satisfacción de instintos sexuales, mutilaciones genitales, secuestro, intentos de establecer relaciones afectivas y circunstancias de ritos grupales, entre otros.

Específicamente, en los casos de Bolivia¹⁰⁴, El Salvador¹⁰⁵, Guatemala¹⁰⁶, México¹⁰⁷ y Nicaragua¹⁰⁸ las circunstancias de violencia anterior al homicidio

¹⁰⁴ Ley N° 348 de 2013 “Ley Integral para Garantizar a las Mujeres una Vida Libre de Violencia”. “Artículo 252 bis. (Feminicidio). Se sancionará con la pena de presidio de treinta (30) años sin derecho a indulto, a quien mate a una mujer, en cualquiera de las siguientes circunstancias: (...)6. Cuando con anterioridad al hecho de la muerte, la mujer haya sido víctima de violencia física, psicológica, sexual o económica, cometida por el mismo agresor (...)”.

¹⁰⁵ Ley Especial Integral para Una Vida Libre de Violencia para las Mujeres. Decreto n° 520 de 2011. “Artículo. 45. *Feminicidio. Quien le causare la muerte a una mujer mediando motivos de odio o menosprecio por su condición de mujer, será sancionado con pena de prisión de veinte a treinta y cinco años. Se considera que existe odio o menosprecio a la condición de mujer cuando ocurra cualquiera de las siguientes circunstancias: a) Que a la muerte le haya precedido algún incidente de violencia cometido por el autor contra la mujer, independientemente que el hecho haya sido denunciado o no por la víctima*”.

¹⁰⁶ Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer (Decreto N° 22-2008). “Artículo 6°. *Femicidio. Comete el delito de femicidio quien, en el marco de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, diere muerte a una mujer, por su condición de mujer, valiéndose de cualquiera de las siguientes circunstancias: (...) c. Como resultado de la reiterada manifestación de violencia en contra de la víctima (...)*”.

¹⁰⁷ Reforma hecha al Código Penal Federal en el 2012. Libro Segundo. Título Decimonoveno. Capítulo V. “Artículo 325. *Comete el delito de feminicidio quien prive de la vida a una mujer por razones de género. Se considera que existen razones de género cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:*

se integran al tipo como elementos inescindiblemente ligados a la determinación del ingrediente subjetivo, es decir, el asesinato por el hecho de ser mujer o por motivos de identidad de género. En todos estos casos la violencia se caracteriza sin una calificación adicional y no requiere de denuncia previa.

46. Por lo tanto, de los elementos conceptuales que se desprenden de los pronunciamientos de instancias internacionales de derechos humanos y de la tipificación del feminicidio en diferentes regímenes se puede concluir que la violencia anterior al homicidio de una mujer, así como otros elementos contextuales, son determinantes para establecer si se trata de un feminicidio o de un homicidio. En este sentido, dicha violencia no se analiza como un criterio de valor respecto del sujeto activo, sino como un elemento que puede dar paso a verificar patrones de discriminación en las relaciones entre el sujeto activo y el sujeto pasivo de la conducta que configuren el ingrediente intencional en el feminicidio y que reconoce la dificultad probatoria del delito. Luego, la inclusión de los elementos contextuales en los tipos penales busca guiar la labor de la administración de justicia hacia un derecho penal con una perspectiva de género que tenga herramientas para superar el mismo fenómeno social que no permite identificar las condiciones de discriminación de la mujer.

Esta caracterización es coherente con la obligación de debida diligencia de los Estados de prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres, frente a la evidencia contundente de los altos grados de impunidad que las formas tradicionales de política criminal no han logrado combatir. Entonces, la garantía del acceso a la justicia para las mujeres supone un cambio estructural en el acercamiento del derecho penal para que la tipificación de las conductas que violan sus derechos humanos, su investigación y sanción integren una perspectiva de género.

Una vez establecido el marco constitucional aplicable al caso, se pasa a resolver el problema jurídico planteado.

El literal e) del artículo 2 de la Ley 1761 de 2015 no viola el principio de legalidad en el entendido de que los antecedentes, indicios o amenazas de violencia a los que se refiere constituyen formas de violencia de género como una circunstancia contextual para determinar el móvil: la intención de matar por el hecho de ser mujer.

I. La víctima presente signos de violencia sexual de cualquier tipo; (...) III. Existan antecedentes o datos de cualquier tipo de violencia en el ámbito familiar, laboral o escolar, del sujeto activo en contra de la víctima (...)”.

¹⁰⁸ Ley Integral Contra la Violencia Hacia las Mujeres y de Reformas a la Ley no. 641, “Código Penal” (Ley nº779 de 2012). “Artículo 9º. Femicidio. Comete el delito de femicidio el hombre que, en el marco de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, diere muerte a una mujer ya sea en el ámbito público o privado, en cualquiera de las siguientes circunstancias: (...)c) Como resultado de la reiterada manifestación de violencia en contra de la víctima (...)

47. El demandante considera que la determinación de antecedentes o indicios de cualquier tipo de violencia y violencia de género o amenaza en las diferentes esferas sociales en contra de la víctima, sin una calificación especial como la denuncia, generan una indeterminación en el ingrediente subjetivo del tipo, pues no constituyen suficiente evidencia para demostrar que la motivación del homicidio es el odio o repulsión al género femenino.

Uno de los intervinientes considera que el inciso debe ser declarado inexecutable pues se trata de un tipo penal abierto que viola los principios de razonabilidad y proporcionalidad, ya que no es posible determinar con precisión y claridad las circunstancias que configuran un antecedente o un indicio de violencia, y cuya valoración y adecuación típica puede variar de un sujeto a otro.

Otro de los intervinientes sostiene que el inciso acusado debe ser declarado executable, ya que un elemento determinante en la investigación penal son los antecedentes de violencia en los ámbitos que fija la norma y son los que permiten a la Fiscalía imputar el delito del feminicidio. Además, sostiene que los indicios son elementos que la jurisprudencia ha aceptado en contextos de violencia sexual en contra de mujeres como material válido para emitir sentencias condenatorias.

La Procuraduría solicita que se declare la executable del aparte normativo demandado en el entendido de que el inciso no determina un verbo rector alternativo, sino una descripción del contexto que tiene lugar antes del crimen y permite probar el móvil del mismo. Para la Vista Fiscal, la norma tiene serias deficiencias de redacción, pero se debe admitir el sentido señalado, lo cual no obstaculiza que se garantice el derecho al debido proceso. A su vez, indica que la disposición busca quitar una carga a la mujer, quien no siempre puede denunciar los actos de violencia que han sido perpetrados en su contra.

48. En el acápite correspondiente al alcance de la norma se estableció que el inciso acusado corresponde a una circunstancia que complementa el tipo para establecer el elemento subjetivo del feminicidio, sin que éste reemplace o excluya el análisis de culpabilidad. En otras palabras, la circunstancia descrita en el literal e) del artículo 2 de la Ley 1761 de 2015 actúa como un hecho que permite establecer el móvil del delito, pero no lo supone. Así, la determinación de estas circunstancias particulares en el inciso acusado buscan identificar los elementos contextuales, en la forma de indicios, antecedentes o amenazas de violencia, que puedan demostrar los motivos discriminatorios por el hecho de ser mujer o por motivos de identidad de género anclados en una situación de desigualdad en la relación entre el sujeto activo y el sujeto pasivo al darle muerte.

49. El inciso acusado consta de cuatro partes diferenciadas. La primera determina la circunstancia como tal, es decir en este caso, la existencia de “*antecedentes o indicios (...) o amenaza*”. La segunda y la tercera parte describen esas circunstancias, una como cualquier tipo de violencia en el

“*ámbito doméstico, familiar, laboral o escolar*” y la otra como “*violencia de género*”. El cuarto elemento, como el primero, es aplicable a las dos modalidades al establecer que: i) los hechos descritos no requieren de una denuncia; y ii) los antecedentes, indicios o amenazas siempre se verifican como hechos perpetrados por el sujeto activo en contra del sujeto pasivo.

Específicamente, para el demandante, la violación al principio de legalidad subyace en la falta de calificación de los antecedentes o indicios de violencia, como la denuncia, ya que considera que son indeterminados y no permiten establecer con certeza cómo se configura el elemento subjetivo del tipo, lo que genera un tipo penal abierto. Es decir, la ambigüedad que se acusa recae en que en su concepto no se puede saber con certeza cuáles son los criterios objetivos para determinar las circunstancias que configuran un antecedente o un indicio de violencia que lleve necesariamente a establecer la existencia de la intención de matar por el género.

50. Como se advirtió, el principio de legalidad en sentido estricto, es decir, el principio de tipicidad o taxatividad, requiere que las conductas y las sanciones que configuran el tipo penal sean determinadas de forma precisa e inequívoca. No obstante, la jurisprudencia ha admitido cierto grado de indeterminación en los preceptos que configuran el delito cuando la naturaleza del mismo no permita agotar de forma exhaustiva la descripción de la conducta pero se encuentran los elementos básicos para delimitar la prohibición, o es determinable mediante la remisión a otras normas.

A su vez, dicha indeterminación no puede ser de tal grado que no sea posible comprender cuál es el comportamiento sancionado, lo cual se verifica cuando mediante un ejercicio de actividad interpretativa ordinaria se puede precisar el alcance de la prohibición o cuando existe un referente especializado que precisa los parámetros específicos de su contenido y alcance.

Así pues, el primer paso es verificar sobre qué parte del tipo recae la acusación de ambigüedad. En este caso, la Sala constata que el literal acusado no determina el sujeto activo, el sujeto pasivo, el objeto o los bienes jurídicos protegidos ni el verbo rector de la conducta, sino que se trata de un componente del tipo que establece circunstancias, como elementos descriptivos, con el potencial de permitir la verificación del elemento subjetivo del tipo, es decir, la intención de matar a una mujer por el hecho de serlo o por motivos de identidad de género. Como se advirtió, estas circunstancias han sido dispuestas como una de las posibilidades para entender cuándo está presente el móvil desde una perspectiva de género. En este sentido, el literal no reemplaza la verificación de la presencia de las circunstancias en él previstas; es decir, no hace que se suponga el móvil, pues si bien en este tipo de delitos especiales el contexto es esencial para identificar las razones de género, éste no puede ser establecido como un elemento que automáticamente determine un homicidio como un feminicidio, sin un análisis que en conexión con la conducta verifique que la misma fue perpetrada con

esa intención, además del correspondiente análisis de culpabilidad que se debe efectuar en todo proceso penal.

51. Entonces, en concreto, el cuestionamiento recae sobre sí la presencia de antecedentes, indicios o la amenaza de violencia en las dos modalidades descritas en el literal, a saber, **-cualquier tipo de violencia en los diferentes ámbitos sociales-** y **-la violencia de género-** perpetradas por el sujeto activo en contra del pasivo, sin necesidad de denuncia, configuran criterios claros y precisos para determinar la existencia del elemento subjetivo del tipo. Así, la Corte pasará ahora a analizar cada una de las partes del literal acusado para constatar si cumplen con el principio de legalidad.

La Sala considera que los apartes del inciso identificados como primero y cuarto, es decir, la descripción general de las modalidades de las circunstancias allí contenidas como -los antecedentes, indicios de violencia o su amenaza, el requisito de que éstos hayan sido perpetrados por el autor del delito en contra de la víctima y que no se requiera una denuncia-, respetan el principio de legalidad, por comprender conceptos claros y precisos que no admiten ambigüedad. Ahora bien, en cuanto al primero (**antecedentes, indicios o amenaza de violencia en sus dos modalidades**), esta Corporación verifica que el uso común del antecedente se refiere a circunstancias previas a otras, es decir, un hecho pasado¹⁰⁹, que en este caso no requiere haber sido denunciado ante las autoridades para que sea considerado. De otra parte, un indicio, se refiere al *“fenómeno que permite conocer o inferir la existencia de otro no percibido”*¹¹⁰. Así, el Código General del Proceso establece que los indicios son medios de prueba¹¹¹. No obstante, para que un hecho pueda considerarse un indicio éste debe estar debidamente probado en el proceso¹¹². Por último, una amenaza se refiere al uso de cualquier medio para intimidar a alguien, con el anuncio explícito o implícito de la provocación de un daño para éste o para algo o alguien que tenga un valor para el amenazado. Así, implica el anuncio de un posible riesgo de una situación, acción o daño que genera miedo y angustia.

Como se advierte, el uso normal de dichos conceptos no genera ambigüedad o imprecisión en la descripción del literal que no permita saber inequívocamente cuáles son los criterios que establecen el hecho que potencialmente configura la circunstancia descrita en el mismo. Es decir, qué es un antecedente, indicio o una amenaza como tales.

¹⁰⁹ Diccionario de la Real Academia Española. “Antecedente. (...)2. m. Acción, dicho o circunstancia que sirve para comprender o valorar hechos posteriores”.

¹¹⁰ Diccionario de la Real Academia Española

¹¹¹ Ley 1564 de 2012. “Artículo 165. Medios de prueba. Son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.

El juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio, preservando los principios y garantías constitucionales”.

¹¹² Ley 1564 de 2012. “Artículo 240. Requisitos de los indicios. Para que un hecho pueda considerarse como indicio deberá estar debidamente probado en el proceso”.

En efecto, los antecedentes, indicios o amenazas sin una calificación adicional como la denuncia son criterios claros, precisos e inequívocos sobre los que se configura la circunstancia y el contexto de un posible delito. Estos conceptos no requieren de ninguna remisión normativa para ser comprendidos y se entienden con una valoración ordinaria de interpretación normativa y probatoria. Por lo tanto, en este sentido la Corte considera que no hay vulneración del principio de legalidad.

52. De otra parte, respecto a la cuarta parte del inciso, es decir que ninguno de los antecedentes, indicios de cualquier tipo de violencia o su amenaza y la violencia de género **requieran de denuncia y el requisito de que las dos modalidades sean perpetradas por el sujeto activo en contra del sujeto pasivo**, tampoco se verifica una violación del principio de legalidad. Dichos conceptos también son claros y además sirven para dar especificidad a la conducta. De una parte, la falta de denuncia responde a que existen hechos de violencia que en los contextos particulares de las mujeres no son denunciados y dicha circunstancia no puede ser exigible de una valoración contextual alrededor de un delito para que se predique inequívoca o precisa. De otra parte, la exigencia de que las modalidades de violencia sean perpetradas por el sujeto activo en contra del pasivo, dan especificidad y precisión a todo el literal, pues sitúan de forma clara la conducta en la relación entre los dos, lo que tiene sentido, pues lo que se busca establecer es si existió una relación de subordinación, entre otras, que permita en ese caso concreto evidenciar una discriminación particular hacia la mujer por el hecho de serlo o por motivos de identidad de género. Así, estos conceptos son precisos y dotan de características inequívocas a la conducta típica.

53. Adicionalmente, es pertinente reiterar que los elementos contextuales son particularmente relevantes alrededor del feminicidio, pues muchas veces son aquellos los que permiten establecer la intención del tipo y suponen la integración de una perspectiva de género necesaria en la valoración de esta conducta, como una forma de violencia contra la mujer que atiende a condiciones de discriminación estructurales. Por ejemplo, el Protocolo Latinoamericano al que se hizo referencia indica que para poder identificar si existieron o no razones de género es necesario que el operador judicial tenga en cuenta el *“contexto de la muerte, las circunstancias de la muerte y la disposición del cuerpo, los antecedentes de violencia entre la víctima y el victimario, modus operandi y del tipo de violaciones usados ante y post mortem, las relaciones familiares, de intimidad, interpersonales, comunitarias, laborales, educativas, o sanitarias que vinculan a la víctima y el/los victimario/s, la situación de riesgo o vulnerabilidad de la víctima al momento de la muerte, las desigualdades de poder existentes entre la víctima y el/los victimario/s”*¹¹³.

¹¹³ ONU Mujeres, la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos en América Central, y la Campaña latinoamericana para poner fin a la violencia contra las mujeres Únete, Modelo Protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio), gráfico 1, capítulo III, p.37.

Lo anterior no quiere decir que las circunstancias contextuales tipificadas hayan sido determinadas como un ingrediente normativo del tipo, ya que la verificación de un indicio, un antecedente o una amenaza no responde a una remisión normativa determinada ni determinable. Como se advirtió, se trata de elementos descriptivos del tipo, como aquellas circunstancias objetivas, anteriores o concomitantes, con la capacidad de configurar el delito, las cuales deben ser valoradas a la luz del contexto mismo de la violencia de género. Así, su verificación es objetiva, pues son expresiones del supuesto delictivo que son perceptibles por la simple actividad del conocimiento, ya que no hay duda acerca de qué es un indicio, un antecedente o una amenaza y si sucedió o no.

De otra parte, tampoco se trata de considerar el contexto como una prueba autónoma, sino de valorar esos hechos como elementos descriptivos que al ser parte del tipo, pueden guiar la verificación de la intención desde del coherencia dogmática del delito. Esta técnica penal busca integrar una perspectiva de género a la disposición.

De este modo, una de las posibilidades que consagra el tipo para verificar la intención de dar muerte por razón del género, es la configuración de las condiciones establecidas en el literal e) que se revisa en esta ocasión, las que deberán ser considerados con los todos los elementos de prueba. No obstante, si bien el Legislador estableció unas circunstancias específicas en los literales de la norma, éstas no son un catálogo necesario que debe agotarse para comprobar el feminicidio. Es decir, la adecuación típica de la conducta siempre debe abordarse a la luz del móvil, como el elemento transversal que lleva consigo el análisis de la violencia o discriminación de género, en cualquiera de sus formas, que puede escapar a dichas circunstancias.

Esta valoración encuentra su legítimo fundamento en la obligación que impone el deber de debida diligencia en la investigación y sanción de la violencia contra la mujer. Así, la investigación con perspectiva de género, en este caso, requiere de la apreciación de las circunstancias contextuales del literal e) como hechos que pueden llevar a verificar una situación de desigualdad en contra de la mujer, por su género, que fundamente su homicidio. No obstante, esto no significa que la presencia de dichas circunstancias supone autónoma o automáticamente la intención.

Este análisis contextual a partir de los indicios, antecedentes o amenazas, pretende ser una guía para que el homicidio de la mujer sea visto en conjunto con hechos que puedan evidenciar un sentido particular al homicidio para identificar si de existir esas razones que configuran la intención sean visibilizadas. Como se advirtió, la inclusión de este tipo de elementos en la descripción del tipo busca superar una dificultad probatoria para que la misma tipicidad del hecho punible conduzca la labor de los jueces y fiscales para que su apreciación tenga la posibilidad de reconocer las diferencias de poder que generan una discriminación sistemática para las mujeres que a su vez desencadena una violencia exacerbada que cobra sus vidas en la impunidad. **Esta técnica penal supone acoger un cambio en el acercamiento del**

derecho penal hacia su deber de debida diligencia frente a la investigación y sanción de la violencia contra las mujeres que incluya una perspectiva de género. Lo anterior, reconoce las dificultades que permean la administración de justicia frente a los estereotipos de género para otorgar herramientas objetivas que dirijan la atención hacia situaciones que evidencian la discriminación de las mujeres y puedan valorarlas en su dimensión. Así, la comprobación de antecedentes, indicios o amenazas sin denuncia previa y perpetuada por el sujeto activo en contra del sujeto pasivo en el contexto del tipo, puede ser determinante para verificar si existió esa intención.

54. Ahora bien, en cuanto a la segunda parte del literal que establece que los antecedentes, indicios o su amenaza pueden comprender **cualquier tipo de violencia**, la Corte verifica que este aparte puede ser leído de forma amplia y por lo tanto hacer que la conducta carezca de precisión y vulnere el principio de legalidad. En esta línea, una lectura de dicha modalidad de la circunstancia supone una indeterminación de la conducta, puesto que al no clasificar el tipo de violencia se establece un criterio extremadamente amplio que no permite saber cuál es la conducta reprochada, que llevaría a posiblemente a establecer una intención.

Lo anterior, porque no necesariamente cualquier tipo de violencia tiene el grado o una presencia objetiva de discriminación que configure los elementos contextuales de la intención de matar por razones de género. Esto, puesto que no toda violencia contra una mujer es violencia de género y aun cuando se trate de violencia de género no todas las acciones previas a un hecho generan una cadena o círculo de violencia que cree un patrón de discriminación que pueda demostrar la intención de matar por razones de género. Por ejemplo, el homicidio de una mujer después de un altercado sobre límites de propiedad de vecinos, no necesariamente evidencia un elemento de discriminación en razón del género que pueda configurar un trato bajo patrones de desigualdad y estereotipos de género, pero sí constituye un antecedente de violencia. De la misma forma, el homicidio de una mujer después de abusos sexuales, mutilaciones y tratos crueles y degradantes sí constituyen un antecedente claro que evidencia un móvil de matar en razón del género.

55. El elemento subjetivo del tipo en el delito del feminicidio debe ser probado a partir de criterios que demuestren que efectivamente existió una intención de matar por razón del género. Lo anterior, por cuanto si no se puede verificar ese móvil se estaría frente a un homicidio y no frente a un feminicidio. Así, no es posible admitir un elemento ambiguo o impreciso en la circunstancia que sirve para establecer el móvil de la acción, y ésta debe guardar relación con la conducta.

No obstante, la misma norma también admite una lectura que entiende que la violencia a la que se hace referencia se califica como violencia de género y por motivos de discriminación. En este sentido, la posible apertura de la descripción de la conducta, como un tipo penal abierto, puede ser superada mediante la remisión a referentes especializados, lo cual es particularmente

importante superar en razón a los bienes jurídicos que busca proteger la norma. A su vez, requiere un ejercicio que permita ajustar la tipificación de la conducta punible para que integre la perspectiva de género que motiva su objeto. Por lo tanto, la existencia de antecedentes, indicios o amenaza de cualquier tipo de violencia en los diferentes ámbitos sociales no se puede abordar de forma descontextualizada de la conducta ya que justamente se ha establecido para verificar la presencia o ausencia de motivos o razones de género que originan o explican la muerte violenta de la mujer. Así, el artículo 1° de la Ley 1761 de 2015 establece como objeto de la ley la garantía de la *“investigación y sanción de las violencias contra las mujeres por motivos de género y discriminación (...) de acuerdo con los principios de igualdad y no discriminación”*.

A su vez, la exposición de motivos remite a la definición de violencia de la Convención de Belém do Pará, que caracteriza la violencia contra la mujer como *“cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”*. De este modo, esas dos precisiones conceptuales permiten establecer que la violencia anterior al delito como un indicador de la intención debe necesariamente ser violencia de género.

Lo anterior, por cuanto el establecimiento de *“razones de género”* significa encontrar los elementos asociados a la motivación criminal que hace que el agresor ataque a una mujer por considerar que su conducta se aparta de los roles establecidos como *“adecuados o normales”* por la cultura. [Así,] para entender la elaboración de la conducta criminal en los casos de femicidio, se debe conocer cómo los agresores utilizan las referencias culturales existentes para elaborar su decisión y conducta¹¹⁴ y no cualquier tipo de violencia contra las mujeres se adecua a dicha intención.

Como lo indica el mismo literal acusado se trata de hechos anteriores en la relación entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, pero no pueden ser de una amplitud tal que admita que cualquier acto sin un componente claro de discriminación de género configure una intención como la que caracteriza el femicidio, que la diferencie del homicidio.

56. Así, la ambigüedad de la descripción típica de una de sus lecturas, puede ser superada mediante la remisión a la misma norma y a la definición de violencia contemplada en el artículo 1° de la Convención de Belém do Pará, es decir al bloque de constitucionalidad. Como se advirtió, en los tipos penales abiertos, el juicio de validez no consiste en establecer si se trata de una norma abierta, sino en averiguar si el nivel de apertura de la misma permite o no a los destinatarios comprender la conducta penalizada. A su vez, explica que el tipo penal abierto puede admitirse cuando existe un referente especializado que decanta una pauta específica, la cual puede ser trasladada a los destinatarios en

¹¹⁴ ONU Mujeres, la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos en América Central, y la Campaña latinoamericana para poner fin a la violencia contra las mujeres Únete, Modelo Protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio), pár. 137.

el control constitucional del precepto. En este caso, la lectura en conjunto de la norma, la exposición de motivos y los referentes especializados, permiten establecer que la violencia de la que trata el literal demandado se refiere a violencia de género o por motivos de discriminación, que no puede ser aislada, eventual ni en desconexión con la conducta de dar muerte. Un entendimiento diferente haría el precepto demasiado amplio y así ambiguo e impreciso, y por lo tanto vulneratorio del principio de legalidad.

57. Lo anterior, no sucede con la segunda modalidad que plantea el literal, -violencia de género-, puesto que califica explícitamente el tipo de violencia, como una modalidad precisa e inequívoca que configura una circunstancia contextual.

58. En consecuencia, la Sala Plena de la Corte Constitucional considera que para que se respete el principio de legalidad es necesario condicionar el literal e) del artículo 2 de la Ley 1752 de 2015 en el entendido de que la violencia a la que se refiere 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 género. No obstante, la verificación de dicha circunstancia no excluye el análisis que el fiscal o el juez deben hacer para verificar la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad en el proceso penal con el debido respeto al derecho al debido proceso.

La Sala considera entonces que es necesario el condicionamiento de la norma en los anteriores términos, pues de lo contrario se podría admitir una lectura de la disposición que permite la ambigüedad e imprecisión en la descripción típica, lo cual violaría el principio de legalidad y el derecho al debido proceso.

Conclusiones

59. Las anteriores consideraciones se pueden concretar en las siguientes conclusiones:

En cuanto al alcance de la norma demandada la Corte verifica que la lectura que se ajusta a la Constitución es la que establece que el literal e) del artículo 2 de la Ley 1761 de 2015 corresponde a una circunstancia que complementa el tipo penal de feminicidio para establecer su elemento subjetivo. La verificación de dicha circunstancia no se puede entender como un reemplazo del estudio que el operador jurídico debe hacer en el proceso penal sobre la existencia de la intención, ni tampoco excluye el análisis de 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.

Este Tribunal ha reiterado en diversas oportunidades que el Legislador goza de un amplio margen de configuración en materia penal, no obstante, dicho margen encuentra sus límites en la Constitución. Luego, uno de estos límites es el principio de legalidad que a su vez desarrolla el derecho al debido

proceso. En este sentido, la Corte Constitucional ha identificado las diferentes dimensiones del principio de legalidad en materia penal, las cuales comprenden: i) la reserva legal, pues la definición de las conductas punibles le corresponde al Legislador y no a los jueces ni a la administración; ii) la prohibición de aplicar retroactivamente las normas penales, por lo que un hecho no puede considerarse delito ni ser objeto de sanción si no existe una ley previa que así lo establezca, salvo el principio de favorabilidad; iii) el principio de legalidad en sentido estricto denominado de tipicidad o taxatividad, exige que las conductas punibles no sólo deben estar previamente establecidas por el Legislador, sino que deben estar inequívocamente definidas por la ley, por lo que la labor del fiscal y del juez se limitan a adecuar la conducta reprochada a la descripción abstracta realizada por la norma. Sólo de esta manera se cumple con la función garantista y democrática, que se traduce en la protección de la libertad de las personas y el aseguramiento de la igualdad ante el ejercicio del poder punitivo por parte del Estado.

Específicamente, respecto al contenido del principio de legalidad en sentido estricto, es decir el principio de tipicidad o taxatividad, esta Corporación ha dicho que se compone de los siguientes elementos: i) la conducta sancionable debe estar descrita de manera clara, específica y precisa, bien porque está determinada en el mismo cuerpo normativo o sea determinable a partir de la aplicación de otras normas jurídicas; ii) debe existir una sanción cuyo contenido material lo define la ley; y iii) la obligatoria correspondencia entre la conducta y la sanción.

Sin embargo, la Corte ha admitido límites al principio de tipicidad al permitir delitos que gocen de un cierto grado de indeterminación en su descripción típica como los tipos penales abiertos y los tipos penales en blanco. En este sentido, se ha establecido que el límite que se impone al principio de legalidad subyace en que la determinación de una conducta sólo es posible hasta donde se lo permite su naturaleza. Lo anterior reconoce que existen ciertas conductas que impiden su descripción exacta en tipos cerrados y completos. Sin embargo, en estos casos la indeterminación del tipo penal no viola el principio de legalidad si el Legislador precisa los elementos básicos para delimitar la prohibición o hace que éstos sean determinables mediante la remisión a otras instancias complementarias. En el caso de los tipos abiertos la remisión es judicial, mientras que en el caso de los tipos en blanco es a otros contenidos normativos.

Entonces, los tipos penales abiertos no violan el principio de legalidad siempre que: i) la naturaleza del tipo impida su descripción exacta, pero contenga los elementos básicos para delimitar la prohibición; ii) el destinatario pueda comprender cuál es el comportamiento sancionado, lo cual se verifica cuando mediante un ejercicio de actividad interpretativa ordinaria se puede precisar el alcance de la prohibición o cuando existe un referente especializado que defina los parámetros específicos del contenido y alcance de la prohibición.

A su vez, los tipos penales en blanco no violan el principio de legalidad siempre que describan previamente la conducta reprochada de forma clara e inequívoca. Luego, en los tipos penales en blanco la claridad y la certeza de la descripción típica admite que se haga referencia a otras normas de distinto rango legal mientras que éstas sean determinables. Así, la norma que completa el tipo penal puede no haber sido expedida, pero debe existir al momento de la confirmación del tipo y la remisión a normas de inferior jerarquía debe cumplir con los principios de claridad, precisión, generalidad y publicidad, además de estar acordes con los principios y valores constitucionales.

La violencia de género es un fenómeno social vigente que se fundamenta en la discriminación de la mujer y tiene serias consecuencias para el goce de sus derechos fundamentales. Así, a partir de las disposiciones constitucionales y del bloque de constitucionalidad se ha reconocido un derecho fundamental para las mujeres a estar libres de violencia, que a su vez comporta el deber estatal de adoptar todas las medidas para prevenir y atender la violencia en su contra. Este marco también impone la obligación al Estado de debida diligencia de prevenir, atender, investigar y sancionar la violencia contra la mujer, la cual no se limita a adoptar medidas de tipo penal sino también debe contemplar medidas sociales y educativas, entre otras, que contribuyan de forma efectiva a revertir las condiciones sociales que fomentan los estereotipos negativos de género y eviten el goce de la igualdad sustantiva.

Así pues, el deber de debida diligencia en la prevención, atención, investigación y sanción de la violencia contra la mujer impone al Estado la carga de adoptar una perspectiva de género en la investigación de estos delitos y violaciones de derechos humanos. Esto implica tener en cuenta la desigualdad que ha sufrido la mujer como un factor que la pone en una situación de riesgo y amenaza de violencia, y en este caso, verificar si existe una relación entre la víctima y el victimario de discriminación como motivación de la conducta.

Ahora bien, el feminicidio ha sido desarrollado por diferentes instancias internacionales de derechos humanos como una posible forma de tipificar un crimen relacionado con el género y de cumplir con las obligaciones internacionales respecto al deber de debida diligencia en la erradicación, prevención, investigación, y sanción de la violencia contra las mujeres y la garantía del acceso a la justicia. En estas instancias éste se ha definido, en términos generales, 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 de los países en América Latina que han tipificado el feminicidio como delito autónomo y han incluido criterios de violencia anterior al asesinato como un elemento para establecer la intención.

La inclusión de circunstancias contextuales como elementos descriptivos del tipo, como los indicios, los antecedentes y las amenazas, buscan superar la

realidad de que la intención de dar muerte por motivos de género (corresponde a patrones de desigualdad intrincados en la sociedad y tener el potencial de tomar tantas formas) resulta extremadamente difícil de probar bajo esquemas tradicionales que replican las desigualdades de poder. En este sentido, no se trata de dar el carácter de prueba autónoma al contexto, ni las circunstancias hacen referencia a un asunto de relevancia normativa, sino a una de las posibilidades que permiten verificar el elemento subjetivo del tipo. Así, se trata de que el juez valore los indicios, los antecedentes y amenazas en conjunto con todos los elementos de prueba. **Por lo tanto, la garantía del acceso a la justicia para las mujeres supone un cambio estructural del derecho penal que integre una perspectiva de género tanto en los tipos penales que lo componen como en su investigación y sanción.** Lo anterior, se concreta, entre otros, en una flexibilización del acercamiento a la prueba en el feminicidio que permita que el contexto conduzca a evidenciar el móvil. Esto no implica que la valoración del hecho punible como tal abandone los presupuestos del derecho penal, el debido proceso o el principio de legalidad, **pero sí que su apreciación tenga la posibilidad de reconocer las diferencias de poder que generan una discriminación sistemática para las mujeres que desencadena una violencia exacerbada y cobra sus vidas en la impunidad.**

Esta caracterización es coherente con la obligación de debida diligencia de los Estados de prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres, frente a la evidencia contundente de los altos grados de impunidad que las formas tradicionales de política criminal no han logrado combatir. Entonces, la garantía del acceso a la justicia para las mujeres supone un cambio estructural en el acercamiento del derecho penal para que la tipificación de las conductas que violan sus derechos humanos, su investigación y sanción integren una perspectiva de género.

De otra parte, 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 del literal 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.

La Corte considera que la modalidad “*cualquier tipo de violencia*” admite una lectura abierta que hace que el comportamiento carezca de precisión y claridad, lo cual incumple con los requisitos que exige el principio de legalidad, puesto 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 lo anterior, la misma norma y las referencias al derecho internacional de derechos humanos, específicamente al artículo 1° de la Convención de Belém do Pará, permiten superar esta 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.

Así las cosas, conforme a la facultad reconocida a la Corte Constitucional de modular sus fallos, en este caso se acudirá a la metodología de la sentencia de constitucionalidad condicionada, con el objetivo de garantizar el respeto al principio de legalidad. Bajo este criterio en la parte resolutive de esta sentencia se declarará la exequibilidad condicionada del literal e del artículo 2° (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) en el entendido de que la violencia a la que se refiere 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 género.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

Declarar **EXEQUIBLE** el literal e del artículo 2° (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 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.

Cópiese, notifíquese, comuníquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
Presidenta

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado
Con aclaración de voto

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado
Con salvamento parcial de voto

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado
Ausente en comisión

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

