



Universidad Libre Facultad de Derecho Bogotá

Honorables

MAGISTRADOS CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Magistrado ponente: **LUIS ERNESTO VARGAS SILVA**

E.S.D.

1

Referencia: **Expediente número D- 11293**. Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 599 de 2000, artículo 104A y 104B (parciales); y la Ley 1761 de 2015, artículos 2 y 3 (parciales).

Actor: **JHON FREDY AGUDELO RIOS Y OTROS**

Asunto: **Intervención ciudadana** según Decreto 2067 de 1991, artículo 7.

JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARIN, actuando como ciudadano y **Director del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá**, **DAVID ANDRÉS MURILLO CRUZ**, actuando como **docente del Área de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá**, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, vecinos de Bogotá, dentro del término legal según auto del 6 abril de 2016, de conformidad con lo establecido en el artículo 242 numeral 1 de la C.P. y el artículo 7 del Decreto 2067 de 1991, presentamos la siguiente intervención ciudadana con respecto a la demanda de la referencia, en defensa de la supremacía e integridad de la Constitución Política de Colombia de 1991.

I. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcriben las normas y los apartes demandados (La negrilla es lo que se demanda):

LEY 599 DE 2000

(Julio 24)

Diario Oficial No. 44.097 del 24 de julio de 2000

Por la cual se expide el Código Penal.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

*ARTICULO 104A. FEMINICIDIO: Quien causará la muerte a una mujer, **por su condición de ser mujer** o por motivos de su identidad de género o en donde haya concurrido o antecedido cualquiera de las siguientes circunstancias, incurrirá en prisión de doscientos cincuenta (250) meses a quinientos (500) meses. (...)*

ARTICULO 104B. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA DE FEMINICIDIO: La pena será de quinientos (500) meses a seiscientos (600) meses de prisión:

- a) **Cuando el autor tenga la calidad de servidor público y desarrolla la conducta punible aprovechándose de esta calidad.**

(...)

- g)** *Por medio de las circunstancias de agravación punitiva descritas en los numerales 1,3,5,6,7, y 8 del artículo 105 del Código Penal.*

LEY 1761 DE 2015

(Julio 6)

Diario Oficial No. 49.565 del 6 de julio de 2015

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

2

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

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

*ARTICULO 104A. FEMINICIDIO: Quien causará la muerte a una mujer, **por su condición de ser mujer** o por motivos de su identidad de género o en donde haya concurrido o antecedido cualquiera de las siguientes circunstancias, incurrirá en prisión de doscientos cincuenta (250) meses a quinientos (500) meses. (...)*

ARTÍCULO 3. La Ley 599 de 2000 tendrá un artículo 104B del siguiente tenor:

ARTICULO 104B. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA DE FEMINICIDIO: La pena será de quinientos (500) meses a seiscientos (600) meses de prisión:

- a) Cuando el autor tenga la calidad de servidor público y desarrolla la conducta punible aprovechándose de esta calidad.**

(...)

- g)** *Por medio de las circunstancias de agravación punitiva descritas en los numerales 1,3,5,6,7, y 8 del artículo 105 del Código Penal.*

II. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN CONSTITUCIONAL

Los accionantes establecen dos (2) cargos para la declaratoria de inexecutable de las normas. A su juicio, las disposiciones normativas accionadas vulneran: a) el principio constitucional de estricta legalidad, contenido en el artículo 29 de la Constitución y en el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual hace parte del ordenamiento jurídico colombiano vía artículo 93 constitucional; y b) el principio *non bis in ídem*, también consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia.

III. CONSIDERACIONES DEL OBSERVATORIO DE INTERVENCIÓN CIUDADANA CONSTITUCIONAL DE LA UNIVERSIDAD LIBRE

1. Principio constitucional de estricta legalidad (tipicidad)

Respecto al principio de estricta legalidad en materia sancionatoria, conocido en el ámbito penal también como principio de tipicidad, la Corte Constitucional ha mantenido una sólida doctrina constitucional en la que ha precisado que dicho

principio “hace referencia a la obligación que tiene el legislador de definir con claridad y especificidad el acto, hecho u omisión constitutivo de la conducta reprochada por el ordenamiento”¹. Esto, con el fin de permitirle a “las personas a quienes van dirigidas las normas conocer con anterioridad a la comisión de la misma las implicaciones que acarrea su transgresión”². Sin embargo, la doctrina constitucional ha hecho ciertas precisiones sobre los elementos del principio de tipicidad y sobre la relación de éste con el principio de legalidad que son importantes describir, para luego presentar una propuesta de exequibilidad condicionada.

A. Elementos del principio de tipicidad

En la sentencia C-827 de 2001, la Corte precisó que la tipicidad es uno de los principios esenciales comprendidos en el artículo 29 de la Constitución Política, que se manifiesta a través de una:

“exigencia de descripción específica y precisa por la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, de las conductas que pueden ser sancionadas y del contenido material de las sanciones que puede imponerse por la comisión de cada conducta, así como la correlación entre unas y otras”³.

Con base en lo anterior, la Corte Constitucional ha estructurado los tres (3) elementos que satisfacen a plenitud el principio de tipicidad en el orden jurídico colombiano. Primero, “que la conducta sancionable esté descrita de manera específica y precisa, bien porque la misma esté determinada en el mismo cuerpo normativo o sea determinable a partir de la aplicación de otras normas jurídicas”. Segundo, “que exista una sanción cuyo contenido material esté definido en la ley. Y tercero, “que exista correlación entre la conducta y la sanción”⁴. Es por ello que en la doctrina constitucional colombiana se ha colegido que el desarrollo del principio de tipicidad apunta a darle la garantía a los administrados:

“de que es la ley, y no el operador jurídico, quien determina cuáles conductas son sancionables y, para lo cual, los tipos sancionatorios deben ser redactados con la mayor claridad posible, de tal manera, que tanto su contenido como sus límites se deduzcan del tenor de sus prescripciones”⁵.

B. Relación existencial entre el principio de tipicidad y el principio de legalidad

En aras de esclarecer lo antes dicho, es menester recordar que la Corte Constitucional ha reconocido insistentemente la inseparable relación entre el principio de legalidad y el principio de tipicidad. Desde la sentencia C-173 de 2001, se sostiene que gracias a los principios de legalidad y tipicidad:

“el legislador se encuentra obligado a establecer claramente en que circunstancias una conducta resulta punible y ello con el fin de que los destinatarios de la norma sepan a ciencia cierta cuándo responden por las conductas prohibidas por la ley (artículo 6 C.P.)”⁶.

¹ CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-699/15*, 18 de noviembre de 2015, § 8.

² *Ibidem*. Ver también: CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-739/00*, 22 de junio de 2000, § 3 y 4.

³ CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-827/01*, 8 de agosto de 2001, § 5.1.2.

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-343/06*, 3 de mayo de 2006, § 5.1.

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-699/15*, Op. Cit., § 8.

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-173/01*, 14 de febrero de 2001, § 4.1.

Lo anterior, porque “el principio de legalidad no se agota con la definición previa de los hechos punibles, sino que también es necesario que las conductas punibles y las sanciones estén precisa y claramente descritas en la ley”⁷. Siendo necesario entonces que:

“las conductas que comportan sanciones penales [deban] ser descritas de tal forma que, antes de realizar los actos, las personas puedan saber clara, precisa e inequívocamente, qué comportamientos están prohibidos y cuáles no lo están. El incumplimiento de estos requisitos habrá de conducir a la declaración de inexecutable de la norma”⁸.

De esta manera, según la Corte “no puede dejarse al juez, en virtud de la imprecisión o vaguedad del texto respectivo, la posibilidad de remplazar la expresión del legislador, pues ello pondría en tela de juicio el principio de separación de las ramas del poder público”⁹.

C. Interpretación condicionada de la expresión “por su condición de mujer”

De acuerdo a los accionantes, la expresión “**por su condición de mujer**” contenida en el tipo penal autónomo de feminicidio (artículo 2 de la Ley 1761 de 2015 y en el artículo 104A de la Ley 599 de 2000) no es clara y precisa, toda vez que su ambigüedad y vaguedad no permiten establecer de forma inequívoca y expresa los supuestos en los cuales la motivación para la comisión de la conducta punible se entiende realizada por el hecho de tener la víctima la condición de mujer.

Sin embargo, a nuestro juicio la generalidad de la expresión puede ser completada a través de una interpretación más finalística y menos literal de la disposición normativa (tal como lo hacen los accionantes). Así, se encuentra que en el tipo penal de feminicidio causarle la muerte a una mujer “**por su condición de mujer**” busca sancionar una doble motivación al momento de cometer la conducta.

La primera, cuando la muerte a una persona del género femenino, se causa por el hecho de sentir aversión hacia ese género. De esta forma, ha sido calificado el feminicidio por la jurisprudencia interamericana, al determinar que se trata del “homicidio de mujer por razones de género”¹⁰. De acuerdo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), el feminicidio se enmarca bajo esta motivación, dado que “las mujeres víctimas de homicidios por razones de género con frecuencia [presentan] signos de brutalidad en la violencia ejercida contra ellas, así como signos de violencia sexual o la mutilación de los cuerpos”¹¹.

La segunda, “cuando la muerte de la mujer es consecuencia de la violencia en su contra que sucede en un contexto de dominación (público o privado) y donde la causa está asociada a la instrumentalización de que es objeto”¹². De esta manera entendió recientemente la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-897/05*, 30 de agosto de 2005, § 19.

⁸ *Ibidem*. Ver también: CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-637/09*, 16 de septiembre de 2009, § 4.2.

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-173/01*, Op. Cit., § 4.1. Ver en igual sentido: CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-501/14*, 16 de julio de 2014, § 6.1.17.

¹⁰ CORTE IDH. *Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 205, 16 de noviembre de 2009, §§ 143 – 145 y 231.

¹¹ CORTE IDH. *Caso Veliz Franco y Otros Vs. Guatemala*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 277, 19 de mayo de 2014, § 178.

¹² CSJ-SCP. *Casación 41457*, SP 2190-2015, 4 de marzo de 2015, p. 20.

(CSJ-SCP), la circunstancia de agravación punitiva para el homicidio, consagrada en el numeral 11 del artículo 104 de la Ley 599 de 2000 (adicionada por el artículo 26 de la Ley 1256 de 2008), cuando éste “**se cometiere contra mujer por el hecho de ser mujer**”. Circunstancia de agravación derogada por el artículo 13 de la Ley 1761 de 2015, al transformarse en tipo penal autónomo el feminicidio.

Respecto a esta segunda motivación, la CSJ-SCP precisó que “se causa la muerte a una mujer por el hecho de ser mujer, cuando el acto violento que la produce está determinado por la subordinación y discriminación de que es víctima, de lo cual resulta una situación de extrema vulnerabilidad”¹³. Para la Sala de Casación Penal:

“este entorno de la violencia feminicida, que es expresión de una larga tradición de predominio del hombre sobre la mujer, es el que básicamente ha servido de apoyo al legislador para considerar más grave ese tipo de violencia que se genera en un contexto de desigualdad y que se busca contrarrestar legítimamente con la medida de carácter penal examinada”¹⁴.

Sobre este aspecto, vale la pena recordar que de acuerdo al artículo 1 de la Convención de Belém do Pará (ratificada por Colombia en la Ley 248 de 1995), se entiende por violencia contra la mujer “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”. Lo que hace, tal como lo ha interpretado la Corte IDH, “que no toda violación de un derecho humano cometida en perjuicio de una mujer conlleva necesariamente una violación de las disposiciones de la Convención de Belém do Pará”¹⁵, pues dichas violaciones deben haberse realizado en razón del género.

Este criterio interpretativo fue el acogido por la CSJ-SCP cuando concluyó “que no todo asesinato de una mujer es feminicidio (...). Se requiere, para constituir esa conducta, que la violencia que la cause esté asociada a la discriminación y dominación de que ella es objeto”¹⁶.

Por lo anterior, el Observatorio solicita a la Corte Constitucional que se declare la exequibilidad condicionada de la norma acusada tomando en cuenta las dos motivaciones descritas. Así, debe entenderse que el sentido interpretativo de la expresión “**por su condición de mujer**” contenida en el tipo penal de feminicidio, hace referencia al “homicidio de mujer por razones de género”¹⁷, motivado por la aversión hacia el género femenino o determinado por la condición de subordinación y discriminación de que es víctima la mujer.

2. Principio *non bis in idem*

La doctrina constitucional colombiana ha establecido, de acuerdo con el contenido del artículo 29 C.P. que la prohibición de doble juicio por los mismos hechos recibe el nombre de *non bis in idem*, y es reconocida en la actualidad como

¹³ *Ibíd.*, p. 21.

¹⁴ *Ibíd.*

¹⁵ CORTE IDH. *Caso Ríos y Otros Vs. Venezuela*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 194, 20 de enero de 2009, § 279.

¹⁶ CSJ-SCP. *Casación 41457*, Op. Cit., p. 21.

¹⁷ CORTE IDH. *Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 205, Op. Cit., §§ 143 – 145 y 231.

derecho fundamental autónomo¹⁸. En ese orden de ideas, el principio *non bis in ídem*:

“implica que es contrario a la Constitución iniciar un nuevo proceso sancionatorio en contra de una persona que ya fue juzgada por esos mismos hechos, por lo que se prohíbe una nueva investigación juicio o condena en contra de la persona que ya fue sometida al poder punitivo del Estado”¹⁹.

Sumado a esto, el principio *non bis in ídem* persigue la finalidad esencial de “racionalizar el ejercicio del poder sancionatorio general, y especialmente el punitivo”²⁰. Por esta razón, en materia penal, “el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho persigue evitar que el legislador penal agrave *injustificadamente* las penas imponibles a una persona a quien se le imputa la comisión de un delito”²¹. Es así cómo en esta materia el desarrollo del *non bis in ídem* involucra aspectos especiales, particularmente, respecto a los elementos constitutivos del tipo penal y a las circunstancias de agravación punitiva, que en el caso *sub-judice* son necesarios analizar antes de estudiar los cargos de inconstitucionalidad sobre los agravantes punitivos del feminicidio.

A. Agravación punitiva y respeto al *non bis in ídem*

Según la Corte Constitucional, la libertad de configuración legislativa para fijar los delitos y establecer las penas es una libertad reglada, que debe ser ejercida dentro del respeto de los mandatos y prohibiciones constitucionales, en particular aquellos que derivan de los derechos fundamentales y de los tratados sobre derechos humanos suscritos por Colombia²².

Algunas de tales prohibiciones se encuentran en el contenido del derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Por ello, la Corte ha identificado que el principio *non bis in ídem*:

“acarrea para el legislador la prohibición de (i) investigar, acusar, enjuiciar o sancionar penalmente a una persona *por un delito* por el cual ya había sido juzgada –absuelta o condenada– en un proceso penal anterior terminado; (ii) investigar, acusar, enjuiciar o sancionar penalmente a una persona *por un hecho por el cual ya había sido absuelta* por una sentencia en firme; (iii) penar a una persona *por un hecho por el cual ya había sido penada* por una sentencia en firme; y, (iv) agravar la pena imponible a un comportamiento delictivo, en virtud de *una circunstancia* que ya fue tomada en cuenta como elemento constitutivo del tipo penal”²³.

Esta última prohibición es la más relevante para el caso concreto, debido a su relación con la inconstitucionalidad demandada por los accionantes. Sobre el particular, la Corte desde sus primeras sentencias ha expresado que el *non bis in ídem* como principio “prohíbe someter dos veces a juicio penal a una persona por un mismo hecho, independientemente de si fue condenada o absuelta”, por ser ellos una “expresión directa de la justicia material”²⁴.

¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia T-196/15*, 13 de abril de 2015, § 5.

¹⁹ *Ibíd.*

²⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-521/09*, 4 de agosto de 2009, § 4.

²¹ *Ibíd.*

²² *Ibíd.*, § 5.1.

²³ *Ibíd.*, § 5.2.

²⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia T-575/93*, 10 de diciembre de 1993, § 4.

A juicio de la Corte, en virtud de este principio, “no le es lícito al juzgador fraccionar el hecho para convertirlo en varios delitos o traducirlo en varias penas. Tampoco le es permitido valorar un mismo factor como elemento integrante del tipo penal y, a la vez, como circunstancia agravante del delito o de la punibilidad”²⁵. De esta forma, el principio *non bis in ídem* actúa “como una protección al acusado o condenado contra una posible doble incriminación total o parcial”²⁶. De igual manera lo ha considerado, incluso con anterioridad, la CSJ-SCP, al enmarcar el *non bis in ídem* dentro de varias hipótesis, una de ellas haciendo hincapié a que “de una misma circunstancia no se puede extractar dos o más consecuencias en contra del procesado o condenado”. A ello, dice la CSJ-SCP, “se le conoce como prohibición de la doble o múltiple valoración”²⁷.

Bajo este entendido, cuando a través del principio *non bis in ídem* se prohíbe “que una misma circunstancia se convierta en elemento constitutivo del tipo penal y en causa de agravación del mismo”, se busca “evitar que las causales de agravación se impongan de modo arbitrario e injustificado a quienes sean responsables de un delito”²⁸. Ya que para la Corte Constitucional, los elementos constitutivos de una infracción penal fundamentan la responsabilidad penal, mientras que las circunstancias de agravación modifican la responsabilidad penal²⁹.

De ahí, que sea necesario en juicios de inconstitucionalidad, estudiar en cada caso concreto si el hecho imputable tiene una doble valoración punitiva, esto es, por un lado como elemento constitutivo del tipo penal, y por el otro, como circunstancia de agravación de la conducta.

B. Aplicación del non bis in ídem en el literal a) y g) (parcial) del artículo 104B del Código Penal

Dentro de su *petitum* los accionantes solicitan la inexecutable tanto del literal a) como del literal g) (parcial) del artículo 104B del Código Penal (agravantes creadas por el artículo 3 de la Ley 1761 de 2015), por considerar que desconocen lo establecido en el artículo 29 inciso 4 C.P., toda vez que “introducen disposiciones normativas vulneratorias del *non bis in ídem* al establecer agravantes del tipo penal básico de feminicidio que a su vez hacen parte del supuesto de hecho configurativo del mismo”³⁰.

1) Literal a) del artículo 104B

A juicio de los accionantes, el literal a) del artículo 104B del Código Penal, al establecer como circunstancia de agravación del tipo penal de feminicidio: “**cuando el autor tenga la calidad de servidor público y desarrolla la conducta punible aprovechándose de esta calidad**”, está criminalizando dos veces una misma conducta. Esto, en la medida que el literal c) del artículo 104A del Estatuto Penal, fija como elemento constitutivo del feminicidio el “*aprovechamiento de las relaciones de poder ejercidos sobre la mujer, expresado en la jerarquización personal, económica, sexual, militar, política o sociocultural*”.

²⁵ *Ibídem*.

²⁶ *Ibídem*.

²⁷ CSJ-SCP. *Casación 25629*, SP 25639(26-03-07), 26 de marzo de 2007, p. 17.

²⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-521/09*, Op. Cit., § 5.2.4.

²⁹ *Ibídem*.

³⁰ RÍOS AGUDELO, Jhon Fredy y Otros. *Acción Pública de Inconstitucionalidad*, Radicado D-11293, 11 de marzo de 2016, pp. 10 y 11.

Para el Observatorio de Intervención Ciudadana de la Universidad Libre, la agravación punitiva contenida en el literal a) del artículo 104B del Código Penal, no constituye desconocimiento al principio *non bis in ídem*. Lo anterior, porque si bien el literal c) del artículo 104A del Código Penal, establece como elemento constitutivo del feminicidio que el autor ejerza sobre la víctima (la mujer) una jerarquía personal; y el literal a) del artículo 104B del mismo Código al instaurar como agravante punitivo que el actor, ostentando la calidad de servidor público, haya desarrollado la conducta punible aprovechándose de ésta, pareciera juzgar nuevamente la “jerarquía” del servidor público, en verdad no se está frente a un doble juicio de reproche.

En realidad, el legislador colombiano al fijar en el literal a) del artículo 104B una agravación punitiva al servidor público, no tuvo la finalidad de formular un nuevo juicio de reproche por la comisión del feminicidio aprovechándose de su “jerarquía personal” como autoridad pública, sino la de aumentar el juicio de reproche porque el actor no observó una conducta acorde con la función que todo servidor público tienen en la sociedad colombiana (Art. 2 C.P.): “proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades”. Más si se toma en cuenta la finalidad constitucional que con ello se busca: “asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

Así, el Observatorio entiende que el literal a) cuestionado del artículo 104B no toma en cuenta en dos oportunidades la “jerarquía personal” del servidor público, una en el tipo penal básico y otra en las circunstancias de agravación, para sancionar dos veces por el mismo hecho a quien cometiere feminicidio bajo esas circunstancias específicas, sino que aumenta su juicio de reproche a quien ostentando la importante calidad de servidor público, no haya observado una conducta afín a la función esencial (proteger a todas las personas) que toda autoridad pública debe cumplir por mandato constitucional.

2) Literal g) (parcial) del artículo 104B

Para los accionantes, el literal g) del artículo 104B del Código Penal, hace una remisión normativa incorrecta a las circunstancias de agravación punitivas establecidas en el artículo 104 del mismo Estatuto para el homicidio. En particular, los accionantes centran su juicio de reproche constitucional sobre la remisión hecha al numeral 7 del artículo 104 del Código Penal, al considerar que el contenido de esta agravación punitiva ya hace parte de los elementos constitutivos del feminicidio contemplados en el artículo 104A, lo que probaría una evidente transgresión al principio *non bis in ídem*.

De acuerdo al razonar de los accionantes, el hecho agravante de cometer el feminicidio “**colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad o aprovechándose de esta situación**”, ya está contemplado dentro de los elementos del tipo penal básico, entiéndase, el literal f) del artículo 104A del Código Penal: “**que la víctima haya sido incomunicada o privada de su libertad de locomoción, cualquiera que sea el tiempo previo a la muerte de aquella**”.

A juicio del Observatorio, no es lo mismo colocar la víctima en “situación de indefensión o inferioridad” o aprovecharse de éstas para cometer la conducta punible, compréndase, cuando la víctima ya estaba en uno de estos dos estados, que causarle la muerte a una mujer por razones de género, habiéndola

“incomunicad[o] o privad[o] de su libertad de locomoción, cualquiera que sea el tiempo previo a la muerte de aquella”.

La CSJ-SCP ha establecido que la indefensión “comporta falta de defensa (acción y efecto de defenderse, esto es, de ampararse, protegerse, liberarse)”³¹, haciendo alusión a una falta de defensa física. Así, su doctrina probable respecto al tema comprende que “está en situación de indefensión quien al momento de la agresión carece de medios de defensa, esto es, en estado inerme”³². En cambio, ha interpretado que “la inferioridad es una calidad de inferior”³³, entendiéndolo por ello “que una persona está debajo de otra o más bajo que ella, que es menos que otra en calidad o cantidad”³⁴.

De esta manera, incomunicar o privar de la libertad de locomoción a la víctima no involucra, al menos en todos los casos, que se le ponga en estado de indefensión y que por ello, la víctima pierda su capacidad de defensa física, ni que quede en estado inerme. Tampoco involucra la incomunicación o la pérdida de libertad de locomoción que el actor termine en una situación de superioridad a la víctima y que por ello esta última quede por debajo del actor.

Así, a manera de ejemplo, encerrar en una habitación a una mujer sin ningún tipo de medio de comunicación no la pone *per se* en estado de indefensión o de inferioridad, pues ella conserva toda su fuerza física para gritar o intentar huir de su encierro. Cosa distinta sucedería, si además de encerrarla en una habitación, se le ata de pies y manos poniéndola en estado inerme, incapaz de defenderse de la agresión. En este último caso, no sólo estamos frente a la descripción del tipo penal básico, sino frente al agravante de haberla puesto en incapacidad de defensa o de inferioridad, para cometer la conducta punible de feminicidio.

Por lo anterior, el Observatorio de Intervención Ciudadana de la Universidad Libre, considera que no existe un desconocimiento del principio *non bis in ídem*, por lo cual, solicita se desestime el cargo de inconstitucionalidad.

IV. CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta lo expuesto en el cuerpo de esta intervención, solicitamos respecto a los argumentos de los accionantes, que la Honorable Corte Constitucional, profiera lo siguiente:

1. Declarar la exequibilidad condicionada de la expresión “**por su condición de ser mujer**”, contenida en el artículo 104A de la Ley 599 de 2000, adicionado por el artículo 2 de la Ley 1761 de 2015, a través del cual se crea el tipo penal autónomo de feminicidio, en el entendido que hace referencia al “homicidio de mujer por razones de género”³⁵, motivado por la aversión hacia el género femenino o determinado por la condición de subordinación y discriminación de que es víctima la mujer.

³¹ CSJ-SCP. *Casación 44817*, SP 16207-2014, 26 de noviembre de 2014, pp. 7 y 8.

³² CSJ-SCP. *Casación 36763*, SP 36762(06-06-12), 6 de junio de 2012, p. 16.

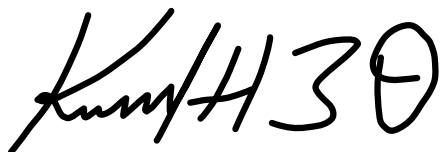
³³ CSJ-SCP. *Casación 44817*, Op. Cit., p. 8.

³⁴ *Ibíd.*

³⁵ CORTE IDH. *Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 205, Op. Cit., §§ 143 – 145 y 231.

2. Declarar la constitucionalidad del literal a) del artículo 104B de la Ley 599 de 2000, adicionado por el artículo 3 de la Ley 1761 de 2015, ya que no hay transgresión al *non bis in ídem*, en la medida que la intención de agravar la conducta no toma en cuenta la posible “jerarquía personal” del servidor público, sino que va dirigida a aumentar el juicio de reproche a quien ostentando la importante calidad de servidor público, no haya observado una conducta afín a la función esencial (proteger a todas las personas) que toda autoridad pública debe cumplir por mandato constitucional (Art. 2 C.P.).
3. Declarar la constitucionalidad del literal g) (parcial) del artículo 104B de la Ley 599 de 2000, adicionado por el artículo 3 de la Ley 1761 de 2015, dado que la remisión a la circunstancia de agravación punitiva del numeral 7 del artículo 104 del Código Penal, no constituye desconocimiento al principio *non bis in ídem*, en el entendido que incomunicar o privar de la libertad de locomoción a una mujer para luego causarle la muerte por razones de género, no es igual a cometer dicha conducta “colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad o aprovechándose esta situación”.

De los señores Magistrados, atentamente,



JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARIN

Director Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional
Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.
Calle 8 5-80, Segundo Piso. Cel. 3153465150.
Correo: jkbv@hotmail.com



DAVID ANDRÉS MURILLO CRUZ

Miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional
Docente del Área de Derecho Público
Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.
Correo: davidamurillo@hotmail.com