

La violencia contra las mujeres en la legislación penal colombiana¹

Violence against women in colombian criminal legislation

Fecha de recepción: 15/02/2018 - Fecha de aceptación: 08/03/2018

MARÍA CAMILA CORREA FLÓREZ²

-
- 1 El presente texto está parcialmente basado en el artículo de mi autoría “Las tipologías de violencia contra la mujer en la Ley 1257 de 2008 y su protección y sanción en el Código Penal colombiano” (publicado en: Derechos humanos y acceso a la justicia con perspectiva de género. Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Alcaldía Mayor de Bogotá, Secretaría distrital de la Mujer y Fiscalía General de la Nación. Bogotá, 2014 y en: Revista General de Derecho Penal. IUSTEL. No. 21 Mayo de 2014.). No obstante lo anterior, algunas de las opiniones allí expresadas han variado con el paso del tiempo y son replanteadas y reformuladas en el presente trabajo. De igual manera se realizan análisis diferentes y se profundiza en algunas temáticas.

Quiero agradecer a los y las estudiantes del curso “Derecho Penal y Género” que impartí en la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes durante el segundo semestre de año 2017, porque varias de las discusiones que surgieron en clase me dieron luces sobre diferentes aspectos contenidos en este trabajo. De igual forma quiero agradecer a Sofía Esguerra de Pombo y Julián Silva, estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, por su ayuda en la recolección de jurisprudencia.

- 2 Abogada con opción en Literatura de la Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia. Maestría en Derecho de la Unión Europea de la Universidad Autónoma de Madrid, España y Maestría en Derecho Penal de la Universidad de Sevilla, España. Doctora en Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid.

Profesora de cátedra de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes y asesora de Despacho de la Sala de Amnistía e Indulto de la Jurisdicción Especial para la Paz – JEP.

Investigadora asociada del Grupo de Investigaciones en Derecho penal y Justicia Transicional “Cesare Beccaria” de la Universidad de los Andes. (ma-corr1@uniandes.edu.co)

El presente artículo se inscribe en la línea de aspectos fundamentales del derecho penal sustantivo y procesal penal del Grupo de Investigaciones en Derecho penal y Justicia Transicional “Cesare Beccaria” de la Universidad de los Andes.

Resumen

El artículo explica y analiza algunos tipos penales que, a juicio de la autora, sancionan las formas de violencia contra el género o la mujer, que están consagradas en la Convención de Belem Do Para y que introduce la Ley 1257 de 2008 al ordenamiento colombiano. Para ello, el autor se vale de la crítica no solo de los tipos penales como tal, sino de algunas decisiones jurisprudenciales relevantes que se han dado sobre el tema. Así, comienza por dar una definición clara sobre la violencia de género, luego establece las diferentes formas de violencia contra la mujer según lo ha establecido la Convención y finalmente analiza en detalle cada una de las formas de violencia según la forma en como están tipificadas en la legislación penal colombiana.

Palabras clave

Violencia de género, legislación penal colombiana, Convención de Belem Do Para, discriminación.

Abstract

This article explains and analyzes some criminal prohibitions that, according to the author, penalize some types of gender violence, which are enshrined in the Convention of Belem Do Para and which is introduced by the Law 1257 of 2008 to the Colombian legal system. To do so, the author uses not only what is prohibiting by the law, but some of the relevant jurisprudential decisions that have been made in this subject. Thus, the author begins by giving a clear definition of gender violence, then she establishes the different forms of violence against women as the Convention established and finally analyzes in detail each of the forms of violence according to how they are typified in the Colombian criminal legislation.

Keywords

Gender violence, Colombian criminal legislation, Convention of Belem Do Para, Discrimination.

Sumario

1. Introducción; 2. Violencia contra las mujeres o violencia de género. 3. Tipificación de las formas de violencia contra la mujer en la legislación penal colombiana. 3.1. Formas de violencia contra la mujer. 3.2. Tipificación de las formas de violencia contra la mujer diferentes a la muerte. 4. Comentario final. Bibliografía.

1. Introducción

A lo largo de las siguientes páginas me ocupo de analizar y explicar algunos tipos penales que, a mi juicio, sancionan las formas de violencia contra la mujer o violencia de género³ consagradas en la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer: Convención de Belem Do Para (en adelante C.B.D.P), que han sido introducidas en el ordenamiento jurídico colombiano a través de la Ley 1257 de 2008. Este análisis no sólo se centra en la configuración y los elementos de los tipos penales, sino que pretende dar algunas luces sobre, lo que considero, se debe imputar en las diversas hipótesis de violencia de género, para que sea realmente sancionada. Para ilustrar esto me valgo, en ocasiones, de la crítica a algunas decisiones jurisprudenciales, como forma de establecer cuáles son las imputaciones y/o interpretaciones correctas y cuáles no lo son.

Así, en primer lugar doy una definición de violencia de género. Definición que es el hilo conductor del análisis posterior. Luego de ello explico las diferentes formas de violencia contra la mujer definidas en la C.B.D.P y sus co-equivalentes en la Ley 1257 de 2008 y analizo en detalle cada forma de violencia y su tipificación en la legislación penal colombiana.

Sea este el momento de aclarar que en estas páginas solamente analizo la tipificación de las formas de violencia contra la mujer consagradas en el Art. 3 de la Ley 1257 de 2008. Este artículo no hace referencia a la muerte como una manifestación de daño⁴ y por ello no me ocupo de la tipificación de ésta en la legislación penal colombiana (Feminicidio Art. 104A CPcol). Y no me ocupo de esta modalidad de violencia de género, no porque le reste importancia, sino porque, precisamente, al ser la manifestación última de la violencia jerárquica contra la mujer, considero que debo tratarla en detalle en un espacio más amplio que el que puedo darle en el presente texto.

2. Violencia contra las mujeres o violencia de género

El Art. 1 de la C.B.D.P define la violencia contra la mujer como "(...) cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento

3 A lo largo del texto utilizaré ambas expresiones indistintamente.

4 La Ley la consagra la muerte, a mi juicio de manera correcta, como una forma de violencia autónoma en su Art. 1. Esta ley también introdujo el antecedente normativo del tipo penal de feminicidio, a saber, el antiguo agravante 11 del Art. 104 del CPcol. Este agravante fue derogado por el Art. 13 de la Ley 1761 del 2015. Consagraba una agravación punitiva para el delito de homicidio " si se cometiere contra una mujer por el hecho de ser mujer".

físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado (...)"⁵. Por su parte, la Declaración de Beijing de 1995 en su Art. 113 la define como "todo acto de violencia basado en el género que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de la libertad, ya sea que ocurra en la vida privada o pública.". Es evidente, luego de leer estas definiciones, que la violencia contra la mujer es aquella que se comete en razón de la condición de mujer de la víctima⁶.

Todas las formas de violencia que se ejercen sobre "ciertos cuerpos por ser lo que son" se pueden caracterizar, como bien lo afirma María Mercedes Gómez, como violencias por prejuicio⁷. Según la RAE el prejuicio es una "opinión previa y tenaz, por lo general desfavorable, acerca de algo que se conoce mal", es una idea que se forma antes de emitir un juicio, es decir una asunción⁸. Esta asunción está fundamentada en las características, prácticas o actitudes que han sido asignadas a través de (o por) las estructuras sociales de poder, de forma generalizada (estereotipos) a los individuos. En este caso a los que hacen parte de colectivos minoritarios.

Estas violencias están dirigidas contra esos cuerpos que se perciben como "no normativos" o *diferentes*, es decir, que no se ajustan a (o se distancian de) lo que se considera *normal* en una sociedad determinada. Cuando esa *normalidad* es transgredida⁹ por uno o varios miembros de dicha sociedad, se construye un "otro diferente" y sobre esa *diferencia* (con respecto a esa *normalidad* construida socialmente) se pueden llegar a fundamentar y a edificar los prejuicios¹⁰. La

5 Convención introducida en el ordenamiento jurídico colombiano a través de la Ley 248 de 1995 "Por medio de la cual se aprueba la Convención Internacional para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, suscrita en la ciudad de Belem Do Para, Brasil, el 9 de junio de 1994" que fue declarada exequible por la Corte Constitucional. Cfr. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-408 de 1996. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

6 DJAMBA, YANYI K. Y KIMUNA, SITAWA R. "Introduction" en: *Gender-Based Violence. Perspectives from Africa, the Middle East, and India*. Switzerland. Springer, 2015. p. xii. En la misma línea: LARRAURI, ELENA. *Criminología crítica y violencia de género*. Madrid. Trotta, 1997. p. 46.

7 GÓMEZ, MARÍA MERCEDES. "Violencia por prejuicio" en *La mirada de los jueves. Sexualidades diversas en la jurisprudencia latinoamericana*. Tomo 2. (C.Motta y M. Sáez. Eds.). Bogotá. Siglo del Hombre, 2008. p. 89.

8 Al respecto: *Vid.*: ALLPORT, GORDON W. *The Nature of Prejudice*. New York. Basic Books, 1958. pp. 6 y 7. Quien aclara que el prejuicio puede ser positivo o negativo, aunque normalmente es negativo.

9 Esta *normalidad* se trasgrede con actos o simplemente perteneciendo al colectivo *diferente*.

10 GÓMEZ, MARÍA MERCEDES. "Los usos jerárquicos y excluyentes de la violencia" en *Más allá del derecho. Justicia y género en América Latina*. (L. Cabal y C. Motta. Compiladoras.) Bogotá, Siglo del Hombre, 2006. p. 21. "El prejuicio está enraizado en el orden social en el cual se produce y, por lo tanto, es

normalidad es predicable del grupo mayoritario que generalmente tiene ciertos privilegios, mientras que la *diferencia* se predica de la minoría *diferente*. Este es el caso de las personas de orientación sexual diversa, identidad de género diversa, afro descendientes, indígenas y, por supuesto, el caso de las mujeres (entre otros muchos colectivos históricamente estigmatizados). Todos estos colectivos son percibidos como *diferentes* y estas “diferencias han sido establecidas históricamente de maneras diversas; por ejemplo, a través de la reificación de características biológicas, como en el caso de la raza y el género, a través de la estigmatización de prácticas y expresiones culturales particulares, como en el caso de la religión, la etnia y la sexualidad (...)”¹¹.

A mi modo de ver, la violencia contra estos individuos tiene como finalidad marcar las diferencias para erradicarlas o para reafirmarlas y mantener los privilegios del colectivo mayoritario. Partiendo de lo anterior y siguiendo las categorías propuestas por María Mercedes Gómez¹², se podría afirmar entonces que cuando se busca erradicarlas se estaría en sede de una violencia excluyente¹³ y cuando se busca reafirmarlas, en sede de una violencia jerárquica¹⁴, entendida esta última como “aquella que se ejerce, y puede ser mortal, para recordar al otro su condición de subordinación o inferioridad, para dar una lección sobre el lugar que este otro debe ocupar”¹⁵.

Anteriormente afirmé que los prejuicios son asunciones que se fundamentan, por ejemplo, en estructuras sociales de poder y estereotipos asignados a los individuos pertenecientes a diferentes colectivos, como las mujeres. Debido a las estructuras patriarcales, entendidas como estructuras sociales de poder, que se han reproducido en todas las épocas de la historia, las mujeres han sido consideradas (y tratadas) como inferiores con respecto a los hombres¹⁶ y se les ha

local y situado”. Sobre la construcción de la alteridad *Vid.*: GÓMEZ, MARÍA MERCEDES. “Violencia por prejuicio”, cit. pp. 93 -94.

11 GÓMEZ, MARÍA MERCEDES. “Los usos jerárquicos y excluyentes de la violencia”, cit. p. 22. En la misma línea: *vid.*: PALLETIER QUIÑÓNEZ, Paola. “La <<discriminación estructural>> en la evolución jurisprudencial de la corte Interamericana de Derechos Humanos”. en *Revista IIDH (Instituto Interamericano de Derechos Humanos)*. No. 60, 2014. p. 207.

12 GÓMEZ, MARÍA MERCEDES. “Los usos jerárquicos y excluyentes de la violencia”, cit. p. 22.

13 GÓMEZ, MARÍA MERCEDES. “Violencia por prejuicio”, cit. p. 90: “La violencia excluyente, por su parte, es aquella que se ejerce para liquidar lo que el otro representa, para hacerlo desaparecer”.

14 GÓMEZ, MARÍA MERCEDES. “Los usos jerárquicos y excluyentes de la violencia”, cit. pp. 25 -29.

15 GÓMEZ, MARÍA MERCEDES. “Violencia por prejuicio”, cit. p. 90.

16 Así lo ilustra VELÁSQUEZ TORO, MAGDALA. “Aspectos de la condición jurídica de las mujeres” en: *Las*

asignado un lugar (inferior) en el esquema social. De esta concepción, basada en una idea de inferioridad, se desprenden varios estereotipos que se han construido respecto a las características y comportamientos que deben tener las mujeres y que son considerados como *normales* a los ojos del colectivo dominante. Es decir, se han configurado roles femeninos, en contraposición a los roles masculinos, propios de la mayoría. Se afirma la *normalidad o corrección* de las características y comportamientos porque son evaluadas bajo el rasero de la estructura patriarcal que ha sido responsable de establecer como *correcto* lo masculino o lo impuesto por lo masculino. Ello genera y perpetúa una desigualdad estructural (en términos de poder) entre hombres y mujeres¹⁷.

Los estereotipos son concepciones generalizadas respecto a que todos los individuos de un grupo específico tienen las mismas características y/o desempeñan los mismos roles, solo por pertenecer a dicho grupo¹⁸. En el caso de las mujeres estos estereotipos, como ya dije, han sido construidos por la estructura social patriarcal. Es decir, esta estructura social es la que le ha asignado a las mujeres determinadas características y roles dentro de la sociedad. Por su condición de generalización, los estereotipos “ignoran las necesidades, habilidades circunstancias y los deseos individuales que tienen las personas para crear o formar sus propias identidades de acuerdo con sus valores y deseos”¹⁹ y se constituyen como prescripciones sociales²⁰.

Así por ejemplo, existe la concepción generalizada de que las mujeres deben ser cálidas y afectuosas y tienen roles específicos que deben ser realizados en

mujeres en la historia de Colombia. Tomo I: Mujeres y Política. (Velásquez Toro. Dir. Académica). Grupo editorial norma. Bogotá, 1995. p. 180. En este sentido se ha expresado también la Corte Constitucional colombiana: “En Colombia las mujeres han padecido históricamente una situación de desventaja que se ha extendido a todos los ámbitos de la sociedad y especialmente a la familia, a la educación y al trabajo. Es necesario recordar que se les equiparaba a los menores y dementes en la administración de sus bienes, no podían ejercer la patria potestad, no podían acceder a la universidad, se les obligaba a adoptar el apellido del marido, agregándole al suyo la partícula “de” como símbolo de pertenencia, entre otras limitaciones.” Cfr.: Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-878 de 2014. Magistrado ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

- 17 PRENTICE, DEBORAH A AND CARRANZA, ERICA. “What women and men should be, shouldn’t be, are allowed to be, and don’t have to be: The contents of prescriptive gender stereotypes”. en: *Psychology of Women Quarterly*. No. 26, 2002. p. 269.
- 18 COOK, REBECCA J Y CUSAK, SIMONE. *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*. (A. Parra. Trad.). Bogotá. Profamilia, 1997. p. 11. En este punto es importante aclarar que no todos los estereotipos son concepciones generalizadas negativas. Un ejemplo de estereotipos positivos son aquellos que se basan en evidencia estadística. Al respecto: *Vid*: p. 14.
- 19 *Ídem*. pp 13 y 14.
- 20 PRENTICE, DEBORAH A. AND CARRANZA, ERICA. “What women and men should be, shouldn’t be, are allowed to be, and don’t have to be: The contents of prescriptive gender stereotypes”, cit. p. 269.

espacios específicos (v.g. las mujeres son cuidadoras, labor que debe desempeñarse en el ámbito privado o en el ámbito público a través de profesiones de cuidado: enfermería, psicología, trabajo social, etc.). De igual manera deben ser obedientes, cumplir con las labores del hogar y seguir todas las normas de comportamiento que les han sido asignadas (ser femeninas, calmadas, calladas etc.). Normas que también hacen referencia al desarrollo de su sexualidad, como lo es la *imposición* de la heterosexualidad. La maternidad se constituye igualmente como obligatoria, bajo un argumento biológico²¹ que se ha traducido en una prescripción.

Estos estereotipos crean factores de opresión en los que se fundamenta un trato desigual (que puede traducirse en violencia) en la sociedad y perpetúan la posición social superior del grupo dominante. En palabras de Iris Young: “la opresión designa las desventajas e injusticias que sufren algunas personas y grupos no por un poder tiránico que las coaccione, sino por las prácticas cotidianas de una sociedad”²².

A mi juicio, en este contexto, la violencia contra la mujer se ejerce porque ella no actúa o no se comporta *como debería* hacerlo (va en contra de la prescripción social) y es utilizada como un medio para dominarla y subordinarla²³. Así, la mujer es percibida por el agresor como “un cuerpo no normativo” ya que o se comporta por fuera del rol asignado quebrantando los estándares *normativos*, o por ser un cuerpo *no normativo* está en una situación de inferioridad que se reafirma a través de la violencia. Es precisamente por esto que este tipo de violencia ha sido conceptualizada en términos de dominio- subordinación, ya que tiene lugar en seno de esa relación desigual (tanto en el ámbito público, como privado) o en ese contexto de desigualdad estructural que existe entre hombres y mujeres²⁴. Es evidente entonces que las mujeres son víctimas de un tipo de violencia especial, de la que no son víctimas los hombres²⁵: una violencia por prejuicio jerárquica que busca recordarle su rol (en

21 Al respecto: *vid.*: FAUSTO- STERLING, ANNE. *Myths of Gender. Biological theories about women and men.* New York. Basic Books, 1992.

22 YOUNG, IRIS M. *La justicia y la política de la diferencia.* Valencia. Cátedra, 2000. p. 74.

23 Al respecto: *vid.*: COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-878 de 2014. Magistrado ponente: Jorge Iván Palacio Palacio: “En nuestra sociedad el dominio es masculino por lo que los actos se dirigen en contra de las mujeres (...) con el fin de perpetuar la subordinación”. En la misma línea: *vid.*: KOSS, MARY P. *et al. No save haven: Male violence against women at home, at work and in the community.* Washington D.C. American Psychological Association, 2002. p.4. “At the societal level, male violence against women is seen as a manifestation of gender inequality and as mechanism for the subordination of women”.

24 CORREA FLÓREZ, MARÍA CAMILA. *Legítima defensa en situaciones sin confrontación: la muerte del tirano de casa.* Grupo Editorial Ibañez –Ediciones Uniandes. Bogotá, 2017. pp. 33 y 34.

25 Al respecto: *Vid.*: BARRÉRE UNZUETA, MARÍA ÁNGELES. *Género, discriminación y violencia contra las*

términos de comportamiento y de posición jerárquica) en la sociedad, perpetuando la desigualdad social²⁶ y alzándose como un factor claro de opresión²⁷.

Entonces, si se está en sede de una violencia jerárquica basada en el prejuicio, este tipo de violencia constituye una forma clara de discriminación. Y esto es así porque la violencia que se ejerce contra la mujer está motivada por el hecho de ser mujer²⁸ o por el hecho de no ser la mujer que debería ser.

Por discriminación se entiende dar trato desigual a una persona o colectividad por motivos raciales, políticos, religiosos, de sexo etc.; y específicamente la discriminación contra la mujer se ha entendido como: “toda distinción, exclusión a restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”²⁹.

La discriminación debe ser entendida como un estatus que se fundamenta en la desigualdad de trato³⁰, es decir cuando se trata de manera desigual, porque se percibe diferente, a lo que debería ser tratado igual, rompiéndose así el principio de igualdad material y violando la dignidad humana. En este orden de ideas la violencia se configura “(...) como discriminación porque constituye la manifestación directa de la ruptura de la regla de la justicia que se basa en la igualdad de estatus de hombres

mujeres, en: genero, violencia y derecho. (Patricia Laurenzo, María Luisa Maqueda y Ana Rubio. coordinadoras). Editores del puerto. Buenos Aires, 2009. p. 14.

- 26 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-297 de 2016. Magistrada ponente: Gloria Stella Ortiz. “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 disimiles”.
- 27 RODRIGUEZ, CESAR. “El derecho a la igualdad y a no ser discriminado”, en *Constitución y democracia en movimiento*. (Helena Alviar G, Julieta Lemaitre R. y Betsy Perafán I coords.). Bogotá. Ediciones Uniandes, 2016. p. 285.
- 28 MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO. “Desigualdades penales y violencia de género”, En: *Anuario de la facultad de derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*.no. 13, 2009. p. 71. en la misma línea: *vid.*: PEÑARANDA RAMOS, ENRIQUE. “¿Qué puede hacer el derecho penal contra la violencia de género?”. en *Debate* (publicación de la asociación democrática progresista de la facultad de derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. número 2, 2008. p. 4.
- 29 Cedaw. artículo 1. La discriminación contra la mujer no sólo se evidencia en la violencia, sino en la explotación laboral y la existencia de techos de cristal, la marginación, la objetivación del cuerpo femenino, entre otras. al respecto: *vid.*: Rodríguez Cesar. “el derecho a la igualdad y a no ser discriminado”, cit. p. 285.
- 30 BARRÉRE UNZUETA, MARÍA ÁNGELES. *Género, discriminación y violencia contra las mujeres*, cit. p. 19

y mujeres.”³¹ Bajo este lente es claro que la violencia contra la mujer es una forma de discriminación³². Lo anterior tiene sentido si se entiende que cuando una mujer es violentada, está siendo discriminada, en la medida en que está siendo tratada de manera diferente y le están siendo vulnerados sus derechos fundamentales. Y así lo ha establecido el Comité de la CEDAW, en su recomendación No. 19, al afirmar que “la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de la mujer de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre.”³³

Por todo lo anterior, se puede afirmar entonces que la violencia de género es aquella que se ejerce contra las mujeres por el hecho de ser mujeres y precisamente por eso es una violencia basada en el prejuicio. Partiendo de esta premisa, esta violencia es una modalidad de violencia jerárquica que se traduce en una forma clara de discriminación y, por tanto, en un atentado contra la dignidad humana³⁴.

3. Tipificación de las formas de violencia contra la mujer en la legislación penal colombiana

Con lo anterior en mente, pasaré entonces a explicar las diferentes manifestaciones o los diferentes tipos de violencia contra la mujer consagrados en instrumentos internacionales y su trasposición a la legislación colombiana en la Ley 1257 de 2008. Una vez analizadas cada una de las tipologías, estableceré a través de cuáles conductas delictivas consagradas en el CPcol. se encuentran protegidas las mujeres de estas manifestaciones concretas de violencia, así como los agravantes que van a sancionar el móvil de discriminación contra la mujer y la vulneración de la dignidad, como elementos constitutivos de la violencia de género. Estas normas, así como los agravantes, se deben entender a la luz del contenido de este tipo de violencia.

31 *Íbidem*. En la misma línea: *vid.*: Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-408 de 1996. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero: “(...) desafortunadamente en la práctica la violencia y la discriminación contra la mujer se encuentran muy extendidas, pues son un ejercicio de poder que deriva en gran medida de las relaciones inequitativas que subsisten entre mujeres y hombres.”

32 GÓMEZ, MARÍA MERCEDES. “Los usos jerárquicos y excluyentes de la violencia”, cit. p. 27. “La violencia contra las mujeres puede ser descrita de igual manera dentro de la lógica de discriminación”.

33 Recomendación general No. 19 del Comité de la CEDAW del 29 de enero de 1992. En la misma línea: *vid.* COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-297 de 2016. Magistrada ponente: Gloria Stella Ortiz. “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”.

34 CEDAW. Preámbulo. “(...) la discriminación contra la mujer viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana (...)”

3.1 Formas de violencia contra la mujer

El Art. 2 de la C.B.D.P establece que la violencia contra la mujer puede ser física, psicológica y sexual. La muerte provocada de la mujer es entendida como una manifestación autónoma de violencia, separada de la violencia física (Art. 1 C.B.D.P). Cualquiera de estas manifestaciones de la violencia contra la mujer se puede dar en diferentes escenarios: a.) en el ámbito familiar o en la unidad doméstica o en el contexto de cualquier otra relación interpersonal y cuando el agresor comparta o haya compartido domicilio con la víctima, b.) la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona o c.) cuando sea perpetrada o tolerada por el Estado.

Lo anterior es recogido por la Ley 1257 de 2008³⁵, que en su Art. 2 define la violencia contra la mujer como “ (...) cualquier acción u omisión, que le cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico, económico o patrimonial por su condición de mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, bien sea que se presente en el ámbito público o en el privado.”. Con base en la definición anterior se puede establecer que toda conducta que genere en la mujer cualquier daño de esta índole y sea realizado por la condición de mujer de la víctima, es una manifestación de violencia de género entendida en el sentido explicado en el apartado anterior.

Ahora bien, en su Art. 3, la misma Ley establece las tipologías de daño contra la mujer, como manifestación de la violencia de género: daño psicológico, daño o sufrimiento físico, daño o sufrimiento sexual y daño patrimonial. Este último tipo de daño no se encuentra listado en el Art. 2. la C.B.D.P.

3.2 Tipificación de las formas de violencia contra la mujer diferentes a la muerte

Antes de analizar cada una de las definiciones de daño contenidas en el Art 3 de la Ley 1257 y su tipificación en el CPcol, voy a explicar los fundamentos materiales del agravante de las lesiones personales dolosas consagrado en el Art. 119 inciso 2. del CPcol y la aplicación de la circunstancia genérica de mayor punibilidad consagrada en el Art. 58.3 del mismo estatuto. Ello en aras de una mejor comprensión del apartado siguiente ya que a lo largo de este hago referencia constante a estas dos normas.

El Art. 119 del CPcol remite a los agravantes del homicidio consagrados en el Art. 104 (esto quiere decir que estos agravantes aplican también para las lesiones

35 "Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones"

personales dolosas) y en segundo lugar, en el Inciso 2, establece que habrá una agravación punitiva “Cuando las conductas señaladas en los artículos anteriores se cometan en (...) mujer por el hecho de ser mujer(...)”. Esta agravación punitiva implica que cuando alguna de las conductas de lesiones consagradas en los Art.s 112, 113, 114, 115, 116 y 116A, del CPcol se cometa contra una mujer, como manifestación de violencia de género, en el sentido explicado en el apartado 1 del presente texto, habrá mayor pena.

Lo anterior encuentra su fundamento en un mayor desvalor de acción subjetivo porque las lesiones se realizan motivadas por una finalidad discriminatoria constitutiva de una violencia jerarquizante que amerita una mayor sanción penal, pero también en un mayor desvalor de resultado porque los actos de discriminación son una violación directa a la dignidad humana. Así, en los casos en que las mujeres son víctimas de lesiones personales como manifestación de la violencia de género, no sólo se les está mancillando su integridad física, sino su dignidad y es en ello precisamente en lo que radica el mayor desvalor de resultado de estas conductas. Por eso, en estos casos siempre se debe aplicar el agravante para lograr una íntegra valoración del injusto.

Ahora bien, la circunstancia de mayor punibilidad consagrada en el Art. 58.3 del CPcol: “Que la ejecución de la conducta punible esté inspirada en móviles de intolerancia y discriminación referidos a (...) sexo (...) de la víctima.”, puede ser aplicada en situaciones donde la conducta violenta se realiza con un móvil de discriminación por género (mayor desvalor de acción subjetivo) que genera un atentado contra la dignidad (mayor desvalor de resultado) y no existen agravantes específicos.

3.2.1 “Daño psicológico: consecuencia proveniente de la acción u omisión destinada a degradar o controlar las acciones, comportamientos, creencias y decisiones de otras personas, por medio de intimidación, manipulación, amenaza, directa o indirecta, humillación, aislamiento o cualquier otra conducta que implique un perjuicio en la salud psicológica, la autodeterminación o el desarrollo personal.”. (Art. 3 literal a. de la Ley 1257 de 2008)

El literal a.) del Art. 3 de la Ley 1257 al definir el daño psicológico, establece que este puede tener dos manifestaciones: la primera, generarle a la mujer a través de diferentes mecanismos, un daño psicológico con la finalidad de intimidarla, manipularla, amenazarla, humillarla degradarla, etc., o cualquier forma de atentar contra su autodeterminación, que yo denominaré violencia psicológica directa. La segunda, que interpreto de la última parte del literal (“o cualquier otra conducta que

implique un perjuicio en la salud psicológica, la autodeterminación o el desarrollo personal”) en mi opinión, es la que surge de una acción anterior; es decir, hace referencia a las consecuencias psicológicas que puede generarle a la mujer cualquier acto de violencia física, sexual e –incluso- económica, en donde se perjudica su autodeterminación y donde podrían plantearse escenarios en los que el desarrollo personal de la mujer se ve afectado. A esta segunda manifestación la denominaré violencia psicológica indirecta.

La violencia psicológica directa es un tipo de violencia invisible porque se da día tras día y no deja evidencias físicas en el cuerpo de sus víctimas, “pero destruye lenta y progresivamente la autoestima, seguridad y estabilidad y la propia psiquis de la víctima”³⁶. Y es precisamente por lo anterior por lo que se constituye como una modalidad de violencia de género: a través de la violencia psicológica se consigue el dominio y el control total sobre la mujer. Este tipo de violencia se puede realizar por medio de amenazas contra la vida y la integridad de la mujer o de sus allegados y allegadas. Suele ser utilizada en las situaciones de violencia doméstica por parte del agresor, para evitar que la mujer se vaya de la casa o para que cumpla a cabalidad sus órdenes. De igual manera se puede manifestar a través del control sobre sus actuaciones (monitoreo)³⁷.

Por su parte, la violencia psicológica indirecta resulta ser una consecuencia, entendida como secuela, de actuaciones constitutivas de violencia de género que pueden generar en la mujer cambios de comportamiento, afectaciones en sus relaciones sociales y percepciones erradas sobre sí misma y la realidad. En este orden de ideas, este tipo de violencia psicológica indirecta se constituye como una manifestación mediata de violencia de género.

A mi juicio existen varias normas penales que sancionan esta manifestación de la violencia de género.

Artículos 111 y 115 del CPcol - Perturbación psíquica

El Art. 111 establece la conducta de lesiones personales, como aquella que cause a otro daño en el cuerpo o en la salud, entendida esta última como salud física o psíquica³⁸. Este tipo penal es un tipo básico sin cuya aplicación no se pueden

36 ROA AVELLA, MARCELA. “Delitos contra la familia y violencia de género”, en: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I.* (C. G. Castro Cuenca Coordinador.). Bogotá. Editorial Temis S.A., 2011. p. 302.

37 Al respecto: *vid: JHONSON, MICHAEL P. A Typology of Domestic Violence.* USA. University Press of New England, 2008. Edición Kindle. pos. 381 -392.

38 Artículo 111. *Lesiones.* El que cause a otro daño en el cuerpo o en la salud, incurrirá en las sanciones establecidas en los artículos siguientes.

imputar los tipos subsiguientes. Este es el caso del Art. 115 del CPcol, que consagra las perturbaciones psíquicas transitorias y permanentes, como sigue:

Si el daño consistiere en perturbación psíquica transitoria, la pena será de prisión de dos (2) a siete (7) años y multa de veintiséis (26) a cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si fuere permanente, la pena será de tres (3) a nueve (9) años de prisión y multa de veintisiete (27) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Por perturbación psíquica se entiende todo cambio de las facultades psíquicas de una persona³⁹, que se traduce en la aparición un trastorno mental. Es decir, es una perturbación en la correcta función de la psiquis. El tipo penal es claro en establecer que si la perturbación es transitoria, es decir, si se puede regresar al estado anterior por medio de tratamientos, la pena será menor que si ésta es permanente; es decir, si no se puede recuperar nunca la salud mental. En otras palabras, la pena depende del mayor o menor daño que se le genera al bien jurídico y esto se constituye como el fundamento de la punición (mayor o menor desvalor de resultado).

Esta conducta de perturbación psíquica consiste en generarle a una persona cualquier alteración o trastorno mental, bien sea a través de otro ataque contra alguno de sus bienes jurídicos (violencia psicológica indirecta) o por medio de violencia psicológica directa.

Así las cosas, se puede afirmar que cualquier conducta que configure este tipo penal, tenga como sujeto pasivo una mujer y se realice como una manera de recordarle a ésta su lugar en la sociedad o como castigo por ir en contra de su rol asignado, se enmarca dentro de la definición de daño psicológico a la que hace referencia el literal a.), del Art. 2 de la ley 1257 de 2008, analizada anteriormente. Por ejemplo, se configurará violencia psíquica directa contra una mujer, como una manifestación de la violencia de género, cuando ésta es maltratada, de manera constante, a través de insultos y tratos que la degradan o cuando, a través de engaños, se hace que la mujer ponga en duda sus propias capacidades mentales y ello le genera un trastorno en su personalidad o una alteración mental que normalmente equivale a una percepción errada de sí misma y de sus capacidades.

Ahora, puede haber violencia indirecta si la perturbación psíquica es resultado, por ejemplo, de maltrato físico o es una consecuencia de cualquier forma de

39 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO. *Delitos contra la vida y la Integridad Personal*, Bogotá. Ediciones jurídicas Andrés Morales, 2013. p. 263. En la misma línea: cfr.: PABÓN PARRA, PEDRO ALFONSO. *Manual de derecho Penal. Tomo II. Parte Especial*. Novena edición. Bogotá. Ediciones doctrina y Ley, 2013. p. 71. En la misma línea: POSADA MAYA, RICARDO. *Delitos contra la vida y la integridad personal*. Tomo II. Bogotá. Grupo Editorial Ibáñez- Ediciones Uniandes, 2015. p. 61.

violencia sexual. En este punto es importante aclarar que si las consecuencias psicológicas que desencadena una conducta de maltrato anterior, son las mínimas que se desencadenan con cualquier tipo de situación traumática (estrés post traumático, por ejemplo), esas lesiones quedarán consumidas, por constituirse como el hecho acompañante o concomitante⁴⁰, por el tipo de violencia sexual, de secuestro, de lesiones o por el tipo penal que consagre la conducta generadora de la lesión psíquica⁴¹; sin embargo, si la perturbación psíquica excede los límites de los trastornos usuales en este tipo de situaciones, se podría entrar a hablar de un concurso ideal. Evidentemente, para poder hablar de concurso, un perito psiquiátrico tendría que determinar qué tipo de trastorno mental se genera.

También se le pueden causar a una mujer perturbaciones psíquicas, que configuran el tipo penal en cuestión cuando, a través de golpes en la cabeza o agresiones que afectan el sistema nervioso central, se le genera una alteración de orden psicológico. En estos casos hay que entrar a determinar si la lesión física es la causa de la perturbación psíquica y de ser así, las lesiones físicas concursarían con las perturbaciones psíquicas, que podrían imputarse a título de dolo eventual.

Cuando la violencia psíquica se dé contra una mujer como una forma clara de violencia de género, el daño al bien jurídico integridad personal queda sancionado al imputar el art. 115 del CPcol; sin embargo, no se sanciona que la comisión de la conducta haya sido motivada por la condición de mujer del sujeto pasivo; así las cosas, se debe aplicar el agravante consagrado en el Art. 119 inciso 2, para lograr una íntegra valoración del injusto.

Artículo 123 del CPcol – Aborto sin consentimiento

Este artículo consagra el aborto sin consentimiento, de la siguiente manera:

El que causare el aborto sin consentimiento de la mujer incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a ciento ochenta (180) meses.

Este tipo penal se configura cuando un tercero le causa a una mujer un aborto. Es un tipo pluriofensivo, porque a través de este no solo se protege la integridad personal de la mujer y la expectativa de vida, sino la autonomía de la mujer. Esto es así porque la disposición exige que la conducta se realice sin el consentimiento de la mujer, configurándose así un atentado claro contra su autonomía personal y reproductiva.

40 Al respecto: *vid.*: MIR PUIG, SANTIAGO. *Derecho Penal. Parte General*. Décima Edición. Barcelona. Repertor, 2015. p. 685.

41 Al respecto: *vid.*: POSADA MAYA, RICARDO. *Delitos contra la vida y la integridad personal*, cit, p. 61.

La conducta puede realizarse por medio de engaño, de aprovechamiento de un estado de inconsciencia de la mujer u obligándola a tolerar que se le practique un aborto. Ahora, como ha quedado claro, el tipo penal consagrado en el Art. 123 del CPcol establece que hay responsabilidad penal cuando se le causa a la mujer sin su consentimiento; es decir, cuando el sujeto activo es quien termina con la gestación, pero ¿qué pasa cuando se le obliga a la mujer a causarse a ella misma un aborto?. Esta hipótesis no parece estar contemplada dentro de las formas de ejecución del tipo. Sin embargo, en estos casos se podría estar en sede de una responsabilidad a título de autoría mediata; el sujeto activo utiliza a la propia mujer como medio para causarle el aborto, es decir, hay una comisión del tipo penal *por medio de otro*⁴², que en este caso sería la propia mujer. El sujeto activo, al obligar (coaccionar) a la mujer, tiene el dominio de la voluntad y de la decisión de cometer el delito⁴³, configurándose así una instrumentalización propia de la figura de autoría mediata: instrumentalización por vía de coacción. Esta es una hipótesis clásica de autoría mediata a través de un instrumento que actúa sin culpabilidad, porque la mujer no respondería penalmente al estar cobijada por la causa de ausencia de culpabilidad consagrada en el Art. 32.8 (actuar bajo insuperable coacción ajena).

En fin, es claro que a través de este tipo penal se protege a las mujeres de una forma muy específica de daño psicológico: aquel que implica una intromisión en su capacidad de autodeterminación⁴⁴ y por ello la conducta allí consagrada constituye una modalidad de violencia psicológica directa al causarle a la mujer un aborto, sin tener en cuenta si ella deseaba o no continuar con el embarazo.

Artículo 229 del Código Penal colombiano

El Art. 229 del Código Penal colombiano consagra el delito de violencia intrafamiliar:

El que maltrate física o psicológicamente a cualquier miembro de su núcleo familiar, incurrirá, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor, en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años.

42 Al respecto: *vid: JAKOBS, GÜNTHER. Derecho Penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Segunda edición (J. Cuello Contreras y J.L. Serrano González de Murillo. Trads.). Madrid. Marcial Pons, 1995. p. 763.*

43 JAKOBS, GÜNTHER. *Derecho Penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación.* cit, p. 777. "Quien domina, en posición de superioridad, la inculpabilidad del ejecutor del hecho (...) comete un hecho propio, mediato, a través de su dominio superior."

44 La definición de *daño psicológico* dada por la Ley 1157 de 2008 establece que cualquier conducta que implique un perjuicio contra la autodeterminación de la mujer, constituye una modalidad de este.

La pena se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes cuando la conducta recaiga sobre un menor, una mujer, una persona mayor de sesenta (60) años o que se encuentre en incapacidad o disminución física, sensorial y psicológica o quien se encuentre en estado de indefensión.

PARÁGRAFO. *A la misma pena quedará sometido quien, no siendo miembro del núcleo familiar, sea encargado del cuidado de uno o varios miembros de una familia y realice alguna de las conductas descritas en el presente artículo.*

Se trata de un tipo penal cuyo verbo rector (maltratar), se puede configurar de dos maneras: por medio de violencia psíquica o física. El mismo tipo establece que habrá violencia intrafamiliar si se maltrata psicológicamente a cualquier miembro del núcleo familiar, pero consagra una agravación punitiva que en el caso en el la conducta recaiga sobre una mujer. Esto se traduce en una clara protección de la mujer frente a la violencia doméstica⁴⁵.

Una reciente sentencia de la Corte Suprema de Justicia afirma, a mi juicio erradamente, que la agravación punitiva mencionada “no está dispuesta para la protección de la mujer cuando es maltratada por ser mujer”, sino que aplica cuando la conducta recae sobre la mujer porque es un sujeto pasivo que reclama protección reforzada⁴⁶; según La Corte, este incremento punitivo radica en razones de política criminal debido a la especial protección (o protección reforzada) que requieren los sujetos listados, entre los que se encuentra la mujer. Es evidente que ello es así, sin embargo la Corte parece ignorar su propia argumentación, ya que la mujer (al igual que los otros sujetos listados), requiere una especial protección o protección reforzada, precisamente por pertenecer a un colectivo históricamente discriminado que ha sido víctima de violencia reiterada en su contra. En otras palabras, las mujeres requieren, en ciertas ocasiones, protección penal reforzada, por el hecho de ser mujeres; y estas ocasiones son aquellas en las que la violencia en su contra es una manifestación de violencia de género, en el sentido explicado en el apartado 1 del presente escrito, como lo es la violencia doméstica⁴⁷. Por eso mismo es que también, a través de este agravante, se sanciona la motivación de la comisión de

45 Sobre mi posición referente a la diferencia entre violencia doméstica y la violencia de género y cuándo la violencia doméstica se constituye como una manifestación de violencia de género: *vid.* CORREA FLÓREZ, MARÍA CAMILA. *Legítima defensa en situaciones sin confrontación. La muerte del tirano de casa*, cit, pp. 33-36.

46 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 7 de junio de 2017. Rad. 48047. Magistrado ponente: Luis Antonio Hernández Barbosa. p. 39 y 40.

47 Sobre la violencia psicológica como manifestación de violencia doméstica contra las mujeres: *Vid.:* MARK, HEIKE, *Häusliche Gewalt gegen Frauen. Ergebnisse einer Befragung niedergelassener Ärztinnen und Ärzte*. Marburg, Tectum Verlag, 2001. p. 14.

la conducta por el hecho de que la víctima sea mujer configurándose un mayor desvalor de acción subjetivo y el hecho de que, por esta misma motivación, se está discriminando a la víctima (mayor desvalor de resultado).

Ahora bien, el de violencia intrafamiliar es un tipo penal subsidiario, es decir que solo se aplica cuando la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor (en estos casos aplicaría el delito sancionado con pena mayor), lo que bloquea siempre la posibilidad de concurso. Así, cuando la conducta de maltrato psicológico recae sobre una mujer y es una manifestación de la violencia de género, la pena del delito de violencia intrafamiliar será de 72 a 168 meses. Esto implica que si la conducta es constitutiva de violencia intrafamiliar por vía de maltrato psicológico y se genera una perturbación psíquica transitoria, dependiendo de la pena que arroje la dosificación punitiva hecha por el juez, aplicaría, en algunos casos la violencia intrafamiliar y en otros la perturbación psíquica permanente agravada por el Art. 119 inciso 2. Lo anterior porque la pena para una perturbación psíquica transitoria consagrada por el Art. 115 y agravada por el Art. 119 inciso 2, es de 64 a 252 meses. Pero si la perturbación psíquica fuera permanente, aplicaría siempre la pena del Art. 115 agravada por ser ésta de 96 a 324 meses. No sobra aclarar que en ningún caso se concursarían los dos tipos penales: cuando la pena es mayor a la de la violencia intrafamiliar, se aplican las lesiones agravadas por el Art. 119 inciso 2.

No obstante lo anterior, el tipo, precisamente por su subsidiaridad expresa, sanciona formas de maltrato que no generan incapacidad médica alguna y que, por tanto, no son lesiones personales a la luz de la legislación penal (lo que implica que no existe tipo penal que sancione la conducta con pena mayor). Es decir casos en los que no se genera una enfermedad mental o perturbación psíquica grave. En estos casos basta el insulto, el improperio o el maltrato verbal del "día a día", para que se configure el tipo en su modalidad de maltrato psicológico⁴⁸.

3.2.2. "Daño o sufrimiento físico: riesgo o disminución de la integridad corporal de una persona". (Art. 3 literal b. de la Ley 1257 de 2008)

El daño o sufrimiento físico al que hace referencia la Ley 1257 no es nada diferente a lo que se conoce como violencia física, entendida como todo ataque contra la corporalidad, a través de golpes, empujones, estrangulaciones etc. Se realiza con objetos, con armas o con las manos. La privación forzada del sueño y la de alimentos, también se consideran manifestaciones de violencia física⁴⁹. Este

48 Al respecto: cfr.: ROA AVELLA, MARCELA. "Delitos contra la familia y violencia de género", cit. p. 302.

49 MARK, HEIKE, *Häusliche Gewalt gegen Frauen. Ergebnisse einer Befragung niedergelassener Ärztinnen und Ärzte*, cit. p. 14.

tipo de violencia contra las mujeres normalmente tiene lugar en el ámbito del hogar y es perpetrado por la pareja sentimental. Sin embargo, esto implica que no haya manifestaciones de violencia física contra las mujeres en el ámbito público.

El literal b del Art. 3 la ley 1257 de 2008 hace referencia a un riesgo o disminución de la integridad corporal, es decir lesiones personales, dejando de lado, dentro de esta categoría, la muerte provocada o el feminicidio (al igual que la C.B.D.P), pero no la tentativa de feminicidio. Esto es así porque la tentativa de feminicidio, en ocasiones, puede configurarse a través de unas lesiones consumadas y éstas constituyen sufrimiento físico.

Ahora bien, integridad corporal es todo aquello que configura el cuerpo humano en su aspecto físico, tanto interno, como externo, sin hacer referencia a la salud (enfermedades físicas o psíquicas, éstas últimas están cobijadas por la definición de daño psíquico, mencionado anteriormente). En este orden de ideas, la definición implica que por daño o sufrimiento físico se debe entender cualquier riesgo para la integridad corporal o una disminución de la misma. Daño este que está tipificado en el CPcol a través de los artículos que sancionan las lesiones personales dolosas.

Artículos 111, 112, 113, 114, 116 y 116A del CPcol

Como se dijo anteriormente, el Art. 111 describe la conducta y los subsiguientes, que son tipos penales subordinados con respecto al consagrado en el Art. 111, describen diferentes resultados que se pueden generar a través del daño y que agravan la pena (mayor desvalor de resultado).

Así, las lesiones personales en el CPcol se encuentran tipificadas de la siguiente manera: incapacidad para trabajar o enfermedad (Art. 112⁵⁰), que dependiendo del tiempo en que tarde el organismo en curarse tendrá mayor o menor pena; deformidad física transitoria o permanente⁵¹ (Art. 113⁵²), que sí es en el rostro es agravada;

50 Art. 112. Incapacidad para trabajar o enfermedad. Si el daño consistiere en incapacidad para trabajar o en enfermedad que no pase de treinta (30) días, la pena será de prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses.

Si el daño consistiere en incapacidad para trabajar o enfermedad superior a treinta (30) días sin exceder de noventa (90), la pena será de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses de prisión y multa de seis punto sesenta y seis (6.66) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si pasare de noventa (90) días, la pena será de treinta y dos (32) a noventa (90) meses de prisión y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

51 A efectos de las lesiones personales, son transitorias todas aquellas lesiones que, a través de tratamiento o intervención quirúrgica puedan desaparecer. Por el contrario serán permanentes aquellas que no desaparecen, incluso con intervención quirúrgica o tratamiento médico. Es decir, hay lesión permanente cuando el cuerpo o la salud, no puede volver al estado anterior.

52 Art. 113. Deformidad. Si el daño consistiere en deformidad física transitoria, la pena será de prisión

perturbación funcional de órgano o miembro transitoria o permanente (Art. 114⁵³). Para la configuración de este tipo de lesiones, el daño debe consistir en minar la función del órgano o miembro, más no se debe perder completamente, ya que en estos casos se configura el tipo penal consagrado en el Art. 116⁵⁴, pérdida anatómica o funcional de órgano o miembro. Así, la lesión ha de generar la pérdida anatómica de un miembro o de un órgano o se debe perder la función de los mismos. El clítoris, que es objeto material de las ablaciones y mutilaciones femeninas dirigidas a evitar que la mujer obtenga placer sexual, y los senos, deben ser entendidos también como órganos.

Ahora bien, el Art. 116A⁵⁵ del CPcol, adicionado por la Ley 1773 de 2016, consagra las lesiones con agentes químicos, ácido y/o sustancia similares. La conducta consiste en causar “daño en el cuerpo o en la salud, usando para ello cualquier tipo de agente químico, álcalis, sustancias similares o corrosivas que generen destrucción al entrar en contacto con el tejido humano”.

La particularidad de este tipo penal es que no es un tipo subordinado con respecto al Art.111, sino que es un tipo autónomo que consagra las agravaciones punitivas dependiendo del daño causado. Así, si la conducta realizada causa

de dieciséis (16) a ciento ocho (108) meses y multa de veinte (20) a treinta y siete punto cinco (37.5) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si fuere permanente, la pena será de prisión de treinta y dos (32) a ciento veintiséis (126) meses y multa de treinta y cuatro punto sesenta y seis (34.66) a cincuenta y cuatro (54) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la deformidad afectare el rostro, la pena se aumentará desde una tercera parte hasta la mitad.

- 53 Art. 114. Perturbación funcional. Si el daño consistiere en perturbación funcional transitoria de un órgano o miembro, la pena será de prisión de treinta y dos (32) a ciento veintiséis (126) meses y multa de veinte (20) a treinta y siete punto cinco (37.5) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Si fuere permanente, la pena será de cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión y multa de treinta y cuatro punto sesenta y seis (34.66) a cincuenta y cuatro (54) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

- 54 Art. 116. Pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro. Si el daño consistiere en la pérdida de la función de un órgano o miembro, la pena será de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses de prisión y multa de treinta y tres punto treinta y tres (33.33) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena anterior se aumentará hasta en una tercera parte en caso de pérdida anatómica del órgano o miembro.

- 55 Art. 116A. Adicionado. L 1773/2016. art.1. Lesiones con agentes químicos, ácido y/o sustancias similares. El que cause a otro daño en el cuerpo o en la salud, usando para ello cualquier tipo de agente químico, álcalis, sustancias similares o corrosivas que generen destrucción al entrar en contacto con el tejido humano, incurrirá en pena de prisión de ciento cincuenta (150) meses a doscientos cuarenta (240) meses y multa de ciento veinte (120) a doscientos cincuenta (250) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Cuando la conducta cause deformidad o daño permanente, pérdida parcial o total, funcional o anatómica, la pena será de doscientos cincuenta y un (251) meses a trescientos sesenta (360) meses de prisión y multa de mil (1.000) a tres mil (3.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la deformidad afectare el rostro, la pena se aumentará hasta en una tercera parte.

deformidad o daño permanente, pérdida total o parcial, funcional o anatómica, habrá una pena mayor fundamentada en un mayor desvalor de resultado. De igual manera, si la deformidad llegase a afectar el rostro, habrá una mayor pena. Lo anterior, porque las lesiones con ácido, no sólo generan un daño irreversible, sino que excluyen a la víctima, en la mayoría de los casos mujeres⁵⁶, de la interacción social (mayor desvalor de resultado) más teniendo en cuenta que la mayoría de estas lesiones se realizan en el rostro.

Por último, quisiera aclarar que no hago referencia a las lesiones culposas consagradas en el Art. 120, porque considero que la violencia contra la mujer sólo se manifiesta en conductas dolosas. La violencia contra la mujer no es resultado de creación de un riesgo jurídicamente desaprobado a título de imprudencia, sino de una conducta intencional, en la que el autor conoce los elementos de la descripción típica y/o del agravante género específico (porque actúa motivado por una finalidad discriminatoria y jerarquizante) y quiere el resultado consagrado en las descripciones típicas.

Artículo 229 del CPcol – Violencia Intrafamiliar

Se había mencionado anteriormente que el maltrato requerido para la configuración de este tipo penal se puede realizar de dos maneras; física o psicológicamente. Ya habiendo hecho referencia al maltrato psicológico, la haré al maltrato físico como manifestación de la violencia contra la mujer.

El tipo penal establece que habrá violencia intrafamiliar si se maltrata físicamente a cualquier miembro del núcleo familiar y que la pena será agravada si el sujeto pasivo es una mujer. Igual que en el caso del maltrato psicológico, la subsidiaridad implica que el tipo penal aplica cuando la conducta de maltrato (en este caso físico) no constituya delito sancionado con pena mayor (algunos tipos de lesiones), aún agravando el tipo de violencia intrafamiliar (que tiene una pena de 72 a 168 meses). En caso de que la conducta constituya delito sancionado con pena mayor, aplicaría ese. Así las cosas, si la conducta de violencia intrafamiliar constituye algunas lesiones consagradas en el Art. 111 y estas generan hasta 90 días de incapacidad, aplicaría la violencia intrafamiliar, porque la pena de las lesiones de primer y segundo grado, consagradas en el 111 y agravadas por el art. 119 inciso 2 es menor que la de la violencia intrafamiliar agravada. La pena de las lesiones simples de primer grado agravadas es de 32 a 72 meses y la pena de las de segundo grado es de 32 a 108 meses. Pero si generan más de 90 días de incapacidad (lesiones

56 Según el Instituto Nacional de Medicina Legal entre 2004 y 2016 se registraron 1151 ataques con agentes químicos. El 54% de los ataques registrados entre 2004 y 2015 fueron contra mujeres.

simples de tercer grado), la aplicación de tipo penal dependerá de la pena que arroje el cálculo hecho por el juez, porque la pena agravada por el Art. 119 inciso 2, de estas lesiones, es de 64 a 180 meses. Lo mismo sucederá si el maltrato constituye: deformidad transitoria (pena agravada de 32 – 216 meses), deformidad permanente (pena agravada de 64 a 252 meses), deformidad transitoria en el rostro⁵⁷ (42.6 a 324 meses), o perturbación funcional transitoria (pena agravada de 64 a 252 meses).

Ahora bien, si el maltrato físico constituye deformidad permanente en el rostro (pena agravada de 85.2 – 378 meses), perturbación funcional permanente (pena agravada 96 a 288 meses), pérdida funcional (pena agravada de 192 – 360 meses) o pérdida anatómica (de 192 - 480 meses), se deben imputar las lesiones, cuales quieran que sean, y no la violencia intrafamiliar. Más si la pena de las lesiones se agrava por el inciso 2 del Art. 119.

La conducta consagrada en el Art. 116A (lesiones con ácido, agentes químicos y similares) constituye delito sancionado con pena mayor que la de la violencia intrafamiliar, aún sin ser agravado por el inciso 2 del Art 119. Ello, porque, como mencioné anteriormente este tipo penal sanciona el mayor desvalor de resultado que genera el lesionar con ácido; desvalor que evidentemente nunca quedaría cubierto por la violencia intrafamiliar.

Esto quiere decir que la aplicación de violencia intrafamiliar siempre va a ceder frente a la aplicación del Art. 116A.

No obstante lo anterior, la violencia intrafamiliar sanciona conductas de maltrato físico, que por no generar incapacidad médica para trabajar, no son típicas del delito de lesiones en ninguna de sus manifestaciones, tales como las bofetadas⁵⁸. Esto quiere decir que, a través del tipo penal de violencia intrafamiliar también se protege a la mujer de ese maltrato *menor*, que normalmente, es infligido por su cónyuge o compañero sentimental.

EXCURSO: Situaciones en las que el maltrato físico o psicológico contra la mujer es ejercido por el cónyuge o compañero permanente: ¿aplica la violencia intrafamiliar o las lesiones personales doblemente agravadas?

Como dije anteriormente, según el mismo art. 119, los agravantes del homicidio (art 104) aplican también para las lesiones personales dolosas, con un aumento punitivo de una tercera parte a la mitad. Así las cosas cuando la violencia de género se comete a través de alguna de la conductas consagradas en los artículos anteriormente analizados, y es realizada por su cónyuge o compañero, la pena

57 Las deformidades, bien sean transitorias o permanentes, tiene un incremento punitivo por ser en el rostro de una tercera parte a la mitad de las penas consagradas en el Art. 113.

58 ROA AVELLA, MARCELA. *Delitos contra la familia y violencia de género*. cit, p. 302.

debe ser agravada también por el art. 104.1 del CPcol, porque – además – se está afectando la unidad familiar (mayor desvalor de resultado). Estos casos constituyen violencia doméstica con un componente de violencia de género⁵⁹.

Estas situaciones no constituyen una violación al principio de *ne bis in idem*, porque el resultado desvalorado a través de la agravación punitiva consagrada en el Art. 119 inciso 2 es diferente al desvalorado a través de la circunstancia de agravación del art. 104.1. A través de la primera se desvalora la mayor afectación a la dignidad humana (mayor desvalor de resultado) y la finalidad o el móvil de discriminación por género (mayor desvalor de acción subjetivo) y a través de la segunda, la mayor afectación a la unidad familiar (mayor desvalor de resultado), que es objeto de protección en el ordenamiento jurídico colombiano. Por eso, en aras de una valoración completa del injusto, se deben aplicar ambos aumentos punitivos.

El problema en estos casos radica en que las conductas de lesiones psíquicas o físicas perpetradas por la pareja, en contra de la mujer, son también constitutivas de violencia intrafamiliar cuya aplicación, como ya se dijo, cede cuando hay delitos sancionados con pena mayor. Para saber qué tipo penal se debe imputar en estos casos hay que realizar (evidentemente sin dosificar) un cálculo similar al que realicé en el apartado anterior, pero agravando esas penas, además, por el Art. 104.1

Así, partiendo de la pena agravada por el inciso 2 del Art.119, las penas de las lesiones, agravadas de nuevo por el Art. 104.1, quedarían como sigue:

Lesiones simples (Art. 112)	
Primer grado	42.6 - 108 meses
Segundo grado	42.6 - 162 meses
Tercer grado	85.3 - 270 meses
Deformidades (Art. 113)	
Transitorias	42.6 - 324 meses
Permanentes	85.3 - 378 meses
Rostro	
Transitorias	56.7 - 486 meses
Permanentes	113.6 - 567 meses
Perturbaciones funcionales (Art. 114)	
Permanente	85.3 - 378 meses
Transitoria	128 - 432 meses
Pérdidas (Art. 115)	
Funcional	256 - 540 meses
Anatómica	356 - 720 meses

Fuente: Elaboración propia

59 Sobre la violencia doméstica como manifestación de violencia de género: *vid: JOHNSON, MICHAEL. "Domestic Violence: It's not about gender – Or is it?" en: Journal of Marriage and family. No. 67. 2005. pp. 1126-1130.*

En este caso, si las lesiones son de primer y segundo grado, aplica la violencia intrafamiliar, si son de tercer grado, deformidad transitoria o deformidad transitoria en el rostro, depende del cálculo que realice el juez y si son deformidades permanentes, bien sean o no en el rostro, perturbaciones funcionales permanentes y transitorias o pérdidas, aplicarán éstas siempre

3.2.3. “Daño o sufrimiento sexual: consecuencias que provienen de la acción consistente en obligar a una persona a mantener contacto sexualizado, físico o verbal, o a participar en otras interacciones sexuales mediante el uso de fuerza, intimidación, coerción, chantaje, soborno, manipulación, amenaza o cualquier otro mecanismo que anule o limite la voluntad personal. Igualmente, se considerará daño o sufrimiento sexual el hecho de que la persona agresora obligue a la agredida a realizar alguno de estos actos con terceras personas”. (Art. 3 literal c. de la Ley 1257 de 2008)

La definición dada por la Ley 1257 de 2008 cobija cualquier forma de interacción sexual que se le obligue a tener a la víctima. Este último elemento se evidencia cuando se dice que la interacción sexual se debe realizar por medio del uso de la fuerza, de amenazas, coerciones, chantajes etc. que anulen o limiten la voluntad de la persona; por ello se habla de ausencia de consentimiento. De igual manera, se amplía el concepto de *violencia* a la violencia moral, introduciendo la coerción, la manipulación, el chantaje, la amenaza etc., dentro de los medios para minar el consentimiento de la víctima y generar ese daño o sufrimiento sexual. Lo que implica que no sólo se puede violentar físicamente a una mujer para obligarla a mantener una interacción sexual determinada, sino que a través de la violencia moral también es posible hacerlo⁶⁰.

Por contacto sexualizado no consentido se entiende la violación, los actos sexuales violentos, y las situaciones en las que la víctima es puesta en incapacidad de resistir. Se habla también de contacto sexualizado verbal no consentido, que podría ser una manifestación del acoso sexual.

Por último se hace referencia a que este daño también se materializa cuando se le obliga a la agredida a mantener contacto sexualizado con una tercera persona. Este último fragmento de la definición abre claramente la posibilidad para sancionar a título de determinación, o incluso, de autoría mediata, si fuera el caso, a los perpetradores de este tipo de violencia. Sin embargo, la definición de daño o

60 Ahora bien, el sufrimiento se vería materializado en el momento en que la persona ya ha sido víctima del daño de índole sexual, por lo tanto creo que es un desacierto plantearlos como manifestaciones alternativas, ya que la violencia sexual siempre va a traer consigo un sufrimiento de la misma índole.

violencia sexual no parece contemplar las situaciones en que, si bien a la víctima no se le está obligando a mantener el contacto sexualizado, no se está haciendo nada por impedirlo o evitarlo. Por ejemplo, la madre que, sabiendo que su nuevo esposo violenta sexualmente de manera reiterada a su hija, no hace nada para impedirlo, asumiendo que la madre no es víctima de ningún tipo de violencia en su contra. En este caso esta madre tendría una posición de garante frente a la víctima a la luz del Art. 25 numeral 1 del CPcol y por ello estaría obligada a impedir que se realizara cualquier conducta que vulnere sus bienes jurídicos personalísimos. Considero que en este caso la violación a esa posición de garante configura una autoría de un delito de índole sexual (acceso carnal violento, actos sexuales violentos etc.) en modalidad de comisión por omisión⁶¹. Hipótesis que no contempla la Ley 1257, ya que como se mencionó anteriormente, la violencia sexual –para la definición dada– sólo se manifiesta en casos en que se le obliga a la persona a mantener el contacto sexualizado con uno mismo o con una tercera persona, más no cuando no se evita que la situación de violencia sexual se siga perpetrando en los casos en los que se tiene la obligación de hacerlo.

De la definición dada por el literal c. del Art. 3 de la ley 1257 de 2008, se desprende que la manifestación sexual de daño contra la mujer se da solamente en los casos en los que hay una violencia o fuerza, física o moral, que se utiliza para minar su voluntad (definición similar a la recogida por el Art. 212^a del CPcol). Así las cosas, quedarían excluidos de este tipo de violencia los delitos sexuales abusivos ya que, precisamente, para su configuración no media violencia, sino que se trata de conductas de aprovechamiento.

La estructura de los tipos penales que consagran los delitos sexuales en el Código Penal colombiano es muy clara: se distingue entre delitos sexuales violentos, entendidos como aquellos que son realizados sin el consentimiento del sujeto pasivo y en los que media la violencia, bien sea física o moral, y delitos sexuales abusivos, en los que el sujeto pasivo está en imposibilidad de dar su consentimiento, como es el caso del acceso carnal o acto sexual en persona en incapacidad de resistir (Art. 210 CPcol) o éste es inválido de pleno derecho⁶², como es el caso de los delitos sexuales abusivos con menores de catorce años (Arts. 208 y 209 del CPcol). En

61 Es importante recordar que para que haya responsabilidad penal a título de comisión por omisión u omisión impropia, el autor debe ostentar alguna de las posiciones de garante contempladas en el Art. 25 del Código Penal colombiano.

62 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación penal. Sentencia del 28 de marzo de 1966. G.J. T CXV. No 2280. Magistrado ponente: Eduardo Fernández Botero. p. 267. COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación penal. Sentencia 26 de noviembre de 2003. Magistrado ponente: Herman Galán Castellanos.

estas circunstancias “lo que se presume, es la incapacidad del menor de 14 años para determinarse a actuar libremente en el ejercicio de su sexualidad (...)”⁶³ y por ello, estas conductas sexuales solo se configuran cuando el sujeto pasivo da su consentimiento para la interacción sexual. Es decir, no se trata de que el menor no consienta, sino que el hecho de que consienta es irrelevante penalmente hablando⁶⁴.

En este punto es importante aclarar que las modalidades abusivas con menor de 14 años (delitos consagrados en los Arts. 208 y 209) no son tipos especiales frente a los violentos. De hecho, son tipos excluyentes. Un o una menor de 14 años puede ser víctima de un delito sexual violento, porque lo que se presume inválido es el consentimiento para avalar la relación más no la capacidad para negarse a una relación en la que medie violencia⁶⁵. En este orden de ideas, cuando la menor de 14 años accede a mantener la relación sexual, su consentimiento es inválido, configurándose un delito sexual de índole abusivo⁶⁶, pero cuando la menor de 14 años es violentada para mantener algún tipo de contacto sexualizado, se constituye un delito sexual de índole violento que, además, es agravado por el Art. 211.4 del CPcol.

Como se mencionó anteriormente, lo que se sanciona a través de estos tipos penales es entonces que el sujeto activo se aprovecha del pasivo. En la hipótesis del Art 210, se da un aprovechamiento de la situación de incapacidad para resistir en la que ya está la víctima, bien sea porque se encuentra inconsciente (dormida, por ejemplo), porque padece de un trastorno mental que le impide entender lo que está sucediendo o que se encuentre demasiado ebria o drogada y esto le genere una imposibilidad de resistirse (o de consentir) el contacto de índole sexual. Es importante aclarar que hay un aprovechamiento porque la víctima ya se encuentra en esta situación y el sujeto activo se vale de ello para realizar la conducta punible⁶⁷. Así, en palabras de la Corte Suprema de Justicia, a través de este tipo de

63 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 25 de febrero de 2004. Rad. 21710. Magistrado ponente: Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

64 CORREA FLÓREZ, MARÍA CAMILA. “Dos problemáticas a la hora de realizar la imputación de los delitos sexuales: algunos apuntes” en *Estudios críticos de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Tomo 2.* (R. Posada Maya, F. Velásquez Velásquez y M.C. Correa Flórez Coords.) Bogotá. Grupo editorial Ibañez –Ediciones Uniandes, 2015. p. 44.

65 CORREA FLÓREZ, MARÍA CAMILA. “Dos problemáticas a la hora de realizar la imputación de los delitos sexuales: algunos apuntes”, cit. pp. 45 y 46

66 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 8 de septiembre de 1961. GJ. T. XCVII. Nos. 2246, 2247 2248 y 2249. Magistrado ponente: Primitivo Vergara Crespo. p. 302.: “basta con que se compruebe que se realizó un acceso carnal en un menor de catorce años para que el delito de violencia carnal tenga existencia legal (...) aunque la víctima del delito realmente hubiera prestado su consentimiento.”

67 Situación diferente es aquella en la que el sujeto pasivo pone a la víctima en incapacidad de resistir. En estos casos se configura el delito tipificado en el Art. 207 del CPCol.

conductas se protege “el indebido aprovechamiento de las especiales condiciones y circunstancias en que se encuentra la víctima, que ponen en evidencia su incapacidad o imposibilidad para dar el asentimiento sexual o para la comprensión del acto en sí mismo, puesto que el agresor se aprovecha de la inferioridad de aquella para realizar la agresión sexual”⁶⁸.

Por su parte, en el caso de las hipótesis contenidas en los Arts 208 y 209 hay un aprovechamiento de la edad de la víctima y la conducta sexual vulnera su correcto desarrollo. Se protege a los menores de 14 años de interferencias extemporáneas en su desarrollo sexual⁶⁹.

Es precisamente por todo lo expuesto que afirmó que estas modalidades abusivas no están comprendidas dentro de la definición de daño o sufrimiento sexual dada por la Ley 1257. En estas situaciones no se está obligando a la persona a mantener contacto sexualizado físico, por medio de fuerza, intimidación, coerción, chantaje, soborno o manipulación, ni por medio de ningún otro mecanismo que anule o mine su voluntad.

Una vez dicho lo anterior, pasaré entonces a explicar la configuración, los elementos constitutivos y las particularidades de los tipos penales que sancionan el daño sexual al que hace referencia el literal c. Del Art. 3 de la Ley 1257 de 2008, es decir, los delitos sexuales violentos consagrados en los Arts. 205, 206 y 210 del CPcol.

Todos estos tipos requieren, para su configuración, que la violencia sea utilizada como medio para minar el consentimiento de la víctima⁷⁰. El elemento violencia se constituye como una remisión normativa intrapenal; así el Art. 212A del CPcol define qué se entiende por violencia (para efectos de los delitos sexuales violentos) y establece que, para la configuración del requisito típico, esta violencia puede ser física o moral:

*(...) se entenderá por violencia: el uso de la fuerza; la amenaza del uso de la fuerza; la coacción física o psicológica, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación; la detención ilegal; la opresión psicológica; el abuso de poder; la utilización de entornos de coacción y circunstancias similares que impidan a la víctima dar su libre consentimiento.*⁷¹

68 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sala de Casación penal. Sentencia del 7 de septiembre de 2005. Rad. 18455. Magistrado ponente: José Luis Quintero Milanés.

69 RAMON RIBAS, EDUARDO. *Minoría de edad, sexo y derecho penal*. Pamplona. Thomson Reuters, Aranzandi, 2013. p. 22. Al respecto: *vid*:

70 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 23 de agosto de 1976. G.J.: T. CLII. Num. 2393. Magistrado ponente: Jesús Bernal Pinzón. p. 516. Esta corporación deja claro, ya desde los años 70, que la violencia no debe anular la voluntad de la víctima, sino que basta – para la configuración de este requisito típico – que ésta se coartada.

71 Sobre la evolución doctrinal y jurisprudencial del concepto de violencia: *vid*.: CORREA FLÓREZ, MARÍA

Por otra parte, para la configuración de los delitos sexuales violentos se ha exigido la existencia de un elemento subjetivo diferente al dolo, como lo es el ánimo libidinoso del autor. Esto implicaría que quien no busca satisfacción sexual, no sería considerado autor de un delito de esta índole⁷². Respecto a esto, un sector doctrinal, cuya opinión comparto, ha sostenido que este "(...) elemento siempre perturbador y de difícil prueba (...)" no se debe exigir, en la medida en que "(...) el acento en la descripción típica no está en que se trata de una agresión de carácter finalmente sexual (elemento en el que podía ampararse la exigencia de un especial ánimo) (...) sino en que debe concurrir un atentado contra la libertad sexual, que parece más desvinculado del carácter de la motivación sexual del autor."⁷³. Es decir, se trata de que se vulnere el bien jurídico protegido (antijuridicidad material), desvinculando su vulneración del ánimo del autor.

Artículo 205 del Código Penal colombiano

Este artículo consagra el acceso carnal violento, como sigue:

El que realice acceso carnal con otra persona mediante violencia, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años.

La definición de acceso carnal violento está dada por el Art. 212⁷⁴, por lo que el Art. 205 del CPcol se constituye como un tipo penal con elemento normativo intrapenal. El art. 212 amplía el concepto de violación a prácticas de sexo oral e introducción de objetos u otras partes del cuerpo, diferentes al pene, por la vía

CAMILA. "Evolución jurisprudencial, doctrinal y normativa de los delitos de acceso carnal violento y abusivo con menor de catorce años en Colombia: especial referencia a la figura del consentimiento" en: *Gaceta Judicial: 130 años de historia jurisprudencial colombiana (1887 -2017)*. (M. Castro de Cifuentes. Coord.). Bogotá. Temis, 2017. pp. 51 -74.

Sobre el concepto de violencia en el CP colombiano: *vid*: VARGAS MENDOZA, LIGIA. "La violencia en el acceso carnal" en *Estudios críticos de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*. Tomo 6. (R. Posada, F. Velásquez y M.C. Correa Coords.). Bogotá. Grupo Editorial Ibañez – Ediciones Uniandes, 2017. pp. 51 -79.

72 Al respecto: *vid*.: ASÚA BATARRITA, ADELA. "El significado de la violencia sexual contra las mujeres y la reformulación de la tutela penal en este ámbito. Inercias jurisprudenciales.". En: *Género, violencia y derecho*. (P. Laurenzo, M.L. Maqueda y A. Rubio. Coords.). Buenos Aires. Editores del Puerto, 2009. pp 125 -128.

73 CANCIO MELIÁ, MANUEL. "Los delitos contra la libertad, la integridad y formación sexuales en el nuevo Código Penal colombiano" en: *Revista de Derecho Penal y Criminología*. No. 70. *Universidad Externado de Colombia*, 2000. Consultado en línea: http://portal.uexternado.edu.co/pdf/5_derechoPenalyCriminologia/numero70/manuelCancio.pdf. p. 74.

74 Artículo. 212. Para los efectos de las conductas descritas en los capítulos anteriores, se entenderá por acceso carnal la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto.

vaginal⁷⁵ o anal de la víctima. De igual manera permite que las conductas se desplieguen en contra de mujeres o de hombres y sean perpetradas por mujeres y por hombres⁷⁶.

Tradicionalmente se ha dicho que para que se configure un acceso carnal por vía vaginal u anal, cuando se realice con un objeto, este debe ser asimilable al falo⁷⁷. Es decir, que si, por ejemplo, a una mujer se le introduce una espada por vía vaginal, no habría acceso carnal violento. No comparto en lo absoluto esta posición por dos razones: la primera, que asimilar los objetos al falo implica afirmar que solo los hombres pueden ser sujetos activos del delito de acceso carnal, contrariando la definición dada en el Art. 212 y generando una heteronormativización que ya ha sido superada; y la segunda porque se le deja el significado sexual de la conducta al objeto con que se realiza la acción, cuando en realidad el significado sexual se lo da la vulneración al bien jurídico libertad sexual⁷⁸. Entender que existe algo tal como objetos idóneos para violar implica afirmar que, en algunos casos, no habría antijuridicidad material, porque cuando el objeto no es idóneo, no se vulneraría el bien jurídico.

La violencia como modalidad comisiva (en el sentido del Ar. 212A, antes explicado) puede ser constitutiva de otras conductas delictivas. Así, la violencia física puede traducirse en la comisión de unas lesiones personales contra el cuerpo o la salud y la violencia psíquica en la comisión de unas lesiones psíquicas (violencia psicológica directa) o, como mínimo, en la comisión de un constreñimiento ilegal. Este último delito al ser subsidiario, nunca concursará con el acceso carnal violento, sin embargo si las lesiones (bien sean físicas o psíquicas) exceden el mínimo necesario para minar la voluntad de la víctima, habrá un concurso ideal con un delito de lesiones personales.

El entender la violencia como medio para vencer la voluntad de la víctima, hace aún más evidente el hecho de que éste no se puede presumir en ningún momento.

75 Para un detallado análisis respecto a qué se entiende por vía vaginal: *vid.*: Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 22 de marzo de 2017. Rad. 44441. Magistrado ponente: José Luis Barceló Camacho.

76 CORREA FLÓREZ, MARÍA CAMILA. “Dos problemáticas a la hora de realizar la imputación de los delitos sexuales: algunos apuntes”, cit, pp. 37 y 38.

77 Así: *vid.*: SUÁREZ-MIRA RODRIGUEZ, CARLOS. (Coord.). *Manual de derecho Penal. Tomo II: Parte Especial*. Sexta edición, Civitas- Thomson Reuters. Pamplona, 2011. p. 158. “ (...) será un objeto todo cuerpo sólido que por su tamaño y forma idónea resulte igualmente apto para la introducción por dichas vías, en cierto modo como un sustitutivo del órgano genital masculino, y que además sea adecuado para dar un significado sexual al hecho de su introducción”.

78 Para una ampliación de mi posición al respecto: *vid.*: CORREA FLÓREZ, MARÍA CAMILA. “Dos problemáticas a la hora de realizar la imputación de los delitos sexuales: algunos apuntes” pp. 38-40.

Así, el hecho de que la víctima tenga o haya tenido una relación sentimental o análoga con el agresor, no implica que ésta haya dado su consentimiento para la relación o el contacto sexualizado⁷⁹. En este punto es importante aclarar que la mayoría de mujeres víctimas de violencia sexual son agredidas por sus cónyuges o compañeros, ex parejas, personas cercanas o por personas en las que han depositado su confianza⁸⁰ y estas circunstancias, lejos de servir de base para presumir la existencia del consentimiento, configuran una agravación punitiva, según lo establecido por los numerales 2 y 5 del Art. 211 del CPcol⁸¹.

Por otra parte, el hecho de que la víctima haya accedido a tener algún contacto sexual o físico de índole erótico con el agresor previamente⁸², la forma en que vestía en el momento de la agresión, o su pasado sentimental, sexual o romántico, tampoco constituyen elementos *probatorios* para fundamentar la configuración del consentimiento. En la misma línea, tampoco se requiere que entre víctima y agresor exista una lucha constante o que la víctima muestre claras manifestaciones de repulsión, para que se configure la ausencia de consentimiento, como lo afirma alguna doctrina⁸³ y alguna despistada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia⁸⁴.

79 Así lo ha establecido la Corte Constitucional colombiana. Al respecto: *vid.*; COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIA C285/97. Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz. En esta línea: cfr.: Cancio Meliá, Manuel. “Los delitos contra la libertad, la integridad y formación sexuales en el nuevo Código Penal colombiano”, cit. p. 71.

80 KOSS, MARY P. *No save haven: Male violence against women at home, at work and in the community*, cit.p. 12.

81 Respecto a la aplicación de estos dos agravantes: *vid.* CORREA FLÓREZ, MARÍA CAMILA. “Dos problemáticas a la hora de realizar la imputación de los delitos sexuales: algunos apuntes”, cit, pp. 28 -35.

82 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIA C-285 de 1997. Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz. “(...) el bien jurídico protegido con la sanción de los delitos de acceso y acto carnal violentos es la libertad sexual y la dignidad de la persona; tales bienes jurídicos no pueden entenderse disminuidos por la existencia de un vínculo matrimonial, de hecho o por el simple conocimiento sexual anterior.”.

83 Así por ejemplo, PÉREZ, LUIS CARLOS. *Derecho Penal colombiano. Parte especial*. Volumen II. Bogotá. Temis, 1957. p. 331. “(...) la repulsión de la víctima debe mantenerse hasta el final.” BARRERA DOMINGUEZ, HUMBERTO. *Delitos sexuales*. Segunda edición. Bogotá. Ediciones librería del profesional, 1987. p. 82. “Para que exista violencia física constitutiva del delito examinado es menester que la víctima haya opuesto una resistencia seria y continuada”.

84 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 13 de mayo de 2009. Rad. 29308. Magistrado ponente: José Leónidas Bustos. “(...) la violencia que se predica en la actuación del procesado se evapora frente a la regla de la experiencia que supone la acción beligerante, o por lo menos defensiva o evasiva de la persona que está a portas de ser agredida sexualmente (...) entre agresor y agredido debe mediar una lucha (...)”. Para una crítica completa a esta sentencia y una exposición de los salvamentos de voto de la misma: *vid.*: CORREA FLÓREZ, MARÍA CAMILA. “Evolución jurisprudencial, doctrinal y normativa de los delitos de acceso carnal violento y abusivo con menor de catorce años en Colombia: especial referencia a la figura del consentimiento”, cit. pp. 68 -70.

No sobra aclarar que esta nunca ha sido la posición de la jurisprudencia de la Corte Suprema

Artículo 206 del Código Penal colombiano

El que realice en otra persona acto sexual diverso al acceso carnal mediante violencia, incurrirá en prisión de ocho (8) a dieciséis (16) años.

Este tipo penal se configura cuando se realiza cualquier acto con contenido sexual, que no constituya acceso carnal en el sentido del Art. 212. Evidentemente la conducta que aquí se sanciona es otra manifestación del contacto sexualizado no consentido al que hace referencia el Art. 3 de la Ley 1257 de 2008 .

Para la configuración de este tipo penal también es necesario que medie la violencia (Art. 212A) y que no se de el consentimiento del sujeto pasivo. Respecto a la violencia y al consentimiento, aplican las mismas consideraciones hechas sobre el acceso carnal violento.

Para la total comprensión de la configuración de este tipo penal, lo realmente importante es determinar qué constituye contacto físico sexualizado. Es claro que los rozamientos con el miembro viril, los besos y los cunnilingus⁸⁵ no consentidos, equivalen a un contacto físico sexualizado y, por tanto, son actos sexuales violentos, al igual que los tocamientos o rozamientos en los senos, genitales y glúteos, que se consideran zonas erógenas.

Hasta este punto parece haber claridad sobre qué conductas constituyen acto sexual violento. Sin embargo existe una situación fáctica que ha sido tema de debate tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia: aquella en las que los tocamientos se dan de manera sorpresiva. Ejemplo clásico de ello son los casos en los que se le toca un glúteo (o cualquier otra zona considerada erógena) a una persona en el transporte público o en la calle. Casos en los que, por demás, las víctimas normalmente son mujeres.

de Justicia. Ya desde los años 60, esta Corporación afirmaba que no se requería lucha para que se configurara el tipo pena de acceso carnal violento. Así: *vid.*: Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 26 de julio de 1960. G.J. T. XCIII. Nos. 2329-2329. Magistrado ponente: Gustavo Rendón Gaviria. pp. 449 y 250. "Aunque fuera dado admitir que ya para la consumación misma del acceso o de los accesos carnales [la víctima] no prestó resistencia y pasivamente soportó los sucesivos atropellos sexuales (...) no por ello cabría hablar de la inexistencia del delito por desintegración de sus elementos constitutivos, ya que la pasividad de la ofendida, o mejor, su resignación, si la hubo, no destruye la lógica inferencia de que su conducta fue la resultante de la inhibición y del temor, por los antecedentes inmediatos de violencia y su natural presunción de que la resistencia, a más de inútil, tenía que ser temeraria."

85 Para una acertada crítica al hecho de considerar el *cunnilingus* como acto sexual y no como forma de acceso carnal: *vid.*: SILVA, CYNTHIA Y LLAJA, JEANNETE. "La tipificación de los delitos contra la libertad sexual en Sudamérica" en: *Género y justicia penal*. (J. Di Corleto. Compiladora.). Buenos Aires. Ediciones Didot, 2017. p. 155. Estas autoras sostienen que entender la realización de un *cunnilingus* no consentido como un acto sexual violento, es decir, darle un menor rango de gravedad que el del acceso carnal, evidencia "un entendimiento de la libertad sexual y su protección desde una perspectiva eminentemente masculina y fálica", porque desconoce que el resultado de esta conducta es el mismo de aquellas que se consideran acceso carnal.

La Corte Suprema de Justicia, en su conocida Sentencia del 26 de octubre de 2006, decisión que ha sentado precedente y ha llevado a que en casos similares se siga su argumentación y su incorrecta propuesta de imputación, estableció que en estas situaciones no se configura acto sexual violento porque el acto sorpresivo no es un acto violento. En el caso objeto de estudio de la Corte, un hombre en bicicleta pasa por el lado de una desprevenida transeúnte y le toca los glúteos.

La Corporación fundamentó la ausencia de violencia, por ende la no tipificación de estas conductas como actos sexuales violentos, en el hecho de que "ante una actuación sorpresiva no existe ninguna posibilidad de lucha, de respuesta o reacción"⁸⁶, concluyendo que estos casos constituyen una injuria por vía de hecho (Art. 226 del Cpol); es decir, un atentado contra la integridad moral, un insulto por medios físicos y no orales.

No comparto esta opinión por dos razones. En primer lugar, porque se utiliza la ausencia de posibilidad de defensa y de lucha, como argumento para negar la violencia, ignorando que se ha establecido, por vía jurisprudencial, que no se requiere que la víctima se defienda o luche, para que se pueda hablar de violencia y, por ende, de ausencia de consentimiento. Y en segundo lugar, porque -como ya lo he sostenido en otras oportunidades⁸⁷-, el ataque sorpresivo implica obligar a la víctima, que por la propia modalidad sorpresiva del ataque no tiene oportunidad de defenderse, a tolerar una intromisión en su espacio personal. Esto constituye una forma clara de constreñimiento⁸⁸ que, a su vez, es una forma de violencia en su manifestación de coerción física y/o psicológica, consagrada como tal en el Art. 212A. Así, el ataque sorpresivo violento impide que la víctima dé (o no) su consentimiento, porque no tiene oportunidad de reaccionar. Entonces, si hay tocamientos en zonas consideradas erógenas y la violencia se utiliza para impedir la aquiescencia del sujeto pasivo, hay un acto sexual violento.

Artículo 207 del Código Penal colombiano

El que realice acceso carnal con persona a la cual haya puesto en incapacidad de resistir o en estado de inconsciencia, o en condiciones de inferioridad síquica que le impidan comprender la relación sexual o dar su consentimiento, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años.

86 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 26 de octubre de 2006. Rad. 25743. Magistrado ponente: Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

87 CORREA FLÓREZ, MARÍA CAMILA. "Dos problemáticas a la hora de realizar la imputación de los delitos sexuales: algunos apuntes". cit, p. 47.

88 No se configura un constreñimiento ilegal. Hay un concurso ideal que se soluciona por el principio de subsidiariedad absoluta.

Si se ejecuta acto sexual diverso del acceso carnal, la pena será de ocho (8) a dieciséis (16) años.

Este tipo penal consagra el acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir. Hay dos modalidades comisivas: la primera, realizando acceso carnal (en el sentido del Art. 212) o, la segunda, por medio de un acto sexual, en el sentido antes explicado.

La diferencia con las conductas consagradas en los Arts. 205 y 206 es que, en este caso, el sujeto pasivo debe poner a la víctima en una situación que le impida comprender la relación sexual y dar su consentimiento para la misma, es decir, en incapacidad de resistir⁸⁹. La violencia entonces se da en el momento en que el sujeto activo pone a la víctima en una situación de incapacidad, anulando la voluntad de la víctima, configurándose así una modalidad de daño sexual, contemplada en Art. 3 de la Ley 1257 de 2008.

Artículo 210 A del Código Penal colombiano

El que en beneficio suyo o de un tercero y valiéndose de su superioridad manifiesta o relaciones de autoridad o de poder, edad, sexo, posición laboral, social, familiar o económica, acose, persiga, hostigue o asedie física o verbalmente, con fines sexuales no consentidos, a otra persona, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

Existen dos tipos de acoso sexual, a saber, acoso sexual vertical y acoso sexual horizontal. El primero tiene lugar en situaciones donde no existe una relación de poder entre víctima y victimario⁹⁰, mientras que el segundo se da cuando el agresor se vale de la relación de poder existente entre él y la víctima; teniendo el agresor en estos casos, como es evidente, la posición *privilegiada* de poder⁹¹.

El delito de acoso sexual es introducido al CPcol por la ley 1257 de 2008 y sanciona únicamente el acoso sexual en su manifestación vertical, que se configura cuando el sujeto activo “en beneficio suyo o de un tercero” se valga de a.) su superioridad manifiesta o b.) relaciones de autoridad o de poder por edad, sexo, posición laboral, social, familiar o económica, para asediar u hostigar, a otra persona, con fines sexuales no consentidos por esta.

89 Al respecto: *vid.*: TORRES, WILLIAM. “Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales” en: *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 828.

90 CANCIO MELIÁ, MANUEL. “ACOSO Sexual” en *Memento práctico. Penal económico y de la empresa*. Madrid. Francis Lefebvre, 2011. p. 332.

91 CANCIO MELIÁ, MANUEL. “ACOSO Sexual” en *Memento práctico. Penal económico y de la empresa*. cit. p. 334.

En ambas hipótesis el sujeto activo se encuentra en una situación de superioridad, en términos de poder, frente al pasivo. Así, hay una relación de poder *en abstracto* entre una persona de más edad que otra, entre el jefe y una subalterna, entre un sujeto al que se le ha dado un cierto estatus social, por ejemplo por el cargo que desempeña, entre un tío y su sobrina o entre una persona que tiene más dinero que otra. Es importante aclarar que esta posición de poder es relevante para la configuración del tipo cuando, a raíz del poder *en abstracto* que tiene el sujeto activo, el sujeto pasivo tiene motivos suficientes para creer que una negativa frente a los hostigamientos o los asedios de los que está siendo víctima puede generarle algún tipo de problema o consecuencia negativa⁹². Así, ese poder *en abstracto* se convierte en un poder *en concreto* (sobre el sujeto pasivo) que es al que hace referencia el tipo penal.

Los asedios u hostigamientos deben constituir “conductas de tono sexual tal como contactos físicos e insinuaciones, observaciones de tipo sexual, exhibición de pornografía y exigencias sexuales, ya sean verbales o de hecho.”⁹³; pero cuando esos asedios u hostigamientos son tocamientos u rozamientos en zonas erógenas, se configura un acto sexual violento del Art. 206 que, en estos casos, aplicaría por principio de especialidad, frente al tipo penal de acoso.

Este tipo penal, al ser introducido por la misma ley que plantea las tipologías de daño contra la mujer, es un reflejo claro de daño sexual, por, al menos, dos razones a saber: la primera, porque protege a la mujer de cualquier conducta de orden sexual, diferente de acceso carnal o acto sexual, que sea obligada a realizar por medio de coacción o chantaje y la segunda, porque la está protegiendo de esas relaciones desiguales de dominio-subordinación de la que ha sido víctima a lo largo de la historia.

Ahora bien, como el acoso horizontal no está sancionado por el tipo penal en cuestión, lo único que se podría imputar en estos casos es un delito de constreñimiento ilegal, ya que se le obliga a la víctima a tolerar o a hacer (o no) ciertas cosas.

Dentro del contexto de discriminación y subordinación, la violencia sexual en contra de la mujer se erige como una forma de instrumentalización del cuerpo femenino. El agresor, al forzar a la víctima a mantener un contacto sexualizado está ignorando el hecho de que la mujer es titular de derechos como la autonomía y la libertad. Por eso es que a través de la violencia sexual se atenta contra estos derechos y se reafirma la idea de que la mujer tiene un rol de complacencia frente

92 Recomendación general No. 19 del Comité de la CEDAW del 29 de enero de 1992.

93 Recomendación general No. 19 del Comité de la CEDAW del 29 de enero de 1992.

al hombre. Este tipo de violencia es una de las manifestaciones más claras de violencia de género⁹⁴, porque es una práctica que refleja y expresa el poder que tiene el hombre, frente a la mujer, en la sociedad⁹⁵: el hombre tiene el poder de reducir el cuerpo femenino, y por tanto a la mujer, a un mero objeto carente de derechos y esto es una forma clara de discriminación que es un ataque contra la dignidad.⁹⁶ Pero, ¿todo esto es sancionado a través de los diferentes tipos penales antes explicados? La respuesta a este interrogante es negativa. Los delitos sexuales violentos solamente sancionan el atentado contra la autonomía y la libertad sexual de la mujer, pero no sancionan la subordinación y la discriminación de la que es víctima cuando el agresor, a través de la agresión misma, instrumentaliza su cuerpo. Esta discriminación por género (“por el hecho de ser mujer”) quedaría sancionada si, siempre que se configuran delitos sexuales violentos en contra de una mujer, se aplica la circunstancia de mayor punibilidad contenida en el Art. 58.3 del CPcol, sancionándose así ese mayor desvalor de resultado que resulta de mancillar la dignidad a través de la discriminación y el mayor desvalor de acción subjetivo que se configura al realizar la conducta con una finalidad o con un motivo discriminatorio (violencia jerárquica).

3.2.4. “Daño patrimonial: pérdida, transformación, sustracción, destrucción, retención o distracción de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores, o derechos económicos destinados a satisfacer las necesidades de la mujer.” (Art. 3 literal d. de la Ley 1257 de 2008)

Por daño patrimonial o violencia económica se entiende cualquier menoscabo económico que afecte el patrimonio de la víctima. Como modalidad de violencia de género, este menoscabo se puede manifestar de dos maneras. En primer lugar, a través de cargas económicas extras que se le generen a la mujer, que ella no tenga el deber de afrontar. Dichas cargas se pueden generar a por una pérdida, apoderamiento, sustracción, destrucción, retención o distracción de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores o derechos económicos que estén

94 Para un acertada y muy juiciosa construcción argumentativa sobre la violencia sexual como manifestación innegable de violencia contra la mujer: *vid.*: Colombia. Juzgado 35 penal del circuito con funciones de conocimiento de Bogotá. Sentencia del 29 de marzo de 2017. Rad. 1100160000028201603772 NI 281049. Juez: Liliana Patricia Bernal Moreno.

95 Así, *vid.*: MACKINNON, CATHARINE. “Sexuality, Pornography, and Method: Pleasure under Patriarchy” en *Ethics*. Vol 99, 1989. p. 315.

96 ASÚA BATARRITA, ADELA. “El significado de la violencia sexual contra las mujeres y la reformulación de la tutela penal en este ámbito. Inercias jurisprudenciales.”, *cit.*, p 133.

destinados a satisfacer sus necesidades; es decir, destinados a su subsistencia. Y en segundo lugar, a través de conductas dirigidas a menoscabar directamente su patrimonio, con la finalidad de controlarla y disminuir su capacidad y libertad económica⁹⁷. Ello se da normalmente en relaciones de pareja, donde “el hombre utiliza su poder económico para controlar las decisiones y proyecto de vida de su pareja. Es una forma de violencia donde el abusador controla todo lo que ingresa al patrimonio común, sin importarle quién lo haya ganado. Manipula el dinero, dirige y normalmente en él radica la titularidad de todos los bienes.”⁹⁸.

A mi juicio, el CPcol consagra – al menos – dos delitos que sancionan distintas formas de violencia económica, sin perjuicio de que hayan otras hipótesis que puedan ser sancionadas por otros delitos contra el patrimonio económico.

Artículo 233 del Código Penal colombiano – Inasistencia alimentaria

El que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante, adoptivo, cónyuge o compañero o compañera permanente, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena será de prisión de treinta y dos (32) a setenta y dos (72) meses y multa de veinte (20) a treinta y siete punto cinco (37.5) salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando la inasistencia alimentaria se cometa contra un menor.

Este tipo penal consagra la Inasistencia Alimentaria, que se configura cuando el sujeto activo se sustrae –sin justa causa- de prestarle alimentos⁹⁹ a aquellos a quienes los debe, a saber ascendientes, descendientes, adoptante, adoptivo, cónyuge o compañero o compañera permanente.

Según el Art. 413 del Código Civil colombiano, los alimentos se dividen en congruos y necesarios. Los primeros son aquellos “que habilitan al alimentado para

97 MARK, HEIKE, *Häusliche Gewalt gegen Frauen. Ergebnisse einer Befragung niedergelassener Ärztinnen und Ärzte*, cit. p. 14.

98 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T012/2016. Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

99 Al respecto: COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-156 de 2003. Magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett. “Según el artículo 413 del CC. El derecho de alimentos es aquél que le asiste a una persona para reclamar de quien está obligado legalmente a darlos, lo necesario para su subsistencia cuando no está en capacidad de procurársela por sus propios medios. La obligación alimentaria está entonces en cabeza de la persona que, por mandato legal, debe sacrificar parte de su propiedad con el fin de garantizar la supervivencia y desarrollo del acreedor de los alimentos.”

subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social” y los segundos “los que le dan lo que basta para sustentar la vida”. Tradicionalmente se ha dicho que los alimentos a los que hace referencia el tipo penal objeto de análisis, son los necesarios. Sin embargo, cuando el sujeto pasivo del delito sea un menor de edad, se debe seguir la definición de alimentos establecida por el Art. 24 del Código de la infancia y la adolescencia (Ley 1098 de 2006): “Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación o instrucción y, en general, todo lo que es necesario para el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes. Los alimentos comprenden la obligación de proporcionar a la madre los gastos de embarazo y parto.”. Esto implica, a mi juicio, que cuando los alimentos se le deben a un menor de edad, la obligación del alimentante es mayor¹⁰⁰.

El tipo establece que la sustracción de la prestación de alimentos debe realizarse sin justa causa; esto quiere decir que, si quien está obligado a prestarlos, no puede hacerlo porque no tiene los medios económicos, no se configura el tipo penal¹⁰¹.

Considero que en este tipo penal sanciona la primera modalidad, expuesta anteriormente, de violencia económica o daño patrimonial contra la mujer (generarle cargas económicas extras) que se puede manifestar de dos maneras. La primera, cuando el cónyuge o compañero permanente se sustrae de la obligación para con su compañera y hay una retención de bienes, valores o derechos económicos, necesarios para la subsistencia de la mujer, que le obliga a asumir una carga económica o patrimonial, que no tiene el deber de asumir. Y la segunda, cuando el padre de familia se sustrae de la obligación para con sus hijos e hijas. En esta hipótesis, si bien el sujeto pasivo es el hijo menor de edad, la carga patrimonial desmedida, se da en cabeza de la mujer madre de familia, quien debe asumir la parte de los alimentos de sus hijos, que no tiene el deber de costear. Esto constituye una evidente violación la igualdad que debe existir entre padre y madre, frente a la manutención y crianza de los hijos¹⁰². En estos casos el sujeto pasivo del tipo penal no es la mujer pero es

100 En la misma línea: *vid.*: FERRO TORRES, JUAN GUILLERMO. “Delitos contra la familia” en *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 510.

101 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-502 de 1992. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero. COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 19 de enero de 2006. Rad. 21023. Magistrado ponente: Álvaro Orlando Pérez Pinzón. Colombia. Tribunal superior del Distrito judicial de Bogotá. Sentencia del 28 de febrero de 2017. Rad. 110016000026201101074. Magistrada ponente: María Judith Durán Calderón.

102 COLOMBIA CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-125 de 1996. Magistrado ponente: Jorge Arango Mejía y Sentencia C-016 de 2004. Magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis

quien, acarrea de manera directa, las consecuencias económicas y quien, por ende, es víctima de la violencia patrimonial.

Artículo 239 del Código Penal

El que se apodere de una cosa mueble ajena, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento ocho (108) meses.

Ahora, un ejemplo de la segunda modalidad de violencia económica (menoscabo directo al patrimonio) se puede configurar cuando el cónyuge o compañero se apodera del dinero, que mensualmente gana la mujer, con la finalidad que no pueda acceder a éste y por ende no tenga una libertad económica. En estos casos, creo yo, se puede configurar un delito de hurto (Art. 239 del CPcol). El sujeto activo, en efecto, se apodera de un bien mueble ajeno (el salario devengado por la mujer), cumpliéndose así con el verbo rector del tipo penal. Ahora, el elemento subjetivo diferente al dolo que consagra este tipo penal, a saber, el propósito de obtener provecho, se entiende como “la intención de obtener cualquier tipo de ventaja o beneficio patrimonial”¹⁰³, que se configura en estos casos, porque en el momento en el que se apodera del sueldo de la mujer, ese dinero entra en su patrimonio económico y se obtiene un beneficio de índole patrimonial. Es importante aclarar que para que se configure el delito no es necesario que se obtenga el provecho, el mero propósito de obtenerlo es suficiente.

Normalmente el sujeto activo violenta física o psicológicamente a la mujer para que le entregue el dinero que ha obtenido. Ello posibilita, a mi juicio la aplicación del calificante del hurto por violencia sobre las personas (Art. 240 del CPcol).

Ahora bien, cuando el hombre hurta el salario de su pareja lo hace con la finalidad de coartarle su libertad económica. Impedirle la libertad económica a una mujer es una manera de subordinarla. Esta violencia económica es una manifestación de violencia jerárquica y discriminatoria en contra de la mujer, es decir, de violencia de género. Sin embargo, hasta ahora, ni el tipo penal de hurto, ni el calificante, sancionan este ataque contra su dignidad y esta finalidad discriminatoria. Por ello, en aras de una íntegra valoración del injusto, considero que se debe aplicar la circunstancia de mayor punibilidad consagrada en el Art. 58.3 del CPcol¹⁰⁴.

103 SUAREZ SÁNCHEZ, ALBERTO. “Delitos contra el patrimonio económico” en: *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. p. 783.

104 Todo lo planteado en este apartado es también autoría de mis estudiantes de la clase de Derecho Penal y Género. De no ser por las largas discusiones en clase, sobre la violencia económica contra las mujeres, habría sido imposible desarrollar estas ideas.

4. Comentario final

Como ha quedado establecido, la ley penal colombiana sanciona todas las formas de violencia contra la mujer consagradas en la Ley 1257 de 2008. Esto quiere decir que, en efecto, hay una protección, por vía penal, de la mujer respecto a este tipo de violencia en su contra. El problema radica en que, en ocasiones, los tipos penales no se aplican correctamente o, por ejemplo, no se imputan los agravantes que sancionan la violencia de género. Creo que estas páginas pueden ser de utilidad, no solo para entender cómo se sanciona la violencia de género, sino para que las imputaciones se realicen de manera correcta y se sancione realmente la violencia contra la mujer.

Los análisis dogmáticos correctos son la base para que el Derecho Penal no sea una herramienta que reproduzca las dinámicas de exclusión, opresión y discriminación, por medio de la aplicación errada de las normas; y quiero creer que, a través de este texto, demuestro una vez más que, tanto a la dogmática, como al derecho penal positivo, se les puede poner al servicio de un colectivo históricamente discriminado¹⁰⁵.

Bibliografía

- ALLPORT, GORDON W. *The Nature of Prejudice*. New York. Basic Books, 1958.
- ASÚA BATARRITA, ADELA. "El significado de la violencia sexual contra las mujeres y la reformulación de la tutela penal en este ámbito. Inercias jurisprudenciales.". En: *Género, violencia y derecho*. (P. Laurenzo, M.L. Maqueda y A. Rubio. Coords.). Buenos Aires. Editores del Puerto, 2009. Pp. 101 -135.
- BARRERA DOMINGUEZ, HUMBERTO. *Delitos sexuales*. Segunda edición. Bogotá. Ediciones librería del profesional, 1987.
- BARRÉRE UNZUETA, MARÍA ÁNGELES. "Género, discriminación y violencia contra las mujeres". En: *Genero, violencia y derecho*. (P. Laurenzo, M. L. Maqueda y Ana Rubio. Coordinadoras). Buenos Aires. Editores del Puerto, 2009.
- CANCIO MELIÁ, MANUEL. "Los delitos contra la libertad, la integridad y formación sexuales en el nuevo Código Penal colombiano" en: *Revista de Derecho Penal y Criminología*. No. 70. Universidad Externado de Colombia, 2000 Consultado en línea: http://portal.uexternado.edu.co/pdf/5__derechopenalycriminologia/numero70/manuelcancio.pdf.

105 *Vid.*: CORREA FLÓREZ, MARÍA CAMILA. *Legítima defensa en situaciones sin confrontación: la muerte del tirano de casa*. cit, p. 29.

- CANCIO MELIÁ, MANUEL. "Acoso Sexual" en *Memento práctico. Penal económico y de la empresa*. Madrid. Francis Lefebvre, 2011. pp. 330-336.
- COOK, REBECCA J y CUSAK, SIMONE. Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales. (Andrea Parra. Trad.). Bogotá. Profamilia, 1997.
- CORREA FLÓREZ, MARÍA CAMILA. "Dos problemáticas a la hora de realizar la imputación de los delitos sexuales: algunos apuntes" en *Estudios críticos de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*. Tomo 2. (R. Posada Maya, F. Velásquez Velásquez y M.C. Correa Flórez Coords.) Bogotá. Grupo editorial Ibañez –Ediciones Uniandes, 2015. pp. 11-54.
- *Legítima defensa en situaciones sin confrontación: la muerte del tirano de casa*. Bogotá. Grupo editorial Ibañez –Ediciones Uniandes, 2017.
- "Evolución jurisprudencial, doctrinal y normativa de los delitos de acceso carnal violento y abusivo con menor de catorce años en Colombia: especial referencia a la figura del consentimiento" en: *Gaceta Judicial: 130 años de historia jurisprudencial colombiana (1887 -2017)*. (M. Castro de Cifuentes. Coord.). Bogotá. Temis, 2017. Pp. 51 -74..
- DJAMBA, YANYI K. Y KIMUNA, SITAWA R. "Introduction" en: *Gender-Based Violence. Perspectives from Africa, the Middle East, and India*. Switzerland. Springer, 2015.
- FAUSTO- STERLING, ANNE. *Myths of Gender. Biological theories about women and men*. New York. Basic Books, 1992.
- FERRO TORRES, JOSÉ GUILLERMO. "Delitos contra la familia" en *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2003. Pp. 485 -529.
- GÓMEZ, MARÍA MERCEDES. "Los usos jerárquicos y excluyentes de la violencia" en *Más allá del derecho. Justicia y género en América Latina*. (L. Cabal y C. Motta. Compiladoras.) Bogotá, Siglo del Hombre, 2006. Pp. 19 -55.
- "Violencia por prejuicio" en *La mirada de los jueves. Sexualidades diversas en la jurisprudencia latinoamericana*. Tomo 2. (C. Motta y M. Sáez. Eds.). Bogotá. Siglo del Hombre, 2008. Pp. 89 -190.
- JOHNSON, MICHAEL. "Domestic Violence: It's not about gender – Or is it?" En: *Journal of Marriage and family*. No. 67. 2005. Pp. 1126 – 1130.
- *A Typology of Domestic Violence*. USA. University Press of New England, 2008. Edición Kindle.

- JAKOBS, GÜNTHER. *Derecho Penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Segunda edición (J. Cuello Contreras y J.L. Serrano González de Murillo. Trads.). Madrid. Marcial Pons, 1995. P. 763.
- KOSS, MARY P. *Et al. No save haven: Male violence against women at home, at work and in the community*. Washington D.C. American Psychological Association, 2002.
- LARRAURI, ELENA. *Criminología crítica y violencia de género*. Madrid. Trotta, 1997.
- MACKINNON, CATHARINE. "Sexuality, Pornography, and Method: Pleasure under Patriarchy" en *Ethics*. Vol 99, 1989. Pp. 314 -316.
- MARK, HEIKE, *HÄUSLICHE GEWALT GEGEN FRAUEN. Ergebnisse einer Befragung niedergelassener Ärztinnen und Ärzte*. Marburg, Tectum Verlag, 2001.
- MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO. "Desigualdades penales y violencia de género" en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*. No. 13, 2009. Pp. 57 -88.
- MIR PUIG, SANTIAGO. *Derecho Penal. Parte General*. Décima Edición. Barcelona. Repertor, 2015.
- PABÓN PARRA, PEDRO ALFONSO. *Manual de derecho Penal. Tomo II. Parte Especial*. Novena edición. Ediciones doctrina y Ley. Bogotá, 2013.
- PEÑARANDA RAMOS, ENRIQUE. "¿Qué puede hacer el derecho penal contra la violencia de género?". En *Debate* (Publicación de la Asociación Democrática Progresista de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Número 2, 2008.
- PÉREZ, LUIS CARLOS. *Derecho Penal colombiano. Parte especial*. Volumen II. Bogotá. Temis, 1957.
- POSADA MAYA, RICARDO. *Delitos contra la vida y la integridad personal. Tomo II*. Bogotá. Grupo Editorial Ibáñez- Ediciones Uniandes, 2015.
- PRENTICE, DEBORAH A AND CARRANZA, ERICA. "What women and men should be, shouldn't be, are allowed to be, and don't have to be: The contents of prescriptive gender stereotypes". En: *Psychology of Women Quarterly*. No. 26, 2002. Pp. 269-281.
- QUIÑONEZ, PAOLA. "La <<discriminación estructural>> en la evolución jurisprudencial de la corte Interamericana de Derechos Humanos. En *Revista IIDH (Instituto Interamericano de Derechos Humanos)*. No. 60, 2014. Pp. 206 -215.
- RAMON RIBAS, EDUARDO. *Minoría de edad, sexo y derecho penal*. Pamplona. Thomson Reuters, Aranzandi, 2013

- ROA AVELLA, MARCELA. "Delitos contra la familia y violencia de género" en *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I.* (Carlos G. Castro Cuenca Coordinador.). Bogotá. Editorial Temis S.A., 2011. Pp. 295 – 321.
- RODRIGUEZ, CESAR. "El derecho a la igualdad y a no ser discriminado" en *Constitución y Democracia en movimiento.* (Helena Alviar G, Julieta Lemaitre R y Betsy Perafán L Coords.). Bogotá. Ediciones Uniandes, 2016. Pp. 279 -293.
- SILVA, CYNTHIA Y LLAJA, JEANNETE. "La tipificación de los delitos contra la libertad sexual en Sudamérica" en: *Género y justicia penal.* (J. Di Corleto. Compiladora.). Buenos Aires. Ediciones Didot, 2017. P. 141 – 179.
- SUÁREZ-MIRA RODRIGUEZ, CARLOS. (Coord.). *Manual de derecho Penal. Tomo II: Parte Especial.* Sexta edición, Civitas- Thomson Reuters. Pamplona, 2011.
- TORRES, WILLIAM. "Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales" en: *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial.* Bogotá. Universidad Externado d Colombia, 2003. Pp. 817 -844.
- SUÁREZ SÁNCHEZ, ALBERTO. "Delitos contra el patrimonio económico" en: *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial.* Bogotá. Universidad Externado de Colombia. Pp. 747 -787.
- VARGAS MENDOZA, LIGIA. "La violencia en el acceso carnal" en *Estudios críticos de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.* Tomo 6. (Ricardo Posada, Fernando Velásquez y María Camila Correa Coords.). Bogotá. Grupo Editorial Ibañez – Ediciones Uniandes, 2017. Pp. 51 -79.
- VELÁSQUEZ TORO, MAGDALA. "Aspectos de la condición jurídica de las mujeres" en: *Las mujeres en la historia de Colombia. Tomo I: Mujeres y Política.* (Velásquez Toro. Dir. Académica). Grupo editorial norma. Bogotá, 1995. Pp. 173 -182.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO. *Delitos contra la vida y la Integridad Personal.* Bogotá. Ediciones jurídicas Andrés Morales, 2013.
- YOUNG, IRIS M. *La justicia y la política de la diferencia.* Valencia. Cátedra, 2000

Jurisprudencia

- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 26 de julio de 1960. GJ. T. XCIII. Nos. 2329-2329. Magistrado ponente: Gustavo Rendón Gaviria.
- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 8 de septiembre de 1961. GJ. T. XCVII. Nos. 2246, 2247 2248 y 2249. Magistrado ponente: Primitivo Vergara Crespo.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación penal. Sentencia del 28 de marzo de 1966. G.J. T CXV. No 2280. Magistrado ponente: Eduardo Fernández Botero.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 23 de agosto de 1976. G.J: T. CLII. Num. 2393. Magistrado ponente: Jesús Bernal Pinzón.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sala de Casación penal. Sentencia 26 de noviembre de 2003. Magistrado ponente: Herman Galán Castellanos.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 25 de febrero de 2004. Rad. 21710. Magistrado ponente: Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sala de Casación penal. Sentencia del 7 de septiembre de 2005. Rad. 18455. Magistrado ponente: José Luis Quintero Milanés.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 19 de enero de 2006. Rad. 21023. Magistrado ponente: Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 26 de octubre de 2006. Rad. 25743. Magistrado ponente: Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 13 de mayo de 2009. Rad. 29308. Magistrado ponente: José Leónidas Bustos.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 22 de marzo de 2017. Rad. 44441. Magistrado ponente: José Luis Barceló Camacho.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 7 de junio de 2017. Rad. 48047. Magistrado ponente: Luis Antonio Hernández Barbosa.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T502/92. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C125/96. Magistrado ponente: Jorge Arango Mejía

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C408/96. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C285/97. Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C156/2003. Magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C016/2004. Magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T878/14. Magistrado ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C297/16. Magistrada ponente: Gloria Stella Ortiz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T012/16. Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

COLOMBIA. TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ. Sentencia del 28 de febrero de 2017. Rad. 110016000026201101074. Magistrada ponente: María Judith Durán Calderón.

COLOMBIA. JUZGADO 35 PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE BOGOTÁ. Sentencia del 29 de marzo de 2017. Rad. 1100160000028201603772 NI 281049. Juez: Liliana Patricia Bernal Moreno.

Instrumentos normativos

Código Civil colombiano. Ley 84 de 1873.

Código Penal colombiano. Ley 599 de 2000.

Código de la infancia y la adolescencia. Ley 1098 de 2006.

Ley 1257 de 2008. "Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones".

Instrumentos Internacionales

Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer: Convención de Belem Do Para

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer - CEDAW.

Recomendación general No. 19 del Comité de la CEDAW del 29 de enero de 1992.