
Violencia contra la mujer y respuesta punitiva. Teoría feminista, consagración legal y estudio de casos*

Violence against women and punitive response.
Feminist theory, legal protection and case studies

Norberto Hernández Jiménez**

Universidad de los Andes, Bogotá D.C.

n.hernandez29@uniandes.edu.co

RESUMEN

El presente artículo de reflexión estudia la manera como el derecho castiga a los infractores de la ley penal cuando han cometido conductas punibles en contra de las mujeres. Para esto se contextualiza la teoría feminista y la consagración legal de los instrumentos que protegen los derechos de aquellas, finalizando con un estudio de casos, los cuales se encuentran relacionados con (i) el homicidio de Rosa Elvira Cely, antecedido por el acceso carnal violento y la tortura ejercida en su contra por parte de Javier Velasco, (ii) la violencia sexual perpetrada por el cónyuge o compañero permanente (en abstracto) y (iii) las “injurias por vía de hecho”, denominación esta última como nuestra Corte Suprema de Justicia ha calificado la manipulación fugaz de las partes íntimas de la mujer.

Palabra clave: Feminismo, ley, mujer, delito, castigo.

ABSTRACT

This paper examines how the criminal law punishes offenders when punishable conduct have committed against women. For this, first able I contextualize feminist theory and legal consecration of the instruments that protect the rights of women, ending with a case study, which are related to (i) the killing of Rosa Elvira Cely (Bogotá - Colombia 2012), preceded by violent sexual intercourse and torture used against her by Javier Velasco, (ii) violence sexual perpetrated by a spouse or life partner, and (iii) the “insult by way of fact”; is last name as the Colombian Supreme Court has described the shooting manipulation of female private parts.

Key words: Feminism, law, woman, crime, punishment.

Fecha de recepción: 29 de enero de 2014.

Fecha de aceptación: 23 de mayo de 2014.

* Artículo de reflexión producto de investigación desarrollada dentro del Grupo Conflicto, Derecho y Sociedad de la Universidad de los Andes.

** Abogado, Especialista y Magíster en Derecho Penal de la Universidad Libre. Especialista en derecho constitucional y en derecho administrativo de la Universidad del Rosario. Doctorando en Derecho de la Universidad de los Andes. Coordinador del Grupo de Prisiones de la Universidad de los Andes y Conjuez del Tribunal Superior de Florencia (Caquetá) –Sala Penal–.

INTRODUCCIÓN

El 25 de mayo de 2012, la sociedad colombiana en general se estremeció por la muerte brutal de una estudiante y madre trabajadora que, al salir de su jornada educativa, decidió socializar con un par de compañeros en un bar de esta ciudad. Rosa Elvira no sabía que esa madrugada acabaría su vida luego de ser violada y torturada bajo una modalidad conocida como “empalamiento” (Semana.com, 2012)¹ y golpeada con un casco de motocicleta en el cráneo. Algunos atribuyen su muerte a la deficiencia asistencial y otros –absurdamente– le critican a la víctima haberse “expuesto” a este peligro.

A pesar de lo anterior, la violencia contra la mujer no se limita a esta clase de actos socialmente reprochables² sino también a otros que se desarrollan dentro de un ambiente más privado e íntimo, como el hogar, donde su cuerpo es instrumentalizado por el hombre³, quien incluso se refiere a este bajo términos de tenencia, posesión, usufructo y propiedad, como si se tratara de un bien consumible –no fungible, cuya disposición depende de él y no de ella⁴. Por esta razón, durante mucho tiempo en el argot judicial se mantuvo una tesis preponderante de atipicidad⁵ frente a las relaciones sexuales acaecidas dentro de este ámbito, aun con ausencia de consentimiento por parte de la mujer⁶.

¹ Igualmente, el pasado 24 de mayo de 2013 fue encontrada muerta una anciana de 90 años, quien padeció esta misma modalidad, en hechos que involucran penalmente a su nieto, en calidad de autor. <http://www.ntn24.com/noticias/anciana-de-90-anos-habria-sido-92305>

² La violencia de género comprende “todo acto o amenaza de violencia que tenga como consecuencia, o tenga posibilidad de tener como consecuencia, perjuicio y/o sufrimiento en la salud física, sexual o psicológica de la mujer” Declaración sobre la eliminación de la violencia en contra de la mujer. Procedimientos de la 85 Reunión Plenaria, 20 de Diciembre de 1993 (Asamblea General de Naciones Unidas). Y en específico, “[l]a violencia contra la mujer ha sido definida 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. La violencia contra la mujer suele estar vinculada con causas sociales, culturales, económicas, religiosas, étnicas, históricas y políticas, que operan en conjunto o aisladamente en desmedro de la dignidad y del respeto que se debe a quien es considerada como una persona vulnerable y, en esa medida, sujeto de especial protección tanto en el derecho internacional como en el ordenamiento jurídico interno de los Estados.” Sentencia C-776/10, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Nota: Las referencias que dentro de este texto se hagan a las providencias precedidas por los literales C- y T- corresponden a sentencias de constitucionalidad y de tutela, respectivamente, proferidas por la Corte Constitucional, organismo perteneciente a la Rama Judicial del Poder Público en Colombia, Corporación a la que el constituyente primario le confió la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política. Las siglas M.P. se utilizan para designar al Magistrado que elaboró la ponencia o el proyecto de fallo.

³ Las referencias que dentro del presente texto se hagan frente al término “hombre” corresponden al individuo de la especie humana de sexo masculino y no como ser animado racional que comprende en general a los humanos.

⁴ La noción de propiedad del hombre frente a la mujer justificó, en cierta medida, la restricción del sufragio femenino (MacKinnon, 2006a, p. 167), junto con el argumento de capacidad racional inferior y necesidad de protección (Jaramillo, 2000, p. 41).

⁵ “Fenómeno en virtud del cual un cierto quehacer del hombre, aparentemente punible, no se adecua a ningún tipo legal y, por ende, no es susceptible de sanción alguna en el ámbito del derecho penal” (Reyes, 1997, p. 3)

⁶ “Respecto a la tipificación de las conductas de violencia sexual, cuando entre los sujetos que intervienen en el hecho existe un vínculo matrimonial, las consideraciones también han variado con el tiempo. Estas han sido las principales posturas: 1) la conducta del agresor es inmoral, pero no ilícita, pues dado que el matrimonio tiene por objeto la procreación, y siendo la cópula el medio necesario para lograrla, mal puede responder el cónyuge por un acto que es conforme a derecho; 2) el hecho es típico, pero está justificado por el derecho que le asiste al cónyuge sobre el otro; 3) se distinguen casos especiales en los cuales la pareja puede negarse al trato sexual y, en consecuencia, la conducta del agresor resulta criminal, como en los eventos en que media divorcio, separación de cuerpos, o cuando la negativa obedece a motivos de higiene, o a la pretensión del otro de realizar actos contra natura. Las distinciones anteriores se han hecho a partir de un

Adicionalmente, existen otra clase de conductas en contra de las mujeres que traspasan la mera lesión al honor y contienen una carga sexual profunda; sin embargo, la legislación penal resulta precaria o insuficiente al respecto, razón por la cual la respuesta judicial ha procurado enmendar este vacío (Elpais.com, 2014).

Corolario de lo anterior, a través de este documento se expondrá cómo el derecho penal se constituye en un instrumento apto para repeler el poder patriarcal⁷, sustentando la tesis que aun cuando contamos con una regulación legal exhaustiva que protege a la mujer, para algunos casos resulta exigua y, en otros, los operadores jurídicos hacen una práctica inadecuada de la misma, habilitando la opresión del hombre, quien termina observando el delito como un “riesgo profesional”⁸. Frente a esto último, los hombres ven cómo conductas notoriamente cargadas de contenido sexual quedan impunes por errores de técnica legislativa o criterios judiciales disímiles.

Para este efecto se contextualizará someramente la teoría feminista, compaginada con una visión marxista, abordando con posteridad la consagración legal protectora de los derechos de las mujeres y la indebida aplicación que de la misma hacen los operadores jurídicos, concluyendo con un estudio de casos que permiten desarrollar una exposición descriptiva y crítica, en un contexto donde las mujeres fungen como sujeto pasivo de conductas punibles cometidas por hombres, al interior de un fenómeno de agresión que traspasa el ámbito local (Eltiempo.com, 2013)⁹.

mal entendimiento del débito conyugal, y no comprenden, por ende, las relaciones maritales. 4) Por último, se acepta que la conducta es punible, por la ausencia de facultad que le asiste al cónyuge para ejercer el empleo de la fuerza sobre el otro. La negativa del cónyuge a sostener relaciones sexuales da derecho al divorcio, pero no a la violación.” Sentencia C-285/97, M.P. Carlos Gaviria Díaz. “En todo caso, los desarrollos en materia de violencia intrafamiliar, incorporan la consideración del maltrato sexual, superando estadios culturales en los cuales, a partir de instituciones tales como el débito conyugal, ello no ocurría así.” Sentencia 674/05, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁷ “(...) el Estado, en parte a través del derecho, institucionaliza el poder masculino. Si el poder masculino es sistémico, es el régimen” (MacKinnon, 2006b, p. 205). “(...) es imperiosa en un país como Colombia, en donde la tradición sociocultural ha sido la de tolerar, justificar y ponderar la supremacía de lo masculino tanto en el ámbito público como en el privado, de suerte que las expectativas con las personas pertenecientes al sexo opuesto han quedado reducidas a la asunción de determinados roles (como el de madre abnegada, novia fiel y esposa sumisa), e incluso a la divulgación de ciertas cualidades (como la virginidad, la ineptitud, la pasividad, la belleza o la simple condición ornamental), que de ningún modo se compaginan con el debido respeto a sus derechos fundamentales. Lo anterior ha llevado, en el diario vivir, a un sinnúmero de situaciones en las que no sólo deviene en evidente el estado de debilidad manifiesta de la mujer, sino en las que también se producen consecuencias lesivas de bienes jurídicos que siguen contando con la aquiescencia de un considerable sector de la comunidad. Por ejemplo, en la Encuesta Nacional de Salud realizada por el Ministerio de la Protección Social en el año 2007, se aseguró que, en relación con algunas formas de violencia doméstica, la percepción de los habitantes de Bogotá comprendidos entre los dieciocho y los sesenta y nueve años era la siguiente: l 23,2 % de los hombres y el 11,8 % de las mujeres de ese grupo de edad y que reside en el departamento considera que ‘cuando un hombre golpea a una mujer muy seguramente es porque ella le dio motivos’. En el promedio nacional los porcentajes fueron del 29,8% en los hombres y del 18,8% en las mujeres. El 12,6% de los hombres y el 9,1% de las mujeres de ese grupo de edad y que reside en el departamento considera que ‘hay situaciones en las cuales se justifica que un hombre le dé una cachetada a su esposa o compañera’. En el ámbito nacional los porcentajes fueron del 16,2% en hombres y del 12,0% en las mujeres” COLOMBIA, Rama Judicial del Poder Público, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, providencia del 7 de abril de 2010, radicado 27595, M.P. Julio E. Socha Salamanca.

⁸ “Económicamente se ha establecido que un individuo se ve impulsado a cometer un delito, porque los beneficios esperados del hecho superan para él los costos esperados, que en tratándose del acto sexual abusivo, corresponderían a satisfacciones intangibles, como es un superficial y efímero placer sexual” (Trujillo, 2006, p. 16).

⁹ El país vasco también se estremeció por las conductas de un falso monje Shaolin, dentro de las cuales resultó ser víctima una colombiana. Ver: http://www.eltiempo.com/colombia/caribe/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-12847831.html (Archivo de internet consultado por última vez el 30 de septiembre de 2014).

1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

El problema de la investigación se resume en las siguientes preguntas:

- 1.1 ¿Cuáles son los mecanismos de protección con que cuenta el Estado para proteger los derechos de las mujeres, víctimas de estos delitos?
- 1.2 ¿Cómo se castiga a los infractores de la ley penal colombiana cuando han cometido conductas punibles en contra de las mujeres?
- 1.3 ¿Cómo es observada esta respuesta punitiva por la teoría feminista?

2. HORIZONTE METODOLÓGICO

En lo metodológico se aplicaron los métodos cualitativos, así como el enfoque socio-jurídico e interdisciplinario y, en especial, el análisis de casos. Todo como herramienta de investigación tendiente a establecer la manera como el legislador ha regulado determinadas conductas contra las mujeres y la aplicación de estas fuentes (*infra* 4.) por parte de los operadores judiciales.

Con miras a estudiar los casos seleccionados, se recolectaron las decisiones judiciales correspondientes al delito cometido por Javier Velasco en contra de Rosa Elvira Cely¹⁰, así como las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia, en los casos calificados como “injurias por vías de hecho”¹¹.

También se obtuvieron otros datos estadísticos, cuyas fuentes reposaban en el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y en la Alta Consejería Presidencial para la equidad de la mujer. A su vez, con el fin de contextualizar al lector sobre los temas aquí tratados, se obtuvo información en textos que reposan en la biblioteca Luis Ángel Arango, así como en las bibliotecas de las universidades (i) de los Andes, (ii) del Rosario, (iii) Externado de Colombia y (iv) Libre. Finalmente, es preciso advertir que el marco de investigación se encuentra comprendido dentro del ámbito de la teoría feminista y la decisión judicial.

3. APROXIMACIÓN A LA TEORÍA FEMINISTA: MARXISMO – FEMINISMO

Con base en el proceso de disociación entre el productor y los medios de producción –a través de la expropiación de la propiedad privada basada en el trabajo propio–, Marx (2002) construye la teoría de la acumulación originaria que explica el modo capitalista de producción. MacKinnon (2006), a partir de esta proposición y utilizando el método del materialismo dialéctico (Jaramillo y Alfonso, 2008) traslapa estas categorías de construcción social, remplazando el trabajo por la sexualidad, al capitalista por el hombre y al trabajador por la mujer, cuya distribución de poder genera en ambos casos desigualdad en detrimento de las clases: trabajador y mujer. De esta manera se edifica tanto la sociedad capitalista como el patriarcado, los cuales permanecen vigentes desde sus concepciones social, económica, cultural y familiar, irradiando el funcionamiento del Estado moderno.

Ahora bien, en caso de controversias entre el capitalista con el trabajador, el Estado interviene siguiendo los consejos del primero (A. Smith, citado por Marx, 2002, p. 126)¹² y en el ámbito penal, se crea una

¹⁰ Providencias del 27 de diciembre de 2012, Radicado 11001-6000013-2012-11261-00 (Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado Adjunto de Bogotá) y del 8 de marzo de 2013, Radicado 11001-6000013-2012-11261-01 (2072), (Tribunal Superior de Bogotá –Sala Penal–)

¹¹ Radicado 25743 (26-10-06) y Radicado 25743 (26-10-06).

¹² El caso paradigmático en la actualidad sería la negociación del salario mínimo legal mensual vigente

legislación de excepción donde “los propios fabricantes son los encargados de interpretar, en su función de jueces de paz” (Marx, 2002, p. 129). Una percepción similar identifica el feminismo frente al derecho y específicamente en relación con el derecho penal, aun cuando esta tesis no es unánime.

Un sector del feminismo (i) defiende la utilización del derecho penal por ser una de las principales formas de manejo del poder, debiendo adquirirse un mayor protagonismo dentro de esta especialidad; el otro (ii) se opone –de la misma manera que lo haría el trabajador por la intromisión legislativa del Estado a favor del capitalista– bajo la perspectiva de que el derecho penal protege a los poderosos¹³, reforzando así la ideología patriarcal y legitimando la perversidad intrínseca del sistema penal (Ramírez y Restrepo, 2007, pp. 164-165)¹⁴.

Ahora bien, Schumpeter (1965) critica la teoría marxista por considerar que desconoce el imperialismo como herencia de la monarquía absoluta. ¿Será que el feminismo omite la misma metodología histórica? Marx respondería que desde la monarquía se realizó el proceso de expropiación en beneficio de los burgueses y el feminismo diría que el *pater familia* expropió la sexualidad¹⁵, degradando a la mujer y cosificándola.

Así, desde Locke (1960) encontramos la historia del gobierno a partir de la figura del padre –advirtiendo que para este autor no existe un derecho natural hereditario, determinante para la configuración del poder político–, exaltándolo como el individuo más sabio y valiente que antaño podía dirigirlos en las guerras y enfrentar a sus enemigos. Ese mismo poder, legitimó su mando en el hogar frente a los hijos y la mujer, logrando emanciparse aquellos pero no esta última.

Con base en esto, la mujer ha sido empujada tradicionalmente hacia (i) los servicios domésticos del hogar –origen de la desigualdad laboral–, (ii) los servicios sexuales a favor del hombre –ya sea como esposa o a través de la prostitución– y (iii) los servicios de incubación o almacenamiento de las nuevas generaciones¹⁶. Esta estructura *falo-céntrica* del Estado (MacKinnon, 2006, p. 204) hace que el derecho sea elaborado por los hombres y en beneficio de ellos¹⁷, evitando la participación de la mujer dentro del entorno social, de manera igualitaria.

Ahora bien, a través del feminismo las mujeres se identifican colectivamente para resistir y reclamar su determinación como tales (Marx, 1963, citado por MacKinnon, 2006, p. 182). En este sentido el feminismo se constituye en un movimiento reaccionario en contra de la opresión del poder patriarcal. En consecuencia, ¿qué herramientas utiliza el feminismo para esta lucha? La concientización (MacKinnon, 2006, pp. 168, 182, 184 y 190-191) es el paragon del materialismo dialéctico dentro del contexto *marxismo-feminismo* que se ha venido exponiendo, y es a través de este método que se analiza el impacto de la dominación masculina desde la óptica de la mujer; es decir, se observa el comportamiento de la sociedad a partir de una concepción femenina, combatiendo el condicionamiento sistemático del hombre al no advertir –tampoco lo intenta–, lo que quieren las mujeres (MacKinnon, 2006, p. 215).

¹³ Thompson (1975) a propósito del “Black Act” inglés, dentro de un análisis marxista refiere que la ley es un instrumento de la clase dominante de facto que define y defiende las reivindicaciones de esta clase sobre los recursos y la fuerza laboral, confirmando y consolidando el poder de clase ya existente.

¹⁴ Sobre la insuficiencia del derecho penal Cfr. MacKinnon (2006b, p. 202). Jaramillo (2000, p. 56) señala que las feministas radicales critican la regulación jurídico-penal sobre algunos temas sexuales.

¹⁵ “al interior del hogar, ‘a puerta cerrada’ los miembros de la familia se encuentran a merced del más fuerte: el padre, el hombre, lo masculino” (Ramírez y Restrepo, 2007, p. 151).

¹⁶ “Los países capitalistas valoran a la mujer en términos de su “mérito” según los estándares masculinos; en los países socialistas, las mujeres son invisibles, excepto en su calidad de “obreras”, término que rara vez incluye el trabajo distintivo de las mujeres: trabajo doméstico, servicios sexuales, tener hijos” (MacKinnon, 2006a, p. 171)

¹⁷ “El derecho ve y trata a las mujeres de la manera como los hombres las ven y las tratan” (MacKinnon, 2006b, p. 203)

Igualmente se viene fomentando el litigio como forma de reclamación judicial, para la protección de los derechos de las mujeres, tradicionalmente negados dentro de la sociedad patriarcal. Para esto se han abordado dos flancos: (i) el liberal y (ii) el progresista (Jaramillo y Alfonso, 2008, pp. 203-212) a través de los cuales se busca conquistar la independencia del cuerpo femenino, como por ejemplo, en lo relacionado con el aborto¹⁸.

Dentro del hogar y fuera de este, el cuerpo de la mujer es instrumentalizado por el hombre, quien incluso se refiere a este bajo términos propios del derecho privado (bienes), cuya disposición depende de él y no de ella. Con base en lo anterior, el hombre considera –amparado incluso por las sagradas escrituras¹⁹–, que el acceso sexual al cuerpo de la mujer es un derecho adquirido, carente de condicionamientos u oposiciones por parte de aquella, quien carece de la titularidad.

Adicionalmente, al cosificar el cuerpo de la mujer, el hombre considera que le proporciona placer a aquella, incluso tratándose de una violación, y la señala de provocar esta clase de conductas (MacKinnon, 2006a, p. 175). Además, el hombre se siente creador y altruista puesto que, si el sexo es aquello para lo que son hechas las mujeres, a través del mismo él la hizo mujer o ratificó esta condición (MacKinnon, 2006b, p. 214).

En definitiva, en la violación se impone la fuerza del hombre, quedando desvirtuada la igualdad natural pregonada por Hobbes (West 2000, p. 109) sometiendo a la mujer a su disposición absoluta²⁰, pero esta desigualdad no es en razón de la fuerza física sino que es un abuso de sexo (MacKinnon, 2006a, p. 179).

En todo caso el delincuente sexual termina observando el delito como un riesgo profesional al punto que “aproximadamente un tercio de todos los hombres aceptan que violarían a una mujer si supieran que no serían arrestados” (Scully y Marolla, citadas por Ramírez y Restrepo, 2007, p. 158).

Lo mismo ocurre dentro de la intimidad del hogar. Recordemos que hasta hace muy poco, la violación de un cónyuge a su pareja no era delito (Uprimny, Rodríguez y García, 2006, p. 328). Esto justificaría la tesis feminista de oposición, en el entendido de que el derecho penal protege a los poderosos, quienes en los términos de West (2000, p. 158) explica la ausencia de las mujeres en la teoría del derecho al no ser protegidas por las leyes.

4. PROTECCIÓN DE LA MUJER. INSTRUMENTOS QUE REGULAN SU VICTIMIZACIÓN

A continuación se relacionará la tipificación legal de algunos delitos contra las mujeres, los cuales corresponden al estudio de casos (*infra* 5.), tales como el homicidio, la tortura, el acceso carnal violento, los actos sexuales violentos y las injurias por vías de hecho.

El artículo 104-11 del Código Penal, establece el *feminicidio* como una modalidad de homicidio agravado²¹. La agencia presidencial para la mujer señala que entre los años 2009-2010, 2.492 mujeres fueron víctimas de homicidio; sin embargo, es preciso advertir que frente a este delito, al igual que por

¹⁸ Cfr. C-355/06, M.P. Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁹ “En la Biblia, conocer a una mujer es tener sexo con ella. (Harcourt, Brace, Jovanovich, 1968, p. 23) citadas por MacKinnon (2006b, p. 194)

²⁰ “La violación es sexo con una mujer que no es la propia, a menos que el acto sea tal que la haga suya” (MacKinnon, 2006b, p. 204)

²¹ En similar sentido el artículo 135 del Código Penal, adicionado por el artículo 27 de la Ley 1257/08 agrava la pena del homicidio en persona protegida cuando se cometiere contra una mujer por el hecho de ser mujer.

secuestro, el número de víctimas masculinas supera el número de mujeres que han padecido este flagelo (Observatorio de Asuntos de Género 2010)²². Con este análisis comparativo no se pretende acreditar el cuestionamiento de la profesora Jaramillo (2000, p. 36)²³ frente a la equiparación de estas tasas, pero sí reseñar una variable que puede resultar útil para el análisis de las respuestas legislativa y judicial sobre la muerte violenta de mujeres²⁴.

Por otra parte, el artículo 178 del Código Penal reprime la conducta de suministrar dolor o sufrimiento físico o psíquico, coaccionando a la víctima por cualquier razón que implique discriminación, bajo el *nomen juris*: tortura, la cual se agrava (artículo 179-6 del Código Penal) cuando se comete para preparar, facilitar, ocultar o asegurar el producto de la impunidad de otro delito, como por ejemplo, la violación.

El título IV del Código Penal contempla los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales de los cuales son preponderantemente víctimas las mujeres²⁵, a pesar de que un hombre también puede resultar afectado con estas conductas²⁶, ya sea mediante tocamientos no deseados o la introducción de cualquier parte del cuerpo u objeto por vía anal²⁷, en los términos señalados por el artículo 212 del mismo compendio punitivo. Si no se da la penetración y la conducta se limita a la ejecución de ciertos actos con contenido sexual, realizados mediante violencia, el delito corresponderá a la adecuación típica consagrada en el artículo 206 del Código Penal.

Adicionalmente, y de conformidad con la tesis regentada por la Honorable Sala de Casación Penal de nuestra Corte Suprema de Justicia²⁸, es preciso advertir que el artículo 226 del mismo compendio punitivo consagra las injurias por vías de hecho, como una lesión a la integridad moral, cuando se agravia a otra persona, por ejemplo, manipulando sus partes íntimas sin su consentimiento, siempre y cuando

²² 28.779 hombres fueron víctimas de homicidio entre los años 2009-2010 y en materia de secuestros el porcentaje es 80% - 20%.

²³ “¿Quieren las mujeres acaso tener el mismo riesgo de enfermedades cardiacas atribuibles al estrés o convertirse en víctimas del homicidio en la misma proporción que los hombres?” [Resaltado fuera del texto]

²⁴ A diferencia del “femicidio” que es considerado como “una forma de terrorismo que funciona para establecer diferencias entre los géneros, para promulgar y reforzar la dominación masculina, y para que todas las mujeres sean crónica y profundamente inseguras” (Rusell y Harmes, 2006, p. 177), el “feminicidio” es “conjunto de violaciones reiteradas y sistemáticas a los derechos humanos de las mujeres y un estado de violencia misógina contra las mujeres que conduce a agresiones, ataques, maltrato y daños que culminan en algunos casos, en asesinatos crueles de las mujeres”. Informe sustantivo de actividades, 14 de abril de 2004 al 14 de abril de 2005. Comisión especial para conocer y dar seguimiento a las investigaciones relacionadas con feminicidios en la República Mexicana y a la procuración de justicia vinculada.

²⁵ “La capacidad estructural de los hombres para violar, y la correspondiente vulnerabilidad estructural de las mujeres, son básicas para la psicología de ambos sexos como el mismo acto primario del sexo. De no ser por este accidente biológico, un acuerdo que exige el acoplamiento de dos partes separadas, el pene y la vagina, no habría copulación ni violación como las conocemos...Por un decreto anatómico –la ineludible construcción de sus órganos genitales- el macho humano era un predador natural y la hembra humana su presa natural” (Brownmiller, 1976, pp. 4,6) citada por MacKinnon (2006a, p. 174) [Resaltado fuera del texto]

²⁶ “Even though our old models of sex assumed that men wanted sex all the time, once the issue becomes one of sexual autonomy can be violated, too. (Hence the rising activism over what was once an invisible part of men’s experience, namely male rape. While it’s hard for us as members of a culture with pretty fixed assumptions about men and women to imagine a woman raping a man, we have slowly begun to recognize that men can and do rape other men.)” (Luker, 2008, p. 119)

²⁷ Para Dworkin (1987, p. 122-123) citada por West (2000, p. 119) el ano no es sinónimo de penetración, a diferencia del “hueco” que las mujeres tienen entre sus piernas.

²⁸ Radicado 25743 (26-10-06).

la conducta del agresor este carente de violencia, caso este último en que la conducta degeneraría en actos sexuales violentos, consagrados en el artículo 206²⁹.

También se encuentran consagradas como circunstancias de agravación de los delitos sexuales (artículo 211 del Código Penal) la confianza existente entre víctima y victimario (numeral 2°) –dentro de la cual se configuraría la situación de los novios o los compañeros sentimentales “informales” que sostienen relaciones sexuales–, así como los aspectos de filiación, incluyendo la calidad de cónyuge o compañero permanente (numeral 5).

A su vez, el Código Penal consagra en el artículo 58-3³⁰, como circunstancia de mayor punibilidad, los denominados “crímenes de odio”. Esta clase de delitos son motivados por el prejuicio en razón del sexo, la orientación sexual, la raza, la religión, la etnia, la diversidad funcional, etc., como por ejemplo cuando se tortura a alguien por el hecho de ser mujer.

Adicionalmente, y siguiendo la misma temática empleada en la exposición de la cifras oficiales sobre el feminicidio, se observa que entre los años 2009-2010, 69.713 mujeres fueron víctimas de violencia intrafamiliar (Observatorio de Asuntos de Género, 2010). Al respecto, en el año 2012 se aprobó la Ley 1452 a través de la cual se garantiza la protección y diligencia de las autoridades en la investigación de los presuntos delitos de violencia contra la mujer y elimina el carácter de querrelables y desistibles de los delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria, tipificados en los artículos 229 y 233 del Código Penal³¹.

A continuación se relacionan otras cifras alarmantes de violencia contra la mujer³².

En el 2012, 47.620 mujeres fueron agredidas por su pareja o expareja, así:

Tabla 1. Violencia por parte de la pareja o expareja

Periodo de tiempo	Número de víctimas
Cada 11 minutos	Una mujer
Cada hora	5.5 mujeres
Cada dos horas	10 mujeres
Cada día	132 mujeres
Cada mes	3.968 mujeres

²⁹ Recientemente, una mujer padeció tocamientos mientras se transportaba en el sistema de transporte masivo de la capital del país Transmilenio, encontrándose en debate la calificación jurídica de la conducta. Ver: <http://m.semana.com/nacion/articulo/presunto-abuso-sexual-en-trasmilenio/376869-3> (Archivo de internet consultado por última vez el 30 de septiembre de 2014).

³⁰ “Que la ejecución de la conducta punible esté inspirada en móviles de intolerancia y discriminación referidos a la raza, la etnia, la ideología, la religión, o las creencias, sexo u orientación sexual, o alguna enfermedad o minusvalía de la víctima”

³¹ Sobre las críticas al respecto –en las cuales no voy a detenerme– remito al lector a la columna del profesor Yesid Reyes Alvarado. Tomado de <http://www.elespectador.com/opinion/columna-361408-pensarlo-dos-veces> (Archivo de internet consultado por última vez el 30 de septiembre de 2014).

³² Tomado de <http://www.medicinalegal.gov.co/index.php/oficina-de-prensa/718-violencia-mujersisma-mujer-hace-un-llamado-a-la-reflexion-sobre-la-situacion-de-violencia-que-viven-las-mujeres-en-colombia> (Archivo de internet consultado por última vez el 30 de septiembre de 2014) y <http://www.semana.com/nacion/articulo/cifras-de-la-violencia-contra-la-mujer-en-colombia/366030-3> (Archivo de internet consultado por última vez el 30 de septiembre de 2014).

Aproximadamente, por cada nueve mujeres que reportan ser víctimas de violencia por parte de su pareja o expareja, sólo un hombre reporta lo mismo.

La violencia sexual es medida por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses como el número de exámenes médico-legales por presunto delito sexual. En el año 2012 se realizaron 18.100 exámenes médico-legales a mujeres. Esto significa que:

Tabla 2. Violencia sexual

Periodo de tiempo	Número de víctimas
Cada media hora	Una mujer
Cada día	50 mujeres
Cada mes	1508 mujeres

Aproximadamente por cada hombre víctima de violencia sexual hay cinco mujeres víctimas.

Debido a que el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses no cuantifica en sus informes los feminicidios, Sisma Mujer tomó dos variables independientes contempladas por el Instituto: circunstancias del hecho y el presunto autor (estas variables son una aproximación al feminicidio).

Tabla 3. Feminicidios

Periodo de tiempo	Número de víctimas	Presunto autor o circunstancia asociada
Cada 3 días	Una mujer	Pareja o expareja
Cada mes	12 mujeres	Pareja o expareja
Cada mes	Una mujer	Delito sexual
Cada mes	12 mujeres	Violencia de parejas

En el caso de los hombres, para el año 2012 sólo 2 integrantes del sexo masculino fueron víctimas a manos de su expareja en un período de 30 días.

Ahora bien, muchas mujeres se abstienen de formular denuncia por estos hechos, debido a factores que van desde la dependencia económica y la unidad familiar hasta el miedo contra el agresor –especialmente cuando este es su cónyuge–, y contra el sistema, que en ocasiones termina re-victimizándolas³³, evitando así consolidar un guarismo certero sobre la comisión de delitos en su contra y haciendo parte de los que se conoce como la “cifra negra de la criminalidad”.

Adicionalmente, a continuación se relaciona la normatividad que regula la violencia contra la mujer:

³³ “Las mujeres denunciadas dicen que fueron violadas dos veces, la segunda vez en el tribunal. Si el Estado es masculino, se trata de algo más que una metáfora” (MacKinnon, 2006b, p. 213)

Tabla 4.

Decreto 164 de 2010	Por el cual se crea una Comisión Intersectorial denominada “Mesa Interinstitucional para Erradicar la Violencia contra las Mujeres”.
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.
Ley 1009 de 2006	Por la cual se crea con carácter permanente el observatorio de asuntos de género.
Ley 294 de 1996	Por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar.
Ley 1482 de 2011	Por la cual se protegen los derechos de una persona, grupo de personas, comunidad o pueblo, que son vulnerados a través de actos de racismo o discriminación

Fuente: <http://www.equidadmujer.gov.co/Normativa/Paginas/Leyes-Favorables-Mujeres.aspx#nal>

Igualmente a nivel internacional se encuentran los siguientes instrumentos:

Tabla 5.

Objetivos de desarrollo del Milenio	Compromiso de los 189 Estados Miembros de las Naciones Unidas para el año 2015
Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, Resolución 1325 de 2000	Aprobada por el Consejo de Seguridad en su sesión 4213 ^a , celebrada el 31 de octubre de 2000
Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer	Adoptada por la Asamblea General en su resolución A/54/4 de 6 de octubre de 1999 y abierta a la firma el 10 de diciembre de 1999
Cuarta Conferencia Mundial Sobre La Mujer, Beijing	Beijing, 4 a 15 de septiembre de 1995
“Convención de Belem Do Para” Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.	Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, en su vigésimo cuarto periodo ordinario de sesiones, del 9 de junio de 1994, en Belem do Para, Brasil
Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer	Resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993
“Protocolo de San Salvador” Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.	Adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimoctavo período ordinario de sesiones de la Asamblea General
Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer	Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979
Convención Americana Sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”	Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966
Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 diciembre de 1966
Declaración Universal de Derechos Humanos	Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948

Fuente: <http://www.equidadmujer.gov.co/Normativa/Paginas/Leyes-Favorables-Mujeres.aspx#nal>

Para concluir esta relación, actualmente se tramita en el Congreso de la República el proyecto de ley 107 de 2013 (*Ley Rosa Elvira Cely*)³⁴, que consagra una pena para el feminicidio que va de 33 a 50 años de prisión, misma que se agrava de 44 a 75³⁵ años de prisión, cuando se cometa por funcionario público, se realice con sevicia o mediante tortura. Igualmente se niega cualquier beneficio o subrogado y se establece la procedencia inevitable de medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, de manera similar a lo regulado para los delitos extorsión (Ley 1126) y los delitos sexuales y contra la vida de menores (Ley 1098). El proyecto a la fecha únicamente ha superado el primer debate (Elheraldo.co, 2014).

Una vez expuesto este panorama, que ofrece una regulación generosa para judicializar los delitos en los cuales la mujer resulta victimizada por el hombre, se abordará el análisis desde una perspectiva judicial, frente a la resolución de esta clase de conductas, advirtiendo que este debe ser el punto fundamental sobre el cual debe centrarse la tesis feminista, ya que –siguiendo a Marx (2002, p. 66)– las revoluciones no se hacen con leyes³⁶.

5. EVOLUCIÓN EN LA JUDICIALIZACIÓN DE DELITOS CONTRA LAS MUJERES

En la resolución fechada 17 de mayo de 2012, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos advierte problemas de investigación dentro de los denominados “crímenes de odio” y, en la sentencia datada 24 de febrero de esa misma anualidad (Caso Atala Riffo y niños Vs. Chile), la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que la orientación sexual y la diversidad de género se encuentran protegidas por la

³⁴ http://www.cej.org.co/doc_sl/SL_PL_SEN_107_2013.pdf

³⁵ Superando la pena máxima consagrada en el artículo 37 de Código Penal (50 años), debiendo modificarse el mismo.

³⁶ Precisamente el párrafo “más famoso” (Jaramillo y Alfonso, 2008, p. 221) de la obra de MacKinnon atiende a la relación entre Marxismo y feminismo: “Hay un argumento paralelo implícito en la teoría feminista: la modelación, dirección y expresión organiza a la sociedad en dos sexos-mujeres y hombres-, división que subyace a la totalidad de las relaciones sociales. La sexualidad es aquel proceso que crea, organiza, expresa y dirige el deseo, creando los seres sociales que conocemos como hombres y mujeres, así como sus relaciones crean sociedad. Tal como lo es el trabajo para el marxismo, la sexualidad es para el feminismo algo socialmente construido pero que, a la vez, construye; universal como actividad pero históricamente específica, compuesta conjuntamente de materia y mente. Así como la expropiación organizada del trabajo de algunos para el beneficio de otros define una clase –los trabajadores- la expropiación organizada de la sexualidad de unos para el uso de otros define el sexo, mujer. La heterosexualidad es su estructura, el género y la familia sus formas concretas, los roles sexuales son sus cualidades generalizadas para la persona social, la reproducción es una de sus consecuencias, y el control es su tema” (MacKinnon 2006a, p. 163-164)

Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 11), estableciendo tres clases de deberes especiales frente a la ocurrencia de estos casos: (i) no discriminar, (ii) investigar y (iii) proteger a las víctimas.

Ahora bien, a pesar de la consagración expresa contenida en el artículo 58-3 del Código Penal, se observa que la Fiscalía, en la formulación de imputación y posteriormente en la acusación, se muestra renuente a la aplicación de esta norma jurídica, invirtiendo el test de credibilidad³⁷ frente a la víctima y exigiéndole la demostración de esta situación.

En el mismo sentido, tratándose de violación de trabajadoras sexuales³⁸, sus declaraciones no resultan creíbles por el ente acusador o se las señala como culpables de la conducta, por generarla a través de sus atuendos, comportamientos y actitudes (Alcoff, 2004, p. 378 y MacKinnon, 2006a, p. 175)³⁹.

6. ESTUDIO DE CASOS

Luego de exponer el marco teórico del feminismo y señalar los instrumentos normativos que regulan la agresión contra las mujeres, se abordarán los casos planteados en la introducción de este documento (i) Caso Rosa Elvira Cely, (ii) violencia del cónyuge o compañero permanente e (iii) injurias por vías de hecho.

6.1 Caso Rosa Elvira Cely

Los hechos consagrados en la sentencia de primera instancia, proferida el 27 de diciembre de 2012, por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado Adjunto de Bogotá, en contra de Javier Velasco Valenzuela, son del siguiente tenor:

³⁷ “(...) la falta de inmediatez, la ausencia de personal capacitado, la ausencia de protocolos de intervención, la creencia de que **la palabra y el testimonio de las mujeres no son creíbles**, las normas supuestamente neutrales, todo este conjunto de factores favorece a la instauración de un subtexto de género que profundiza los sesgos sexistas presentes en el derecho penal, tanto en la parte procedimental como sustantiva, así como en el tratamiento de las víctimas (...)” Roxana Arroyo (2011, p. 38), citada por Munevar (2012, p. 142-143) [Resaltado fuera del texto]

³⁸ Recordemos que Javier Velasco, actualmente condenado por la muerte de Rosa Elvira, también fue condenado por la agresión de una trabajadora sexual <http://zonacero.info/index.php/judiciales/32-judiciales-2/35025-otra-condena-mas-contra-javier-velasco-valenzuela-por-violacion>.

³⁹ Contrario a este argumento, la jurisprudencia de nuestro máximo Tribunal de casación, ha manifestado: “En los delitos contra la libertad sexual que se ejercen mediante la violencia, sin embargo, no es procedente abordar las calidades y condiciones de la víctima, ni mucho menos estimar si debió haberse comportado de alguna manera en aras de no facilitar la producción del resultado típico, por la sencilla razón de que la creación del riesgo no permitido (es decir, la acción tendiente a doblegar la voluntad de la otra persona) le concierne única y exclusivamente al autor. Adicionalmente, de ninguna manera es posible sostener que el sujeto pasivo, cuando es sometido a una situación de constreñimiento, fuerza o coacción, tiene poder de control sobre la asunción del peligro, e incluso el autor estaría en una posición de garante cuando entre él y el sujeto agredido hay relaciones susceptibles de equipararse a estrechas comunidades de vida (supra 2.7), pues éstas obligan al primero a evitar la realización de cualquier conducta que lesione o amenace la libertad sexual o la dignidad del segundo. **En consecuencia, el comportamiento íntimo o sexual de la víctima resulta por completo irrelevante para efectos de la configuración de los delitos sexuales que incluyan a la violencia como elemento estructural del tipo objetivo.**” [Resaltado fuera del texto]. COLOMBIA, Rama Judicial del Poder Público, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, providencia del 23 de septiembre de 2009, Radicado 23508, M.P. Julio E. Socha Salamanca. A su vez, en providencia de la misma Corporación, datada 18 de septiembre de 1997, Radicado 10672, M.P. Didimo Páez Velandia, se expresó: “Dejando de lado las concretas razones de la prostitución (y aquí no se ha probado que L.C sea o haya sido prostituta), la Sala debe replicar a tal reproche que, es de elemental conocimiento jurídico, el argüido «modus vivendi» en nada incide, de suyo, en la libertad para disponer de la sexualidad. **Es decir que por más prostituta que sea una persona su referida libertad debe ser respetada, so pena de que el Estado, a través de su aparato judicial, castigue ese irrespeto que él mismo (por conducto del legislador) ha elevado el rango del delito.**” [Resaltado fuera del texto].

Los registros de la investigación cuentan que la madrugada del 24 de mayo de 2012, Rosa Elvira Cely, una mujer de 35 años de edad, se comunicó a la línea 123 de emergencia de la Policía Nacional, pidiendo auxilio e informando que había sido violada y estaba abandonada en un barranco contiguo a la avenida circunvalar de esta capital.

Rato después y en desarrollo de un operativo desplegado por patrullas de la policía, en zona boscosa del Parque Nacional y próxima a la orilla del río Arzobispo, ubicada en la calle 39 entre la carrera 7ª y la Avenida Circunvalar de esta ciudad, la víctima fue hallada semidesnuda, con signos de hipotermia y evidentes signos de una brutal agresión física y sexual.

Debido al lamentable estado en que fue encontrada, Rosa Elvira Cely fue trasladada al Hospital Santa Clara, donde, a partir del ingreso, su salud se complicó, produciéndose su deceso el 28 de mayo de 2012.

Las valoraciones de los galenos que atendieron e intervinieron quirúrgicamente a Rosa Elvira Cely, así como los conceptos de los peritos del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, evidenciaron la presencia, entre otros signos de violencia, de trauma contundente ano rectal asociado a trauma penetrante de pelvis con desgarró y perforación de ano; patrón de arrastre en espalda, extremidades y tórax; trauma contundente en cuello y rostro que podrían corresponder a maniobras de estrangulación y sofocación; y, heridas por mecanismo corto punzante en la cara posterior del cuello, con compromiso de tejidos blandos.

Se concluyó que la muerte violenta de Rosa Elvira Cely fue causada por trauma contundente severo ano rectal penetrante a pelvis.

Dentro de la tramitación del rito procesal, previo a la emisión de la sentencia, el 31 de julio de 2012 el delegado de la Fiscalía General de la Nación presentó escrito de acusación en contra de Javier Velasco Valenzuela por los delitos de acceso carnal violento agravado, tortura agravada y homicidio agravado.

En un comienzo, la defensa persiguió la tesis de inimputabilidad de su cliente –lo que no implica impunidad, como erradamente consideran los asociados legos en materia penal–; sin embargo, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses determinó que el acusado era consciente de lo que hacía. Dentro de las pruebas recaudadas, reposan cotejos de ADN donde se establece que aquel tuvo relaciones sexuales con Rosa Elvira el día de su muerte⁴⁰.

Frente a lo que se anticipaba en la introducción y de manera crítica en otras partes de este texto, se debe señalar que en este caso no se barajaron teorías por parte del ente acusador, relacionadas con criterios de imputación objetiva como (i) “autopuesta en peligro de la víctima” o (ii) “violación al deber objetivo de cuidado” del servicio asistencial, por trasgresión de la *lex artis*. Sin embargo, es preciso advertir que la concepción tradicional (parcial) de exposición de la víctima (*supra* 3.), sirve para denotar la consecuencia de desigualdad, a partir de la distribución del poder entre hombres y mujeres, ya que resulta absurdo e incluso indolente librar de responsabilidad –así sea social y no penal– al agresor de esta clase de conductas, bajo un criterio retrogrado de “accesibilidad” propiciado por la víctima⁴¹.

⁴⁰ Contaba además la Fiscalía con informe de inspección técnica a cadáver FPJ-10 datado 29 de mayo de 2012; informes de investigadores de campo FPJ-11 de fechas 30 de mayo y 6 de junio de 2012; la historia clínica de Rosa Elvira Cely (víctima), videos de las cámaras de seguridad donde se observa que ella salió del colegio en compañía de Javier Velasco, actas de incautación de elementos y entrevistas.

⁴¹ “If a woman had previously “given away” sex (or sold it, in the case of prostitutes), it could not by definition be stolen. So if woman was wearing provocative clothing or was drinking or using drugs with a man who subsequently sexually assaulted her, many people (including many members of the legal establishment in an earlier era) thought she had simply gotten what was coming to her. (This last assumption still comes up with amazing frequency even today)” (Luker, 2008, p. 116)

En la audiencia preparatoria, Javier Velasco optó por aceptar los cargos endilgados por la Fiscalía General de la Nación y, en consecuencia, fue condenado a una pena de 48 años de prisión por los delitos de tortura (artículo 178), acceso carnal violento (artículo 208), agravado por tener el implicado carácter, posición o cargo que impulse a la víctima en depositar en él su confianza (artículo 211, numeral 2), y homicidio (artículo 103), agravado por tres circunstancias: realizarse con el fin de preparar, facilitar o consumir otra conducta punible (artículo 104, numeral 2), con sevicia (artículo 104, numeral 6) y colocando a la víctima en situación de indefensión (artículo 104, numeral 7).

La providencia de primera instancia fue confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá –Sala Penal– el pasado 8 de marzo de 2013⁴², sin que contra la misma se interpusiera el recurso extraordinario de casación, razón por la cual la misma se encuentra en firme.

En este caso –se insiste–, así como en los demás casos violentos contra la mujer, se desvirtúa la desigualdad natural –en cuanto a la fuerza–⁴³, sometiendo el acusado a su víctima y considerando aquel que había quedado muerta esa madrugada en que la condujo al Parque Nacional, garantizando de esta manera la impunidad de sus actos; sin embargo, la víctima logró llamar a los servicios asistenciales y señalar el nombre del acusado. Afortunadamente el responsable de la conducta punible fue debidamente judicializado y condenado por la ocurrencia de estos hechos.

6.2 Violencia sexual del cónyuge o compañero permanente.

En estos eventos encontramos un rezago fuerte de legitimidad del poder patriarcal⁴⁴ en donde el hombre ostenta cierta “propiedad” sobre el cuerpo de la mujer⁴⁵, impidiendo la judicialización de esta clase de conductas⁴⁶.

La coerción se ha vuelto parte integral de la sexualidad masculina (MacKinnon, 2006b, pp. 205-206 y 214) y por eso, si bien la mayoría de las conductas no son judicializadas por desconocer de su ocurrencia

⁴² Radicado 11001-6000013-2012-11261-01 (2072), M.P. Fernando León Bolaños Palacios.

⁴³ “El problema de la violencia contra las mujeres como manifestación de las relaciones de poder desigual construidas históricamente entre hombres y mujeres, establecidas y aceptadas por la sociedad, debe ser abordado con una visión integral, que comprometa los procesos de sensibilización, información y educación de toda la sociedad, con la finalidad de erradicar este terrible flagelo que agobia a la humanidad, impide la conformación de sociedades auténticamente democráticas, obstaculiza el acceso al desarrollo y afecta profundamente la salud mental de la población. La violencia basada en las relaciones de subordinación que viven las mujeres ocurre tanto en el ámbito público como en el privado, esto es, en el lugar de trabajo, en los centros de salud, en los centros educativos, en el espacio de la comunidad en general, en la relación de pareja y en las relaciones intrafamiliares.” Colombia, Rama Judicial del Poder Público, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, providencia del 8 de junio de 2011, Radicado 36570, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

⁴⁴ “Cuando las mujeres son oprimidas y ofendidas en lo privado, la ley de la privacidad protegerá el derecho de los hombres, toda vez que un Estado que reproduce modelos de opresión masculina someterá igualmente las necesidades no sólo individuales sino también colectivas de las mujeres a la supremacía del hombre. Es así como la separación entre lo público y lo privado para la posición de la autonomía sexual desaparece, puesto que identifica esta división como otra potente ideología.” (Ramírez y Restrepo, 2007, p. 155). “la violación en el matrimonio expresa la idea que tienen los hombres del derecho al acceso a la mujer que se anexan” (MacKinnon, 2006a, p. 179)

⁴⁵ “Se requiere, más que todo, la habilidad para imaginarnos a nosotras mismas en una sociedad en la que las mujeres tengamos posesión de nuestros cuerpos” (West, 2000, p. 139)

⁴⁶ En el mismo sentido Jaramillo (2000, p. 52), West (2000, p. 156-157), Estrich y Rusell, citadas por West (2000, pp. 167 y 169)

ante la falta de denuncia de la víctima, otras quedan en la frontera del consentimiento (artículo 32-2 del Código Penal) o el error de tipo (artículo 32-10 del Código Penal)⁴⁷.

La Corte Constitucional (Sentencia C-285/97) estableció que esta clase de conductas resultan excesivamente lesivas dentro de la órbita penal, en la medida que no sólo atentan contra la víctima directa –que ve defraudada la confianza depositada en su pareja–, sino además porque van en detrimento de la unidad familiar, produciendo graves disfunciones, en especial para la formación de los niños. Sin embargo, consideró que no era necesaria la consagración de un tipo privilegiado como el establecido en el 25 de la ley 294 de 1996, bajo criterios de igualdad y proporcionalidad.

Sea preciso anotar que la denuncia de la cónyuge frente a estos hechos, no es “rechazada de plano” –por usar algunos términos civilistas–, sino que habilita la investigación penal y la eventual práctica de su testimonio dentro de la audiencia de juicio oral, el cual deberá ser valorado en conjunto con los demás medios de prueba, estableciendo la ausencia o no de consentimiento.

Al respecto es importante señalar que el testimonio de la víctima tiene características muy especiales (Parra, 2009, p. 354) en su calidad de testigo directo de los hechos. Su eventual tergiversación, manipulación o acomodación, con el propósito de perjudicar al acusado, pueden ser evidenciadas a través del examen cruzado de su interrogatorio o a través de las preguntas complementarias que puede hacer el Juez.

Las anteriores razones permiten afirmar, que a pesar de la indebida aplicación de la ley penal para los infractores de estas conductas, de antaño, la Judicatura ha fluctuado este criterio y amparado en los pronunciamientos, tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia, ha venido aplicando la ley penal, con todo rigor, en contra de aquellos.

6.3 Injurias por vía de hecho

Finalmente se propone el análisis de un caso polémico⁴⁸:

En la mañana del 10 de junio del 2005, cuando la señorita Diana Marcela Díaz González caminaba por un sendero peatonal de la Calle 97 con avenida Suba, dirección occidente, un joven que se desplazaba en bicicleta, y que luego sería identificado como **VÍCTOR ALFONSO GARCÍA**, tras desacelerar su velocípedo, medio detenerlo y apoyar una pierna en el piso, le tocó los glúteos y la vagina o posó una mano entre sus piernas⁴⁹ y siguió su camino.

Ante las voces de auxilio de la dama, quien tras el tocamiento se sintió empujada, perdió el equilibrio y hubo de apoyarse en una malla, el autor del hecho fue capturado unos metros más adelante por un agente bachiller de la Policía Nacional, que fungía como guía de tránsito en esos momentos.

⁴⁷ “Pero las mujeres también son violadas todos los días por hombre que no tienen idea del significado de sus actos para las mujeres. Para ellos es sexo. Por consiguiente, para el derecho, es sexo” (MacKinnon, 2006a, p. 179)

⁴⁸ Este caso fue analizado en pretérita oportunidad por las profesoras Helena Alviar e Isabel Cristina Jaramillo en el siguiente sentido: “Sostenemos que estas decisiones refuerzan y no solucionan el problema por varias razones. En primer lugar, señalar que una conducta notoriamente reconocida como “violenta”, por no ser invitada ni consentida, y “sexual”, porque involucra una expresión de deseo sexual, no es ni lo uno ni lo otro, nos arrebató a las mujeres la posibilidad de explicar qué es lo que está mal con esa conducta. Además, nos dificulta mostrar cuáles son los costos que van asociados a ella: no caminar por ciertas calles, no caminar sin la compañía de hombres, no usar cierta ropa que las hace más “accesibles”, y todas las consecuencias laborales que van asociadas a estas limitaciones” (Alviar & Jaramillo, 2006).

⁴⁹ Al comienzo, en su declaración, la señorita Díaz González dijo que le había tocado “la cola, los senos y las piernas”. En el juicio oral se refirió a la mano entre sus piernas, a la “cola” y a los “genitales”, y posteriormente, en la misma diligencia, habló de la “cola”, la “vagina” y de la “mano por debajo de las piernas”. Aclaró que al levantarse, el autor le había “rozado” los senos.

Mediante providencia proferida el 26 de octubre de 2006, Rad. 25743, la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal⁵⁰– consideró que estos hechos corresponden en su adecuación típica al delito de injurias por vía de hecho (artículo 226 del Código Penal), decretando la nulidad de la imputación realizada por la Fiscalía, por el delito de acto sexual violento. Esto tras considerar que no existió violencia además de considerar que su conducta no fue idónea para estimular o abrir apetencias sexuales.

¿Será que en realidad con esta conducta sólo ofendió el **honor** de la víctima? La respuesta con independencia de criterios feministas es negativa, ya que incluso los hombres reconocemos el contenido lascivo de estos comportamientos. A su vez, el argumento de “correspondencia” que utiliza la Corte es inspirado en el poder patriarcal y no consulta la percepción de la víctima – mujer– en esta clase de actos⁵¹, quien por supuesto, con ausencia del consentimiento, no concibe un acto sexual recíproco.

Sin embargo, si resulta poco proporcional una pena de 4 años de prisión por este comportamiento, donde efectivamente no existe **violencia** de conformidad con los lineamientos de la dogmática-jurídico penal, queda claro que deben buscarse alternativas para que el mismo no quede en la impunidad; por eso la decisión de la Corte no es del todo reprochable, máxime cuando genera una alerta por el vacío de regulación sobre el tema, aun no satisfecho.

Adicionalmente, en términos de análisis económico del derecho se valoraría esta conducta como aquellas que no ameritan un costo de transacción tan elevado, como el que implica la internación intramural del individuo (Hernández, 2012, p. 86 y Trujillo, 2006, p. 18).

Lo preocupante es que esta tesis de la Corte se ha expandido de manera vertiginosa⁵² dentro de situaciones fácticas sustancialmente diferentes, que omiten la calidad de mujer y el perjuicio ocasionado dentro de los comportamientos sexuales en su contra, en donde se puede vislumbrar no sólo la violencia del agresor sino también de la administración de justicia que, a través de estos pronunciamientos, se erige como represor de su sexualidad e integridad.

CONCLUSIONES

A través del presente texto se relacionó –*in extenso*– la regulación legislativa que protege a la mujer cuando es víctima de delitos y en especial aquellos de contenido sexual, contra la vida, la autonomía personal y la familia. Se señaló que aún cuando la normatividad es exhaustiva, en la práctica judicial existen incongruencias que inspiran la crítica de algunas corrientes feministas frente al derecho penal⁵³.

⁵⁰ La única integrante femenina de la Sala - Marina Pulido de Barón – NO salvó su voto.

⁵¹ “El feminismo reclama la voz silenciosa de la mujer, la sexualidad de nuestra desexualización erotizada, la plenitud de la “carencia”, la centralidad de nuestra marginalidad y exclusión, la naturaleza pública de nuestra privacidad, la presencia de nuestra ausencia” (MacKinnon, 2006b, p. 197), en similar sentido West (2000, p. 151).

⁵² “Un ejemplo triste de esa banalización es el siguiente: la Corte Suprema anuló el 2 de julio de 2008 (Proceso N° 29117) una condena contra un adulto que había tomado a una niña de 9 años en una tienda para “besarla en la boca con introducción de su lengua. Días anteriores, le había cogido los glúteos e igualmente (la había) besado”. Esa persona había sido condenada por actos sexuales abusivos, pero la Corte Suprema consideró que su agresión no tenía ninguna connotación sexual que pudiera afectar la integridad o la libertad sexuales de la menor. La Corte anuló entonces la condena pues concluyó que la persona debió haber sido juzgada por injuria por vía de hecho. El agresor quedó libre.” Rodrigo Uprimny, Suprimir la violencia contra las mujeres, en línea: http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=cultura_juridica_y_educacion&publicacion=499. En esta decisión salvaron el voto los magistrados María del Rosario González, Sigifredo Espinosa y Jorge Luis Quintero por encontrar diferencias sustanciales con la situación fáctica descrita en la providencia del 26-10-06, Radicado 25743.

⁵³ “El derecho ve y trata a las mujeres de la manera como los hombres las ven y las tratan” (MacKinnon, 2006b, p. 203)

No obstante lo anterior, estos errores hermenéuticos deben ser superados para efectivizar el derecho penal y habilitar su operatividad frente a los delitos de los cuales son víctimas las mujeres. Por esto se defiende la postura en cuanto el feminismo debe abrirse paso dentro de esta concepción patriarcal que inspira el derecho, y a través de propuestas judiciales y doctrinarias difundir los conocimientos que rodean su teoría.

Así, es errado considerar que la manipulación, incluso fugaz, de las partes íntimas de la mujer no tiene un contenido sexual para el hombre. No obstante, siendo debatible el uso de la violencia, la respuesta del operador judicial no es del todo censurable. Debe el legislador, en todo caso, percatarse de esta advertencia que hace nuestro Tribunal de Casación a través de providencias datadas del año 2006, frente a las cuales no ha otorgado ninguna respuesta.

En lo que respecta al lamentable caso de Rosa Elvira Cely es preciso exaltar la labor investigativa del ente acusador, aunque no en todos los casos es la más destacada, que, sin embargo, logró recaudar suficientes elementos materiales probatorios para forzar al acusado hacia la aceptación de cargos, quien en todo caso tenía altas probabilidades de resultar vencido en juicio.

Finalmente, en cuanto a la violencia doméstica y la existencia de esa cifra negra de la criminalidad, debe procurarse por brindar una mayor educación tanto a hombres como a mujeres. A estas últimas, frente a los derechos que las cobijan y la ausencia de contraprestación sexual, como obligación creada por el matrimonio o la unión marital de hecho. Para los hombres estos conocimientos también resultarían de utilidad, no sólo por el temor hacia la acción judicial sino también por respeto al cuerpo de sus parejas.

Ciertamente el derecho penal es una de las herramientas más contundentes de manejo de poder, sin que pueda el feminismo renunciar a ella, sino que por el contrario, debe procurar apoderarse de la misma, para de esta manera buscar una mejor distribución del poder y su corolario: la igualdad⁵⁴.

BIBLIOGRAFÍA

Alcoff, L. (2004). El movimiento norteamericano contra la violación: Paradigmas desafiantes del discurso. En *Pensar (en) género: Teoría y práctica para nuevas cartografías del cuerpo*. Bogotá, Colombia: Instituto Pensar y Pontificia Universidad Javeriana.

Alviar, H., & Jaramillo, I. (2006). *La violencia silenciosa*. Recuperado de <http://www.semana.com/opinion/articulo/la-violencia-silenciosa/82379-3> [septiembre 30, 2014]

Asamblea General de Naciones Unidas. Declaración sobre la eliminación de la violencia en contra de la mujer. Procedimientos de la 85 Reunión Plenaria, 20 de Diciembre de 1993.

Colombia, Congreso de la República, Ley 599 de 2000. Por la cual se expide el Código Penal. Julio 24 de 2000.

Colombia, Rama Judicial del Poder Público, Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006.

Colombia, Rama Judicial del Poder Público, Corte Constitucional, Sentencia C-776 de 2010.

Colombia, Rama Judicial del Poder Público, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Providencia del 18 de Septiembre De 1997, Radicado 10672.

Colombia, Rama Judicial del Poder Público, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Providencia del 26 de Octubre De 2006, Radicado 25743.

⁵⁴ “(...) las feministas tienen que combatir un profundo desequilibrio de poder, y la manera de hacer esto es a través del derecho y de la política” (West, 2000, p. 177)

Colombia, Rama Judicial del Poder Público, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Providencia del 2 de Julio de 2008, Radicado 29117.

Colombia, Rama Judicial del Poder Público, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, providencia del 23 de septiembre de 2009, Radicado 23508.

Colombia, Rama Judicial del Poder Público, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, providencia del 7 de abril de 2010, Radicado 27595.

Colombia, Rama Judicial del Poder Público, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, providencia del 8 de junio de 2011, Radicado 36570.

Colombia, Rama Judicial del Poder Público, Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, Providencia del 8 de marzo de 2013, Radicado: 11001-6000013-2012-11261-01 (2072), M.P. Fernando León Bolaños Palacios.

Comisión Especial para conocer y dar Seguimiento a las Investigaciones Relacionadas con Femicidios en la República Mexicana y a la Procuración de Justicia Vinculada (2005). Informe sustantivo de actividades, 14 de abril de 2004 al 14 de abril de 2005.

Elheraldo.co. (2014). *Urge la 'ley Rosa Elvira Cely'*. Recuperado de <http://www.elheraldo.co/editorial/urge-la-ley-rosa-elvira-cely-138377> [septiembre 30, 2014]

Elpais.com. (2014). *El toque de glúteos no es un abuso sexual*. Recuperado de <http://historico.elpais.com.co/paionline/notas/Octubre312006/nalgas.html> [septiembre 30, 2014]

Eltiempo.com. (2013). *Violencia contra las mujeres*. Recuperado de http://www.eltiempo.com/opinion/columnistas/sergiomuozbata/violencia-contra-las-mujeres-sergio-munoz-bata-columnista-el-tiempo_12743380-4 [septiembre 30, 2014]

Hernández, N. (2012). Los sistemas de vigilancia electrónica como sustitutivos de la prisión desde una perspectiva analítico-económica del derecho. *Revista Contexto*, 36, 79-93

Jaramillo, I. y Alfonso, T. (2008). *Mujeres, cortes y medios: la reforma judicial del aborto*. Bogotá, Colombia: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes.

Locke, J. (1960). *Dos ensayos sobre el gobierno civil*, Madrid: Espasa.

Luker, K. (2008). *Salsa Dancing into the Social Sciences. Research in an Age of Info-glut*. Cambridge, EU: Harvard University Press.

Mackinnon, C. (2006a). *Feminismo, marxismo, método y estado: una agenda para la teoría* en *Crítica Jurídica: teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos*. Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes.

Mackinnon, C. (2006b). *Feminismo, marxismo, método y estado: hacia una teoría del derecho feminista*. En *Crítica Jurídica: teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos*. Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes.

Marx, K. (2002). *El Capital*. Recuperado de <http://www.marxists.org/espanol/m-e/1860s/eccx86s.htm>

Munévar, D. (2012). Delitos de feminicidio, Muerte violenta de mujeres por razones de género. En *Revista de Estudios socio-jurídicos*, 14

Observatorio de Asuntos de Género. (2010). *Seguimiento a indicadores poblacionales, con enfoque de género*. Recuperado de <http://www.equidadmujer.gov.co/OAG/Documents/Violencia-contra-Mujeres-2010.pdf> [septiembre 30, 2014]

Parra, J. (2009). *Manual de derecho probatorio*, Bogotá, Colombia: Ediciones del profesional.

Ramírez, N. y Restrepo, O. (2007). *La violencia sexual contra las mujeres: un estudio preliminar* en Estudios de Derecho LXIV (144). Medellín, Colombia: Universidad de Antioquia.

Reyes, A. (1997). *Tipicidad*, Bogotá, Colombia: Temis.

Russell, D., y Harmes, R. (2006). *Feminicidio: Una perspectiva global*. México D. F., México: UNAM.

Semana.com. (2012). *La muerte de Rosa Elvira Cely, un crimen abominable*. Recuperado de <http://www.semana.com/nacion/articulo/la-muerte-rosa-elvira-cely-crimen-abominable/258867-3> [septiembre 30, 2014]

Schumpeter, J. (1965). *Imperialismo: Clases Sociales*. Madrid, España: Tecnos.

Thompson, E. (1975). *Whigs and Hunters. The origin of the Black Act*. Nueva York, EU: Pantheon Books.

Trujillo, J. (2006). *Aproximación al análisis económico del derecho de algunas instituciones del sistema jurídico colombiano*. Recuperado de http://www.redsociojuridica.org/ponencias_2006/analisis_economico.pdf

Uprimny, R., Rodríguez, C. y García, M. (2006), *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*. Bogotá, Colombia: Norma.

West, R. (2000). *Género y teoría del derecho*. Bogotá, Colombia: Facultad de derecho de la Universidad de los Andes e Instituto Pensar.