

LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR: POLÍTICA CRIMINAL DEL ESTADO

CÁSTULO CISNEROS TRUJILLO*

RESUMEN

El artículo se propone exponer las razones por la cuales debe ser una política del Estado la protección a la familia, especialmente en los casos donde se dan tratos violentos, rompiendo con la armonía y paz en el núcleo familiar. De esta manera me dispongo a desarrollar y explicar el tipo penal de violencia intrafamiliar, como una forma que tiene el Estado de evitar estas prácticas que han sido reiterativas en la historia de nuestro país.

Palabras clave: violencia intrafamiliar, tipo penal, maltrato, núcleo familiar, intimidad, derechos del niño, conducta, Estado, derechos de la mujer, política criminal.

INTRAFAMILIAR VIOLENCE: STATE CRIMINAL POLICY

ABSTRACT

This article intends to expose the reasons of why politics of the State should be the protection of the family, especially in the cases where violent treatments are breaking with the harmony and peace in the family nucleus. That's the reason of why I would like to develop and explain the penal type of violence intrafamiliar, like a form that has the State for avoiding these practices that have been reiterative in the history of our country.

Fecha de recepción: 4 de abril de 2006
Fecha de aceptación: 8 de mayo de 2006

* Estudiante de octavo semestre, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

I. NOCIÓN HISTÓRICA

II. CONSAGRACIÓN CONSTITUCIONAL

III. DERECHO INTERNACIONAL APLICABLE

IV. JURISPRUDENCIA

V. DESARROLLO LEGISLATIVO Y ESTUDIO DEL TIPO PENAL

VI. TIPO PENAL

- A. Bien jurídico
- B. Sujeto activo y pasivo
- C. Objeto
- D. Conducta
- E. Causal de agravación
- F. Causal de justificación

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

Los orígenes del fenómeno de maltrato físico y psíquico al interior de la familia se puede localizar en ciertas ideas tradicionales sobre el papel femenino y masculino en la sociedad y en el propio seno del núcleo familiar, esto de una parte, y en el absoluto respeto estatal, fruto del individualismo radical, por diversos conceptos como privacidad e intimidad familiar entendidos de manera absoluta. Esta última razón más que suficiente para que sólo hasta el año 1996 hubiese llegado a la órbita punitiva de manera autónoma, específica e independiente. Esta conducta inhumana ha afectado estadísticamente en un mayor nivel a la mujer y al menor, este último en la mayoría de los casos es hijo del sujeto activo de la acción.

Comprender la violencia intrafamiliar como una problemática causada por la interrelación de factores culturales, sociales, económicos y psicológicos, implica tener en cuenta los contenidos simbólicos de la masculinidad y feminidad, los niveles de participación y responsabilidad de los varones y mujeres mantienen en la producción y reproducción de la violencia intrafamiliar y los significados y valoraciones que nuestra sociedad le asigna a los conceptos de violencia y familia.

Las investigaciones, las políticas sociales y los programas de atención y prevención nacionales como internacionales sobre violencia intrafamiliar, han centrado sus energías y recursos en la atención a las víctimas, que son en su gran mayoría mujeres, niños y niñas, además de las consecuencias producidas en el ámbito físico, sexual y psicológico de esos grupos poblacionales. Hasta hace algunos años en razón de los cambios y adelantos en el orden cultural, social y académico, donde las mujeres han tenido gran protagonismo, emergió la necesidad tanto de estudios como investigaciones que tuvieran como actor principal a los varones. Aunque en América Latina se han implementado serias propuestas en atención a esta práctica, son muy pocas las experiencias que sobre este tipo se han desarrollado.

Podemos definir violencia intrafamiliar como todo acto de violencia realizado por un miembro o miembros de una familia nuclear, dirigido contra otro u otros miembros de la misma y que tenga o que puede tener como consecuencia un daño físico, psíquico o psicológico en los mismos. La violencia física es conocida como aquella que se realiza con el empleo de la fuerza bruta que provoque o que pueda provocar en la víctima un daño físico o enfermedad. La violencia psicológica hace referencia a cualquier acto o conducta que produce desvaloración o sufrimiento en la víctima o agresión contra ella. La Corte Constitucional en sentencia de constitucionalidad 674 de 2005 expresa:

“por violencia intrafamiliar puede entenderse todo daño o maltrato físico, psíquico o sexual, trato cruel, intimidatorio o degradante, amenaza, agravio, ofensa o cualquier otra forma de agresión, producida entre miembros de una familia, llámese cónyuge o compañero permanente, padre o madre, aunque no convivan bajo el mismo techo, ascendientes o descendientes de éstos incluyendo hijos adoptivos, y en general todas las personas que de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica”.

La violencia al interior de la familia es un concepto que desde el punto de vista sociológico, adquiere connotaciones extrañas, se presenta dentro de la comunidad con características particularísimas cuya naturaleza está radicada en la armónica vida en comunidad, que debe pretender el desarrollo integral de la personalidad de sus miembros y la solidaridad entre los mismos, pero sin embargo, se manifiesta en violencia y maltrato que ejecuta alguno de sus miembros hacia otros u otro. En este sentido esta forma de comportamiento es la antítesis de la finalidad familiar y

contradice la esencia y naturaleza de la misma institución. La acción incriminada al producirse en el interior de la familia adquiere dicho significado especial en cuanto lesión a la unidad de la familia entendida como una fuente de paz, socialización y educación incompatible con la agresión y el uso de la fuerza.

I. NOCIÓN HISTÓRICA

La investigación histórica en Colombia empieza a demostrar que la violencia intrafamiliar ha sido una constante en el núcleo familiar, especialmente en la relación de pareja. Desde la colonia se encuentran testimonios de este fenómeno, aunque no se sabe con certeza si fueron producto de las formas de colonización impuestas por los españoles, o si realmente esta práctica viene desde los indígenas. Algunos historiadores expresan que,

“se reconoce, sin embargo, que ya en la colonia los malos tratos habituales constituyeran la causa principal que argumentaban las mujeres que entablaban causas de divorcio. La documentación colonial revela también que la violencia marital era una de las causas de muerte de las mujeres. Muchos casos se dieron dentro de la historia especialmente en el siglo XVIII”¹.

En la Constitución de 1886 se reconoció únicamente como ciudadanos a los hombres, alfabetos y con ciertos bienes económicos. Se acostumbraba tratar a la mujer como dependiente, no tenía la facultad de elegir y ser elegida, no tenía capacidad de manejar sus propios bienes económicos, carecía de representación jurídica como tal². Inclusive a partir del matrimonio, los bienes de las mujeres eran confiscados y el marido podía administrarlos³ (según mi criterio clara manera de violencia).

De esta manera el siglo XX se caracterizó por ciertos avances en los derechos jurídicos de la mujer, como consecuencia de sus propias luchas y la misma necesidad de la sociedad para modernizar las leyes. Entre los diversos cambios legislativos encontramos:

- En 1932 se expidió una ley donde se logró una mayor igualdad de la mujer en la familia, suprimió la potestad suprema del marido y le otorgó a la mujer casada

1 RAMÍREZ, MARÍA IMELDA, “Las mujeres y la sociedad de Santa Fe a fines de la colonia”, tesis de grado, maestría de historia, Universidad Nacional, Bogotá, 1998, pág. 127.

2 Todo esto lo podemos ver claramente en algunas disposiciones del Código Civil, algunas no han sido cambiadas pero la práctica jurídica entiende que no tienen validez.

3 El Código Civil daba a entender que por el hecho del matrimonio la mujer se transformaba jurídicamente en incapaz, equiparable al loco o al menor de edad y era representable jurídicamente por el marido.

la capacidad civil que perdía por el hecho del matrimonio, logrando igualdad frente al hombre en cuanto a la administración, disposición y adquisición de bienes.

- En 1957 se le otorga a la mujer el derecho de ser ciudadana, de esta manera podía elegir y ser elegida, contribuyendo así a una mayor participación en el mundo de la política.
- En 1968 se expide la Ley 75 que incidió en el cambio en torno al tratamiento de la infancia. En primer lugar se creó el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que ha emprendido una labor fundamental hacia la protección de la niñez. Asimismo a través de esta ley se estableció la paternidad responsable, protegiendo a los mal denominados hijos ilegítimos y disminuyendo las condiciones de discriminación.
- La Ley 20 de 1974 constituyó el paso a la igualdad si se puede llamar así de géneros. A través de esta ley se delimitó la patria potestad a ambos cónyuges en la familia y se modificaron las normas que facilitaban la concentración del poder y los derechos del hombre. Se señaló que ambos cónyuges tienen la facultad de vivir juntos, de esta manera se exigió la obligación de fidelidad por parte de los hombres ya que antes era exigible exclusivamente sobre las mujeres.
- El decreto 2737 de 1989 constituye el actual Código del Menor consagró derechos fundamentales del menor que posteriormente se elevarían a rango constitucional, determinó las normas de protección preventivas y correctivas y creó las comisarías de familia.
- La Ley 54 de 1990 reconoció la unión marital de hecho y la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes.

Todas estas normas de naturaleza del derecho de familia son de vital importancia para el estudio del tipo penal, debido a que de acuerdo a la realidad cultural y social el Estado entra a incriminar ciertas conductas que podemos catalogar como contrarias al orden social, por estos motivos es que no encontramos tipos penales que castiguen esta conducta con anterioridad a la Ley 294 de 1996.

II. CONSAGRACIÓN CONSTITUCIONAL

Dada la importancia que la Constitución le da a la familia, la podemos inclusive encontrar en el artículo 5° constitucional que dispone:

“El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como constitución básica de la sociedad”,

partiendo de la premisa de que la familia como institución fuerte y sólida es condición de un Estado fuerte y democrático.

A su vez, el artículo 15 consagra el derecho de todas las personas a su intimidad personal y familiar, mientras que el artículo 28 establece que, “nadie puede ser molestado en su persona o familia” y el artículo 33 consagra la excepción al deber de declarar contra sí mismo o a su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil.

Pero es concretamente el artículo 42 de la Carta Magna el que instituye a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, que se conforma por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por su voluntad de conformarla, indicando finalmente que la honra, la dignidad y la intimidad de la familia, son inviolables. Comentado el artículo 42 de la Constitución Nacional, el tratadista DÍAZ ARENAS expone que los vínculos que pueden dar lugar a la conformación de una familia son jurídicos, cuando se contrae matrimonio, o naturales, cuando provienen de la simple voluntad de la pareja. La importancia social de la familia, cualquiera que haya sido la forma de unión de dos personas sexualmente distintas, es que en su seno los hijos reciben las bases culturales por intermedio de la transmisión de valores y costumbres⁴.

El art. 42 de la Constitución Política establece unos derechos, unos deberes de la familia. En los derechos relevantes para el estudio de nuestro tema encontramos al amparo o protección integral como institución básica de la sociedad por parte del Estado, este es el fundamento constitucional que tiene el Estado para establecer una política criminal cuando se trate de una violación al núcleo familiar. También encontramos dentro de los derechos la protección general por parte de la sociedad, al ser la familia el núcleo esencial de la sociedad, es obligación de ésta protegerla. Otros derechos: la inviolabilidad de la honra, dignidad e intimidad, de esta manera es una obligación del Estado respetar lo anterior y además hacerlo respetar, esto en concordancia con el art. 15 de la Carta Magna. Sobre este punto es donde radican

4 DÍAZ ARENAS, PEDRO AGUSTÍN, *La Constitución Política colombiana 1991*, Temis, Bogotá, 1993, págs. 294-295.

serios problemas debido a que se discute dentro de la doctrina y que posteriormente serán explicados.

Dentro de las obligaciones una es procurar el bienestar de algunos miembros de la familia (caso de las personas de la tercera edad establecido en el art. 46 de la Constitución Política), este punto tiene directa importancia en nuestro tema debido a que en muchos casos se dan actos de violencia en contra de estos miembros de la familia y que por su estado de edad ya no tienen la capacidad de defenderse y en ocasiones son considerados como un estorbo dentro de la misma familia. El deber más importante está establecido en el art. 42 inc. 5° de la Carta, donde se establece:

“cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad y debe ser sancionada conforme a la ley”,

esta es la consagración constitucional de la violencia intrafamiliar, el constituyente estableció que estas conductas deben ser castigadas por el Estado y resalta su importancia dentro de la política criminal.

La Constitución de 1991 incorpora el concepto de familia como producto de amor y pacífica convivencia, situaciones imputadas a título de deber frente a los padres, esta tesis es sustentada por la Corte Constitucional expresando:

“el artículo 44 de la Carta Política reconoce como derecho fundamental de los niños entre otros, “el cuidado y amor”. Es la primera vez que una Constitución colombiana se le da al amor el tratamiento de objeto jurídico protegido. Obviamente los primeros obligados a dar amor al niño son sus padres, de suerte que si hay una falta continua de amor hacia el hijo, no se está cumpliendo, propiamente la paternidad. De esta manera, todo niño tiene derecho a ser tratado con amor, especialmente por sus padres. Entonces, si un padre o una madre incumplen con su obligación constitucional, no sólo están incurriendo en una actitud injusta, sino que no están desempeñando ni la paternidad ni la maternidad, en estricto sentido, porque no ejerce la actitud debida conforme a derecho”⁵.

III. DERECHO INTERNACIONAL APLICABLE

Es de fundamental importancia la explicación de este acápite debido a que posterior a la expedición de la Constitución de 1991 se constituyó lo que dentro del derecho constitucional se denomina “bloque de constitucionalidad” que tiene fundamento constitucional en el art. 93, de esta manera los tratados internacionales sobre

5 Corte Constitucional, sentencia T-339 de 1994, MP VLADIMIRO NARANJO.

derechos humanos tienen prevaecía sobre la normatividad nacional. Sobre este tema muchos tratadistas han esbozado largas discusiones sobre las cuales no entraré a tomar partido, simplemente a continuación se enunciarán algunas normas de orden internacional sobre el tema que se está tratando.

Debemos iniciar expresando que en la Declaración Universal de Derechos Humanos proclamada por la ONU en 1948 se encuentra la primera consagración de un derecho si se puede denominar así a la familia. Expresa el art. 16 num. 3°:

“la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

La ONU establece que es un deber de los estados proteger a la familia, una clara forma es tipificando normas penales contra quienes atenten la familia.

En la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en 1995 se estableció que se debe erradicar toda forma de violencia contra la mujer, eliminar todas las formas de acoso sexual y erradicar toda clase de costumbre contrarias a los derechos de la mujer. Además se subraya la importancia que tiene los niños dentro de la sociedad y que no se debe permitir toda clase de abusos y violencia al interior de la familia.

En el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales celebrada en El Salvador podemos expresar que en su art. 15 establece la protección de la familia como un derecho, implementado la obligación al Estado de ejecutar programas especiales de formación familiar a fin de contribuir a la creación de un ambiente estable y positivo en el cual los niños perciban y desarrollen los valores propios de la familia. Posteriormente en su art. 16 establece el derecho a la niñez, otorgándole al niño el derecho a la protección bajo la responsabilidad familiar, y en casos excepcionales bajo la responsabilidad del Estado.

En relación con las mujeres, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, suscrita en la ciudad de Belén Do Para, Brasil, el 9 de junio de 1994, aprobada por la Ley 248 del 29 de 1995, dispuso, entre otros, como deber de los estados:

“incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso”.

Sin lugar a dudas encontraríamos mucha normatividad internacional, considero que las anteriores podrían ser las más importantes, sin menospreciar que dentro del mundo del derecho internacional hay instituciones que probablemente se encargarían de evitar la comisión de estas conductas y que en una ciencia como el derecho que día a día tiende a internacionalizarse es de vital importancia analizar la normatividad internacional aplicable.

IV. JURISPRUDENCIA

Podemos encontrar una serie de jurisprudencias especialmente de la Corte Constitucional, donde se protegen ciertos derechos especialmente de los niños, pues como claramente lo expresa el art. 44 de la Carta Magna “los derechos de los niños prevalecerán sobre los de los demás”. De esta manera se analizó la siguiente jurisprudencia:

- La sentencia de constitucionalidad 314 de 1997 expresa

“Partiendo del enfoque personalísimo de la nueva Carta Fundamental de 1991, que busca el respeto, la protección y dignificación de la persona humana, la familia adquiere una especial connotación como núcleo fundamental de la sociedad para la existencia tanto de aquélla como de la organización política y social, configurándose, entonces, en sujeto de amparo y protección especial por parte del Estado, como institución básica de la sociedad (art. 5°). De esta manera, el constituyente de 1991 retomó los avances jurídicos alcanzados hasta el momento en materia civil frente a esa realidad profundizando en el tratamiento de la familia respecto de su origen y de la igualdad de derechos y obligaciones de sus miembros”⁶.

- La sentencia de constitucionalidad 652 de diciembre 3 de 1997 expresa:

“La institución de la familia merece los mayores esfuerzos del Estado para garantizar su bienestar. De ahí que corresponda a las autoridades intervenir en la relaciones familiares, no con el fin de fijar criterios de comportamiento, lo cual pertenece a la órbita del derecho a la intimidad, sino para propiciar la armonía y la paz familiar, impidiendo cualquier amenaza o violación a los derechos fundamentales de sus integrantes. El legislador ha creado un sistema normativo cuyo propósito radica en prevenir, corregir y sancionar la violencia intrafamiliar, a través de medidas pedagógicas, protectoras y sancionadoras que permiten a las personas solucionar sus desavenencias familiares por medios civilizados como el diálogo concertado, la conciliación y, en fin, otros medios judiciales, proscribiendo cualquier comportamiento agresivo o violento”⁷.

6 Corte Constitucional, sentencia de constitucionalidad 314 de 1997, MP HERNANDO HERRERA VERGARA.

7 Corte Constitucional, sentencia de constitucionalidad 652 de 1997, MP VLADIMIRO NARANJO.

- La sentencia de constitucionalidad 273 de 1998 expresa:

“La búsqueda de la igualdad real y efectiva y el deber de protección a la familia contra toda forma de violencia explican que en el Estado social de derecho el ámbito doméstico no sea inmune a la intervención judicial en amparo de los derechos fundamentales de sus miembros. Esta injerencia del Estado en las relaciones familiares es empero excepcional, pues sólo en ocasiones especiales su presencia es necesaria para la protección de los derechos constitucionales. Por ende, no toda intromisión del Estado es constitucionalmente válida, como quiera que la esfera de protección del derecho a la intimidad familiar marca un límite a estas intervenciones. Sin embargo la garantía de inmunidad del espacio privado puede ceder frente al deber estatal de protección de la familia”⁸.

- La sentencia de constitucionalidad 674 de 2005 expresa:

“En ese contexto, el fenómeno de la violencia intrafamiliar comprende todo acto de maltrato que recaiga sobre un integrante del núcleo familiar del agresor, sin hacer distinción en cuanto a su gravedad. De este modo conductas tipificadas de manera general como el homicidio o las lesiones personales se integran al ámbito de la violencia intrafamiliar cuando se cometen contra integrantes de ese núcleo. En ese sentido, por ejemplo, la Corte Constitucional, consideró que no resultaba admisible constitucionalmente diferenciar del tipo penal de la violación uno específico de violación entre cónyuges, para hacer menos severa la sanción aplicable en el segundo, porque la afectación del bien jurídico era la misma en ambos casos. Así, en el ámbito de la familia tiene plena aplicación el derecho penal que protege la vida y la integridad personal e, incluso, de ordinario, la condición de la víctima como integrante del núcleo familiar se toma como una circunstancia de agravación punitiva”.

De estas cuatro sentencias de la Corte Constitucional esbozadas anteriormente podemos concluir que la institución de la familia merece los mayores esfuerzos del Estado para garantizar su bienestar. De ahí que corresponda a las autoridades intervenir en la relaciones familiares no con el fin de fijar criterios de comportamiento, lo cual pertenece a la órbita del derecho a la intimidad, sino para propiciar la armonía y la paz familiar, impidiendo cualquier amenaza o violación a los derechos fundamentales de sus integrantes. Asimismo la violencia familiar es un grave problema social que afecta a amplios segmentos de la población y que constituye una clara violación de los derechos humanos de las víctimas. Los distintos estados, tanto en sus ordenamientos internos, como en instrumentos internacionales, han

8 Corte Constitucional, sentencia de constitucionalidad 273 de 1998, MP ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

venido desarrollando medidas orientadas a prevenir todas las modalidades de violencia intrafamiliar y a proteger a las víctimas de las mismas⁹.

V. DESARROLLO LEGISLATIVO Y ESTUDIO DEL TIPO PENAL

Desde el punto de vista jurídico la violencia intrafamiliar se cataloga como el principal delito contra el bien jurídico familia, esto teniendo en cuenta que es de vital importancia para la política criminal del Estado la protección de todas las violaciones contra este bien jurídico, ya que desde antecedentes muy lejanos se entiende a la familia como la institución fundamental de una sociedad, teoría que es confirmada por nuestra Constitución política de 1991 en su artículo 42.

El fundamento general para la incriminación se ubica en la ruptura del concepto tradicional de privacidad e intimidad, que por mucho tiempo envolvió la vida interior de la familia. Los rompimientos de la armonía familiar que llegaron al extremo del ejercicio de la violencia, no podían seguir siendo escondidos esto debido a su trascendencia en la sociedad. Por otro lado, la Corte Constitucional en su jurisprudencia ha establecido fundamentos para la protección de la violencia interfamiliar. El Tribunal Constitucional expresa:

“dentro del contexto de la Constitución vigente, los padres biológicos y progenitores tienen el deber y la obligación de ofrecer a sus hijos un ambiente de unidad familiar que permita el desarrollo integral y armónico de su personalidad. No en vano puede hablarse de personas violentas, de temperamento agresivo, con instintos de carácter fuerte, como aquellas formadas o que han crecido en medio de un ambiente de desunión, pelea, donde no se da la existencia de un ambiente familiar propicio para el crecimiento del ser humano. De esta manera es una obligación de los padres brindarles a sus hijos un ambiente familiar de unidad, amor y concordia adecuado para su formación y desarrollo, aun después de la crisis, ruptura o separación de la pareja, evitando toda clase de traumas de índole emocional”¹⁰.

9 Una muestra aleatoria sobre la legislación relativa a la violencia intrafamiliar en diversos estados permite observar que de ordinario, la misma se orienta a regular medidas administrativas de protección, incluso con intervención judicial, y remite a la legislación general para la regulación de los asuntos penales. Así, por ejemplo en Ecuador la “Ley contra la violencia a la mujer y la familia”, que contiene un completo régimen en materia de violencia intrafamiliar, no incluye los tipo penales que pueden resultar aplicables, sino que de manera general, en su artículo 23 dispone que “el juzgamiento de los actos de violencia física y sexual que constituyan delitos, y que sean cometidos en el ámbito intrafamiliar, corresponderá a los jueces y a los tribunales de lo penal, sujetándose a las normas previstas en el Código de Procedimiento Penal”.

10 Corte Constitucional, sentencia de tutela 278 de 1994, MP HERNANDO HERRERA VERGARA.

Hablando estrictamente desde la perspectiva del derecho penal, este tipo penal no tenía consagración en el código de 1936 y tampoco en el código de 1980 (decreto 100), es clara la razón por la cual no se consagraba en el año 1936 donde todavía no existía la Declaración Universal de Derechos Humanos, que fue promulgada en 1948. En 1980 es probable que la comisión redactora no le haya dado tanta importancia a este tipo penal debido a la política criminal, ya que si se observa este código, el legislador le da mayor importancia a la protección penal del Estado como titular de una serie de bienes jurídicos.

De esta manera la primera consagración del tipo penal “violencia intrafamiliar” se da en la Ley 294 art. 22 que estipulaba lo siguiente:

“el que maltrate física, psíquica o sexualmente a cualquier miembro de su núcleo familiar, incurrirá en la prisión de uno (1) a dos (2) años”.

Este tipo penal es un claro ejemplo de lo que sucedió posteriormente a la expedición de la Constitución de 1991, donde los tipos penales se encontraban dispersos en la legislación y no unificados en un cuerpo normativo, objetivo que se cumplió con la expedición de la Ley 599 de 2000 (actual Código Penal). Ya sobre el contenido estricto del tipo penal podemos explicar que no contenía una pena muy alta, no se da la posibilidad de excluir esta conducta cuando constituya otra de mayor punibilidad, además no establece un agravante cuando se trate de ciertos miembros del núcleo familiar como por ejemplo los niños. Cabe observar que la Corte Constitucional en la sentencia C-285 de 1997 precisó que era posible consagrar de manera autónoma el delito de violencia intrafamiliar, fundó su decisión entre otras razones, en la consideración de que el tipo específico remitía a formas de maltrato que no produjesen lesiones y que como tales no estuviesen comprendidas dentro de otros tipos penales¹¹.

Pero con el pasar del tiempo se dio la necesidad de unificar la legislación en un único cuerpo normativo penal y se expide la Ley 599 de 2000. El proyecto de 1998 establecía:

“Los artículos 222 y 223 del proyecto corresponden a nuevos delitos consagrados en la Ley 294 de 1996, conductas que permanecen en la legislación penal, dadas las especiales consideraciones que efectuó la Corte Constitucional al revisar la exequibilidad de la referida ley, y que fueron expuestas en relación con la violencia sexual entre cónyuges. La Constitución Política en su art. 42, determina que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, a tono con ello la propuesta le brinda especial protección a la unidad y armonía familiar”¹².

11 Corte Constitucional, sentencia de constitucionalidad 285 de 1997, MP CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

12 Exposición de motivos, proyecto de ley n° 140 de 1998, Senado, *Gaceta del Congreso*, n° 139, pág. 13.

El artículo 229 original de la Ley 599 de 2000 expresa:

“el que maltrate física, psíquica o sexualmente a cualquier miembro de su núcleo familiar, incurrirá, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor, en prisión de uno (1) a tres (3) años.

La pena se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes cuando el maltrato recaiga sobre un menor”.

Este tipo penal incluyó aspectos que me parecen relevantes, constituyó un agravante cuando este delito se comete en contra de un menor, aumentó la pena y excluyó la posibilidad de castigar este delito cuando con la misma conducta se cometiere otro tipo penal de mayor punibilidad.

El actual artículo 229 del Código Penal colombiano establece:

“El que maltrate física o psicológicamente a cualquier miembro de su núcleo familiar, incurrirá, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor, en prisión de uno (1) a tres (3) años.

La pena se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes cuando el maltrato, del que habla el artículo anterior recaiga sobre un menor, una mujer, un anciano, una persona que se encuentre en incapacidad o disminución física, sensorial y psicológica o quien se encuentre en estado de indefensión”.

Esta es la reforma que realizó el legislador por medio de la Ley 882 de junio 2 de 2004 art. 1°.

VI. TIPO PENAL

A. Bien jurídico

Desde los puntos de vista jurídico y material la expresión familia se utiliza en dos sentidos generales, plenamente aceptados y con plena repercusión en el objeto de tutela de este tipo penal. Hay un concepto de familia amplio o extenso que abarca a todos los parientes de una persona unidos por el vínculo de consanguinidad, de esta manera se encuentran los padres, abuelos, hijos, nietos, hermanos, tíos, primos, etc., se tiene en cuenta la concepción de familia según el *Diccionario* de la Real Academia de la Lengua Española cuando define a la familia como:

“el conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales de un mismo linaje”.

Este criterio que según la mayoría de la doctrina se considera como material y que tiene su relevancia jurídica, se ha ampliado aun más al incluir en él no sólo el vínculo de consanguinidad sino también el vínculo civil, incorporando también la filiación adoptiva y los lazos civiles generados por la unión matrimonial. Sobre esto expresa JOSSERAND:

“*Lato sensu*, la familia engloba a todas las personas unidas por un lazo de parentesco o de afinidad; se extiende hasta límites lejanos que nuestro derecho positivo establece en el duodécimo grado; en esta acepción, descansa a la vez en la comunidad de sangre, en el matrimonio y en la adopción”¹³.

La comprensión y utilización restringida del término también desde el ángulo material con implicación jurídica, se refiere a la familia como el grupo de personas conformada por el padre, la madre y los hijos (familia en *stricto sensu*), que viven en comunión de vida, convivencia o comunidad doméstica. De acuerdo con este criterio la familia estaría conformada por un grupo determinado de personas, donde no se distinguen vínculos de consanguinidad o civiles, simplemente se habla de “núcleo familiar”. Sobre esto JOSSERAND expresa:

“en un sentido mucho más restringido y diferente, designa la familia a las personas que viven bajo el mismo techo; padre, madre, hijos y si hubiera nietos, y aun colaterales; se convierte poco en un sinónimo de hogar”¹⁴.

El ordenamiento jurídico se refiere a la familia como institución, visión que incluye tanto sus acepciones amplia y restringida, como su conformación conceptual teleológica, tanto desde el punto de vista normativo como estructural, sobre este aspecto se habla de familia como célula primaria de reproducción y vida social.

B. Sujeto activo y pasivo

Para un mayor entendimiento de este delito, desde el análisis teórico de la estructura de los delitos podemos expresar en primera instancia que el sujeto activo sin lugar a dudas es calificado, esta razón se da porque debe existir un vínculo familiar el cual es una calificación jurídica y es necesaria para el desarrollo de la conducta punible. Nos encontramos ante unos hipotéticos miembros del núcleo familiar los cuales están descritos en la Ley 294 de 1996, iniciando con los cónyuges o compañeros permanentes; el padre y la madre de familia así no convivan en un

13 JOSSERAND, LOUIS, *Derecho civil*, América, Boscho y Cía. Editores, Buenos Aires, 1952, pág. 7.

14 Ídem, pág. 8.

mismo hogar; los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos, y todas las personas que de manera permanente se encontraren integradas a la unidad doméstica, esta última se expande a aquellos parientes que no se encuentran dentro de los tres primeros números e inclusive a algunas personas extrañas que figuren dentro de la constelación familiar (por ejemplo, las damas de compañía).

La característica determinante del tipo penal es la pertenencia al núcleo familiar por parte del sujeto activo y de la víctima (titulas del bien jurídico). La legislación colombiana optó por incluir dentro del tipo penal la expresión “miembros del núcleo familiar”¹⁵, de esta manera se trata de un tipo penal especial propio. En primer término para la estructuración del núcleo familiar debemos atender a su contenido material, porque en él deben concurrir como elementos esenciales, la convivencia que no se basa en la simple relación afectiva, ni en los ligámenes jurídicos de parentesco. Pues bien, el núcleo familiar puede surgir de la unión matrimonial de un hombre y mujer o de la simple unión libre o de hecho que como característica presenta la vida en común o convivencia, que también en un sentido material, como cohabitación vale decir, convivencia habitual en la misma casa. De esta manera se excluyen por este aspecto de incriminación los sujetos pasivos que no obstante estar vinculados por parentesco o por lazos que pueden reflejar afectividad estable o continua, no convivan en el mismo domicilio, pues reiteramos, este es un elemento esencial del núcleo familiar.

El sujeto pasivo secundario y paralelamente víctima del reato asume calificaciones de carácter natural, jurídico y social, aunque esto se dé en estricta referencia normativa. Debe ser un miembro del núcleo familiar, aspecto que debe ser interpretado con el auxilio legislativo incluido en la Ley 294 de 1996 que considera miembros de la familia los mismos sujetos explicados anteriormente en el sujeto activo.

La relación entre los conceptos de sujeto pasivo secundario y de víctima también son de importancia en el presente tipo penal. La noción de víctima es amplia, hace referencia al padecimiento de dolor ya sea físico o moral, que un hecho punible producen en una determinada persona. El concepto de sujeto pasivo es restringido, preciso y técnico, no obstante en este caso el sujeto pasivo secundario es también víctima y ve vulnerados sus derechos a la integridad personal y libertad, pero sin lugar a dudas son también víctimas los demás miembros del núcleo familiar, allegados que sin duda padecen los efectos de estar ligados a la conducta.

15 A diferencia de otras legislaciones como la española donde se expresa sobre el sujeto activo y pasivo “cónyuge o cualquier otra persona que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad”.

La norma no comprende las suposiciones de nexos familiar con ruptura de la relación de convivencia, tanto en las relaciones matrimoniales, como en las maritales de hecho, eventos en los cuales es frecuente el ejercicio del maltrato frente a excónyuges o frente a la excompañera permanente. En el análisis sociológico y estadístico anterior, es frecuente expresar que los riesgos a sufrir violencia se incrementan con la ruptura de la vida en común. Considero que estas situaciones no son tratadas por la legislación penal debido a que claramente el tipo penal se denomina “violencia intrafamiliar”, de esta manera la conducta será castigada por otros tipos penales diferentes a éste, tales como lesiones personales, acceso carnal violento, etc.

Pues bien, partiendo del anterior planteamiento encuentro una problemática, no sólo de política legislativa, acerca del reconocimiento y alcance de protección jurídica normativa de la familia natural, en plenitud de igualdad o equiparación jurídica, con claras consecuencias sobre los fundamentos de incriminación y conformación estructural de prácticamente todos los tipos penales incluidos dentro del título de “delitos contra la familia”. Considero que la especificación de los miembros de un núcleo familiar donde se protege el bien jurídico sin lugar a dudas es un punto complicado de este tipo penal, que como veremos más adelante según la mayoría de la doctrina se considera como un tipo penal en blanco.

C. Objeto

Desde el análisis del objeto indiscutiblemente el objeto material de este delito tiene un carácter personal porque la actuación del agente se concretaría con uno o varios integrantes de la familia, ya que el juez debe tener en cuenta que alguna conducta que él puede calificar como exceso de violencia, para los sometidos no lo puede ser, por tanto el centro de la protección de este tipo penal se centra en el mantenimiento de las situaciones que favorecen la conservación de la unidad familiar en un entorno de comprensión y armonía.

D. Conducta

Sobre el análisis de la conducta dentro de este delito encontramos el verbo rector “maltratar”, que tiene una definición según el *Diccionario* de la Real Academia de la Lengua Española como “tratar mal a alguien de palabra u obra”, de esta manera se puede deducir que todos aquellos actos que estén encaminados a crear un ambiente de incomodidad y enrarecimiento que conspire en contra de la mutua confianza y tranquilidad familiares. Es un tipo penal subsidiario por tanto impide que en la práctica

exista concurso con tipos penales como homicidio, lesiones personales, constreñimiento ilegal, actos sexuales violentos, torturas, injurias por vías de hecho o propias, todo esto porque predomina el criterio de preferencia a la superior punibilidad. La discusión se centra en el elemento de la violencia como aspecto de vital importancia para la consumación del delito, situación que está en cabeza del juez, quien debe tener en cuenta la afectación y conservación de los valores familiares. También hay que explicar que no puede existir tentativa en este tipo penal esto porque es un tipo de conducta y esta característica no lo permite.

La acción de maltrato debe entenderse de manera amplia, esto quiere decir que incluye todo género de acciones que afecten la dignidad humana de la víctima en todas sus concreciones (respeto a la vida, libertad de locomoción, armonía psíquica y emocional, integridad física y moral), es por esto que podemos afirmar que es un tipo pluriofensivo. Pero el maltrato incluye más que el simple ejercicio de la violencia, aunque este aspecto es el más importante desde el punto de vista probatorio, alcanzando toda la gama de comportamientos que destruyen, menosprecian, coartan, denigran, humilla o simplemente neutralizan el libre y adecuado desarrollo de la personalidad de la víctima en el interior de la familia.

La estructura de este tipo penal es de resultado-lesión, es necesario un cambio en la realidad para que se dé su comisión. Esto quiere decir que su perfeccionamiento afecte de manera directa la conservación, unidad, preservación y armonía dentro del núcleo familiar. Además debe ser de conducta instantánea pues no es relevante el tiempo en que dure el ejercicio de la violencia por parte del agente.

Es indudable que este tipo penal sólo puede darse de forma dolosa ya que requiere que el sujeto activo conozca su posición dentro de la familia, además debe conocer que su conducta puede ocasionar malestares suficientes con el fin de afectar el entorno de armonía que rodea la célula familiar pudiendo adoptar otras posiciones que no afecten esta armonía.

Es de vital importancia observar el comportamiento de los miembros de la familia y su formación cultural, pues lo que para algunos puede ser normal y representar inclusive afecto, para el resto puede resultar lesivo. De esta manera es necesario valorar no sólo la fuerza objetiva intrínseca de la conducta, sino su potencial destructivo desde observaciones individuales, tarea difícil y ardua que le corresponde al juzgador. Asimismo hay que diferenciar el ámbito exclusivamente doméstico del exterior a él, porque hay expresiones de violencia que pueden plantearse dentro de los miembros del núcleo familiar que en sentido estricto no conciernen a ella, ya que nos encontramos en condiciones diferentes, ingresando en el mundo de los roles o

papeles excluidos a los familiares¹⁶. En estos casos creo que no existe una antijuridicidad material, ya que no se está obrando en el interior de la familia ni cumpliendo papeles establecidos dentro de la misma.

La subsidiaridad del tipo excluye en la práctica que existan posibilidades de concurso con hechos punibles como lesiones personales, tortura, homicidio, actos sexuales violentos injurias propias o por vías de hecho, constreñimiento ilegal, etc., de esta manera aquellas conductas que incluyan hechos violentos se da una preferencia al tipo con mayor punibilidad. También se debe concluir (a pesar de ser muy discutido) que este tipo penal no acepta la posibilidad de la tentativa, porque considero que la conducta se debe consumir, debe haber un cambio en el mundo exterior esto debido a su condición de tipo de resultado. Para algunos doctrinantes,

“es una facultad del juez evaluar *in genere* el aspecto global de la materia llegada a su conocimiento a través de la querrela o la denuncia, sin importar tanto incluso la reiteración de una conducta en el tiempo, o su excepcionalidad, sino su capacidad para afectar la conservación de valores familiares”¹⁷.

E. Causal de agravación

La causal de agravación la encontramos en el art. 229 inc. 2° del Código Penal que expresa:

“La pena se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes cuando el maltrato, del que habla el artículo anterior recaiga sobre un menor, una mujer, un anciano, una persona que se encuentre en incapacidad o disminución física, sensorial y psicológica o quien se encuentre en estado de indefensión”.

La protección penal al menor la encontramos con el fundamento del art. 44 de la Constitución Política, el cual tiene desarrollo legal en el decreto 2737 de 1989 (Código del Menor), de esta manera el niño tiene derecho a ser protegido contra toda forma de abandono, violencia, descuido o trato negligente, abuso sexual y explotación. Lo importante es explicar hasta qué momento se considera como niño a una persona, debido a que para algunos doctrinantes es hasta los 18 años, mientras que en algunos

16 Por ejemplo, el airado reclamo que le realiza el padre como entrenador de un equipo a su hijo que hace parte del equipo como jugador; el regaño que le realiza el cónyuge profesor a su esposa cuando ella es alumna y es sorprendida realizando fraude.

17 FERRO TORRES, JOSÉ GUILLERMO, *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pág. 498.

aportes de la ley penal encontramos que esta consideración cronológica va hasta los 14 años, inclusive antes¹⁸.

Considero que el establecimiento del parámetro objetivo de 18 años establecido en nuestra legislación es bastante cuestionable desde el punto de vista práctico, pues no encuentro mayores fundamentos para que la conducta cometida sobre una persona que en el momento tiene la edad de 17 años y 364 días se encuadre cabalmente en una causal de agravación de la conducta punible por el solo hecho de haber sobrepasado un día, según mi consideración esta conducta debería encuadrarse dentro de la posibilidad simple del delito. De esta manera es de vital importancia tener en cuenta aspectos sociológicos y psicológicos con fuentes periciales fidedignas, que ayuden a determinar el estado de indefensión que claramente establece esta causal de agravación. Hay que advertir que según el Código del Menor en su art. 28 establece:

“se entiende por menor a quien no haya cumplido los dieciocho (18) años”.

Además según mi criterio creo que no es una norma penal en blanco, en otras palabras la expresión “menor” no necesariamente remite a la legislación del menor, pues de ser así hay una falta de técnica jurídica ya que el legislador debió de manera expresa afirmar esta consideración, en conclusión para efectos penales, la aplicación cronológica se debe realizar dependiendo del tipo penal.

En cuanto a los demás sujetos establecidos dentro de la causal de agravación son claros, lo importante es tener en cuenta el estado de indefensión en que se encuentran frente al sujeto activo de la conducta.

F. Causal de justificación

La causal de justificación que más se impone teniendo en cuenta la naturaleza de la conducta es la del derecho de corrección, esto debido al reconocimiento de un orden con fines de instrucción familiar y los deberes que comportan una actividad educativa que se le asigna especialmente a los ascendientes sobre los descendientes. La complicación viene cuando el juez debe valorar la situación para catalogarla como una conducta punible. Hoy con las modernas concepciones de la familia se considera que ya no se castiga a los descendientes de una manera brutal y violenta, así que el Estado en cabeza de las autoridades judiciales deben tener mucha precaución para no quebrantar la vida particular, así que debe acudir a instituciones

18 Artículos 208, 209, 218, 219 del Código Penal.

generales del derecho penal como el ejercicio de un derecho, inclusive a las instituciones de estado de necesidad y legítima defensa.

Hay que expresar que después de la expedición de la Ley 890 de 2004 en su art. 14 expresa que la pena prevista será aumentada en la tercera parte respecto del mínimo y en la mitad respecto del máximo. Esta disposición empezó a regir en 1° de enero de 2005. De esta manera la pena prevista para el delito de violencia intrafamiliar en su mínimo es de 1 año y 4 meses, y en el máximo es de 4 años y 6 meses.

BIBLIOGRAFÍA

Corte Constitucional, sentencia de tutela 278 de 1994, MP HERNANDO HERRERA VERGARA.

Corte Constitucional, sentencia T-339 de 1994, MP VLADIMIRO NARANJO.

Corte Constitucional, sentencia de constitucionalidad 285 de 1997, MP CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

Corte Constitucional, sentencia de constitucionalidad 314 de 1997, MP HERNANDO HERRERA VERGARA.

Corte Constitucional, sentencia de constitucionalidad 652 de 1997, MP VLADIMIRO NARANJO.

Corte Constitucional, sentencia de constitucionalidad 273 de 1998, MP ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

DÍAZ ARENAS, PEDRO AGUSTÍN, *La Constitución Política colombiana* (1991), Temis, Bogotá, 1993.

FERRO TORRES, JOSÉ GUILLERMO, Universidad Externado de Colombia, *Lecciones de derecho penal: parte especial. Delitos contra la familia*, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

JOSSERAND, LOUIS, *Derecho civil*, América, Boscho y Cía. Editores, Buenos Aires, 1952.

PACHECO OSORIO, PEDRO, *Derecho penal especial*, Temis, Bogotá, 1975.

PÉREZ ESCOBAR, JACOBO, *Derecho constitucional colombiano*, Temis, Bogotá, 2004.

PÉREZ, LUÍS CARLOS, *Derecho penal: partes general y especial*, Temis, Bogotá, 1981.

Política Nacional de Construcción de Paz y Convivencia Familiar, “Reflexiones sobre violencia de pareja y relaciones de género”, *Violencia Intrafamiliar* 4, Bogotá, 2001.

Política Nacional de Construcción de Paz y Convivencia Familiar, “Masculinidades y violencia intrafamiliar”, *Violencia Intrafamiliar* 5, Bogotá, 2001.

- RAMÍREZ, MARIA IMELDA, "Las mujeres y la sociedad de Santa Fe a finales de la colonia", tesis de grado, maestría en historia, Universidad Nacional, Bogotá, 1998.
- RANIERI, SILVIO, *Manual de derecho penal. Parte especial*, t. V, Temis, Bogotá, 1975.
- SUÁREZ FRANCO, ROBERTO, *Derecho de familia*, t. I, 8ª edición, Temis, Bogotá, 2001.
- TOCORA, LUÍS FERNANDO, *Derecho penal especial*, Librería del Profesional, Bogotá, 2002.
- VELÁSQUEZ, MAGDALA, *Condición jurídica y social de la mujer. Nueva historia de Colombia*, t. IV, Educación, ciencia, luchas de la mujer y vida diaria, Planeta, Santa Fe de Bogotá, 1989.

