

**LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR EN COLOMBIA: UN ANÁLISIS DESDE LA
DOGMÁTICA A LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA DE LA CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA Y EL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, DESDE EL AÑO 2007
HASTA NUESTROS DÍAS.**

SUSANA HERNÁNDEZ ESCOBAR

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL
MEDELLÍN
2018**

**LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR EN COLOMBIA: UN ANÁLISIS DESDE LA
DOGMÁTICA A LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA DE LA CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA Y EL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, DESDE EL AÑO 2007
HASTA NUESTROS DÍAS.**

SUSANA HERNÁNDEZ ESCOBAR

**Trabajo de grado para optar
al título de Magister en Derecho Penal**

Asesor

DR. ALFONSO CADAVID QUINTERO

**Doctor en Derecho de la Universidad Salamanca
Profesor de la Universidad Eafit sede Medellín**

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL
MEDELLÍN
2018**

Contenido

ABREVIATURAS	4
RESUMEN DEL PROYECTO	5
INTRODUCCIÓN	6
1... EL DELITO DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA COLOMBIANA DESDE EL AÑO 2007 HASTA LA ACTUALIDAD.....	8
1.1. Pronunciamientos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia desde la expedición de la Ley 1142 de 2007 y antes de la sentencia N° 48047 del 7 de junio de 2017.....	9
1.1.1. <i>Importancia de la delimitación temporal a partir de la Ley 1142 de 2007</i>	9
1.1.2. <i>Panorama general y análisis de los pronunciamientos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia antes de la sentencia N° 48047 del 7 de junio de 2017.....</i>	11
1.2. Comentarios a la sentencia N° 48.047 del 7 de junio de 2017. M.P. Doctor Luis Antonio Hernández Barbosa.....	18
1.3. Exposición y comentarios a las sentencias recopiladas del Tribunal Superior de Medellín a la luz de la Jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.....	22
1.3.1. <i>Nota preliminar.....</i>	22
1.3.2. <i>Panorama General y análisis de las sentencias recopiladas del Tribunal Superior de Medellín.....</i>	23
2..... ANÁLISIS Y CONSTRUCCIÓN DEL TIPO OBJETIVO DEL DELITO DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR DESDE LA PERSPECTIVA DEL BIEN JURÍDICO TUTELADO	32
2.1. Naturaleza del tipo penal, bien jurídico tutelado y lesividad material	32
2.2. Importancia de la aplicación del principio de intervención mínima en el derecho penal o <i>ultima ratio</i>	37
3.CONCLUSIONES.....	40
BIBLIOGRAFÍA.....	43

ABREVIATURAS

Art.	Artículo
C.C.C.	Corte Constitucional Colombiana
CNC	Constitución Nacional de Colombia
C.P.C.	Código Penal Colombiano
C.P.P.C.	Código de Procedimiento Penal Colombiano
C.S.J.C.	Corte Suprema de Justicia Colombiana
El Tribunal	Tribunal Superior de Medellín
La Corte	Corte Suprema de Justicia
La Sala	Sala de Casación Penal
M.P.	Magistrado Ponente
S.C.P.	Sala de Casación Penal
S.P.	Sala Penal
T.S.M.	Tribunal Superior de Medellín

RESUMEN DEL PROYECTO

Este trabajo tiene como propósito hacer un análisis acerca del delito de violencia intrafamiliar, tipificado en el Artículo 229 del Código Penal Colombiano (en adelante C.P.), desde una perspectiva jurisprudencial, ello con el fin de identificar el núcleo del tipo objetivo, desde la comprensión del bien jurídico tutelado, teniendo como parámetro los lineamientos que en la materia ha establecido la Corte Suprema de Justicia en Colombia (en adelante C.S.J. o La Corte) y los elementos que de esta ha adoptado el Tribunal Superior de Medellín (en adelante T.S.M), desde la expedición de la Ley 1142 de 2007, la cual comenzó a darle importancia a este delito, por medio del incremento de las penas y su investigación de oficio. Así mismo y partiendo del trabajo anterior, realizar un análisis y una construcción del tipo objetivo, desde la perspectiva del bien jurídico, que permita su correcta aplicación desde la teoría del delito, con la finalidad de que sea útil a los propósitos judiciales. Todo esto desde una perspectiva crítica, exclusivamente jurídico - dogmática.

INTRODUCCIÓN

La violencia intrafamiliar es un tema complejo que puede abordarse teniendo en cuenta diversos enfoques entre los cuales se encuentran el histórico, el psicosocial, el cultural e incluso, desde el punto de vista jurídico, puede abarcar diferentes esferas del derecho. Esto es así porque la sociedad colombiana, como en general las sociedades latinoamericanas, tienen una idiosincrasia que se ha enmarcado en las relaciones de poder en el ámbito familiar, orientadas en gran medida por la cultura del machismo y la posición de mando del hombre sobre las integrantes de la familia, provocando una situación tan grave que el Estado ha tenido que intervenir de manera drástica para tratar de prevenir y sancionar este tipo de violencia.

Uno de los enfoques que más repercusión y acogida tiene en el abordaje de esta problemática es la puesta en marcha del sistema penal. Si bien, por mandato expreso del art. 42 de la Constitución Nacional, el Estado y todas las personas tienen la obligación de proteger a la familia como institución básica de la sociedad y a cada uno de sus miembros, el legislador, motivado por la oleada de informes y noticias periodísticas sobre el particular y haciendo uso de la potestad que tiene de ejercer el *ius puniendi*, tipificó como conducta punible la violencia que se da en el núcleo familiar y que es causada por sus mismos integrantes.

Así pues, el delito de violencia en el ámbito doméstico se introdujo a la legislación penal colombiana con la Ley 294 de 1996, la cual tenía como propósito prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar, imponiendo la pena de prisión como consecuencia jurídica por la comisión del delito, para luego, introducirlo de plano en el Código Penal Colombiano, Ley 599 del año 2000, ubicándolo en el Título VI que trata de los delitos contra la familia.

Posteriormente y conforme fueron evolucionando los medios de comunicación a la par que las dinámicas sociales, el tipo penal fue modificado en diversas ocasiones por el Congreso de la República, con la finalidad de endurecer las penas y ordenar

la investigación de oficio del mismo. Un ejemplo de estas modificaciones es la Ley 1142 de 2007, que por primera vez aumentó la pena de 4 a 8 años de prisión y prohibió la conciliación, al retirar este tipo penal de la lista de delitos querellables.

Debido a esto, la justicia se ha visto en apuros para resolver la cantidad de denuncias que diariamente ingresan a la Fiscalía General de la Nación por el delito de violencia intrafamiliar y la judicatura se ha congestionado, de tal manera que los jueces no dan abasto para la judicialización efectiva de este delito; situación que es coadyuvada, en mayor medida, porque el legislador estructuró el tipo penal de tal forma que en este pudieran encuadrarse todas aquellas conductas constitutivas de maltrato en el ámbito doméstico, que no fueran sancionadas por otro tipo penal con penas superiores a las establecidas para este delito.

A partir de esta problemática, el presente trabajo tiene como objeto principal hacer un análisis del tipo objetivo de violencia intrafamiliar, teniendo como parámetros los pronunciamientos que en la materia ha sostenido la jurisprudencia colombiana, a falta de un desarrollo dogmático amplio sobre el particular, con la finalidad de proponer cómo podría delimitarse el ámbito de aplicación de este, por medio de la puesta en marcha de principios como el de legalidad, intervención mínima del derecho penal o *ultima ratio*, lesividad material del bien jurídico y criterios como el de la sistematicidad de la conducta, entre otros.

Para fundamentar estas ideas, el documento está estructurado en dos capítulos. El primero está conformado por el estudio de la jurisprudencia en materia de violencia intrafamiliar, de cara a los elementos del tipo objetivo, de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia Colombiana y, el análisis, de los pronunciamientos que sobre la materia ha realizado, en lo local, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín. El segundo capítulo profundiza en el análisis de la estructura del tipo y se propone cómo delimitar el ámbito de aplicación de la norma, teniendo en cuenta, entre otros criterios, el bien jurídico tutelado. Finalmente, se presentarán unas conclusiones del estudio realizado.

1. EL DELITO DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA COLOMBIANA DESDE EL AÑO 2007 HASTA LA ACTUALIDAD

El análisis del tipo penal de violencia intrafamiliar, reviste una importancia especial para la jurisprudencia penal colombiana, toda vez que la violencia en el ámbito doméstico, se ha convertido en un problema muy serio para las instituciones y la sociedad, en general, pero particularmente para la Rama Judicial, que enfrenta una cantidad de procesos por este delito, 73.370¹ procesos ingresados a la Fiscalía General de la Nación desde 2006 que entró en vigencia la Ley 906 de 2004 en la ciudad de Medellín; de los cuales, hoy en día se encuentran 66.533 activos, solo en la ciudad de Medellín y su área Metropolitana.

Adicionalmente, a nivel nacional, se han proferido múltiples fallos relacionados con este delito en la Sala de Casación Penal (en adelante S.C.P. o La Sala) de la C.S.J. en sede del recurso extraordinario de casación, de los cuales, la mayoría han estudiado y decidido temas enfocados en resolver la concesión de los beneficios y subrogados penales como la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la libertad condicional reguladas en el Artículo 63 y 64 del Código Penal Colombiano (en adelante C.P.C.) y, la sustitución de la ejecución de la pena, en especial la prisión domiciliaria, regulada en el Art. 38, 38B y 38G del C.P.C. De manera que, han sido menos en cantidad los fallos que estudian temas relativos a los elementos del tipo u otras cuestiones dogmáticas que permitan dar lineamientos a los Tribunales Superiores de Distrito y demás Jueces, para que interpreten el tipo, el bien jurídico tutelado² y la lesividad material del mismo, entre otros problemas teóricos que son fundamentales para determinar la posible responsabilidad penal de una persona que es acusada de cometer este delito.

¹ Fiscalía General de la Nación. Centro de Atención a Víctimas de Violencia Intrafamiliar CAVIF. Oficina de Estadística de la Dirección Seccional de Medellín.

² Armonía, unidad y dignidad de la familia. Por ejemplo en las sentencias: radicado 33.772 del 28 de marzo de 2012 y radicado 41.315 del 03 de diciembre de 2014 de la Corte Suprema de Justicia. Y, en las sentencias C - 289 de 2000, C - 821 de 2005, C - 840 de 2010 y C - 368 de 2014, entre otras, de la Corte Constitucional.

Este capítulo está dividido en tres (3) partes. Primero se hará una descripción y comentarios a la línea jurisprudencial que se venía trazando por parte de la S.C.P. de la C.S.J. antes del fallo N° 48047 del 7 de junio de 2017 el cual recoge y unifica jurisprudencia. Segundo, se expondrá y comentará el fallo antes citado, el cual marca una ruptura en relación con los pronunciamientos que se venían dando en la materia. Y, en tercer lugar, se analizarán las sentencias recopiladas de la S.P. del T.S.M. con la finalidad de ver cuáles lineamientos de La Corte adoptan y cuáles han sido planteados por los Magistrados que la conforman.

1.1. Pronunciamientos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia desde la expedición de la Ley 1142 de 2007 y antes de la sentencia N° 48047 del 7 de junio de 2017

En este apartado se hará un análisis de las sentencias de La Sala, desde 2007 hasta nuestros días. Los fallos objeto de estudio son únicamente aquellos que se encuentran relacionados con el análisis del tipo penal y no aquellos que tratan cuestiones procesales. Esto tiene una razón específica y es que, para los efectos de este estudio, no se hará mención de temas procesales, salvo aquellos que sirvan para analizar conceptos dogmáticos. Asimismo, se precisará a continuación por qué la búsqueda y análisis de las sentencias se realizó desde el año 2007 y no desde la expedición de la norma que tipificó la violencia intrafamiliar como delito, esto es, desde la Ley 294 de 1996.

1.1.1. Importancia de la delimitación temporal a partir de la Ley 1142 de 2007³

³ C.P.C. ARTICULO 229. VIOLENCIA INTRAFAMILIAR. <Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 1850 de 2017. El nuevo texto es el siguiente:> El que maltrate física o psicológicamente a cualquier miembro de su núcleo familiar, incurrirá, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor, en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años.

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

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

El delito de violencia intrafamiliar fue introducido a la legislación penal colombiana en el año de 1996, por la Ley 294, cuyo propósito era “desarrolla[r] el artículo 42⁴ de la Constitución Política y se dicta[r] normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar”⁵. Con el tiempo, la sociedad colombiana, con la ayuda de los medios de comunicación, constató que la problemática de la violencia al interior de la familia no era un fenómeno aislado, sino una situación que se presentaba a diario en las familias colombianas sin importar el estrato o la posición social y comenzaron a exigir una mayor protección de las mujeres y los niños, inicialmente, para evitar que este tipo de conductas siguieran presentándose en las familias.

El Congreso, haciendo uso de sus facultades legislativas y de su función de determinar la política criminal a seguir, decidió expedir la Ley 1142 de 2007, “*por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana*”. Esta ley excluyó, por primera vez, de la lista de delitos querellables (aquellos que no se investigan de oficio por el ente acusador) el delito de violencia intrafamiliar y aumentó la pena de 4 a 8 años de prisión.

De ahí en adelante, la violencia en el ámbito doméstico adquirió un alto grado de importancia para la agenda legislativa del Congreso de la República y para aquellos entes públicos y privados que intervienen en la materia, sobre todo para los colectivos feministas que luchan por erradicar la violencia de género. Conforme fueron pasando sucesos mediáticos, el ente Legislativo continuó haciendo modificaciones al C.P.C. y al C.P.P., que trascendieron en un ir y venir del carácter querellable o no del delito y en el aumento de las penas. De tal manera que la política criminal cambiante en la materia, provocó la congestión del aparato judicial

⁴ Constitución Nacional de Colombia (...) Artículo 42. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. (...). (Subrayas fuera del texto).

⁵ Exposición de motivos. Ley 294 de 1996. Congreso de la República Colombiana.

en general y, la labor de los operadores jurídico-penales, en específico, quienes todavía presentan dificultades para aplicar el tipo penal, sobre todo, por falta de desarrollos sustanciales en la materia.

1.1.2. Panorama general y análisis de los pronunciamientos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia antes de la sentencia N° 48047 del 7 de junio de 2017

La jurisprudencia que ha consolidado la Corte en relación con el delito de violencia intrafamiliar se ha fundamentado, no solo en el art. 229 del C.P.C. sino también, en el mandato constitucional de protección a la familia que se dio con ocasión de la Constitución Nacional de 1991 (en adelante CN) y con ayuda de las interpretaciones que ha dado la Corte Constitucional Colombiana (en adelante C.C.C.), como máximo intérprete autorizado de la CN, sobre la definición y protección de la familia⁶, conceptos que han servido de guía para el desarrollo y evolución jurisprudencial en la materia y que servirán de ejemplo para un análisis posterior.

Teniendo en cuenta lo anterior, a continuación se expondrán y comentarán algunas de las sentencias proferidas desde la expedición de la Ley 1142 de 2007, por la S.C.P. de la C.S.J. que han estudiado el tipo de violencia intrafamiliar.

- En sentencia con radicado N° 33.772 del 28 de marzo de 2012, Magistrado Ponente (en adelante M.P.) Doctor Julio Enrique Socha Salamanca, la S.C.P. de la Corte resolvió el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de (E) quien fue declarado penalmente responsable por el punible de violencia intrafamiliar en segunda instancia, por hechos ocurridos en el año 2005, cuando (E) maltrató física y psicológicamente a (I), quien era su pareja para el momento de los hechos. En esta sentencia la S.C.P. se centró básicamente en la definición del término “convivencia” para efectos de determinar si en el caso concreto se dio la unión marital de hecho. Sin

⁶ *Ibíd.* Art. 42. CNC.

embargo, expone algunos elementos del tipo penal que son útiles para el análisis del mismo.

En palabras de la C.S.J., el art. 229 del C.P.C., contiene un tipo penal de carácter subsidiario en cuanto la conducta allí descrita: maltratar física o psicológicamente, solo se puede sancionar penalmente siempre que esa acción no constituya delito sancionado con pena mayor. Adicionalmente, explica que los sujetos activo y pasivo son calificados, toda vez que deben hacer parte del mismo núcleo familiar⁷ y, que el bien jurídico tutelado es la armonía y la unidad de la familia, la cual, según el art. 42 de la C.N.C. “no solo constituye el núcleo fundamental de la sociedad, sino que su protección debe ser garantizada tanto por el Estado como por la sociedad, en la medida en que cualquier forma de violencia cometida en su contra debe considerarse destructiva de ella”⁸.

Los elementos del tipo relacionados en esta sentencia tienen especial relevancia, por dos razones: primera, porque a partir de ellos la Corte analiza la mayoría de los casos que en sede de casación llegan a su conocimiento, es decir, estos van a ser elementos constantes en la jurisprudencia y; segunda, porque estos serán objeto de crítica en el segundo capítulo de este trabajo, en cuanto se considera, por ejemplo, que el tipo penal no tiene necesidad de catalogarse como subsidiario.

- Sentencia con radicado N° 41.315 del 03 de diciembre de 2014, M.P. Doctor Eyder Patiño Cabrera, en la cual la S.C.P. resolvió el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de (O) quien fue declarado penalmente responsable del delito de violencia intrafamiliar, en segunda

⁷ Según la sentencia radicada con N° 33772 de 2012 que se está estudiando, “de acuerdo con el artículo 2° de la Ley 294 de 199, también en vigor para la fecha de los sucesos, se consideran como integrantes de la familia: “a) Los cónyuges o compañeros permanentes; ”b) El padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar; ”c) Los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos; ”d) Todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica”. (...)

⁸ La S.C.P. de la C.S.J.C. Cita en esta sentencia a la Corte Constitucional en las sentencias C-821 de 2005 y C-840 de 2010.

instancia, por hechos ocurridos cuando (O) agredió física y verbalmente a (A), con quien convivía desde hacía aproximadamente 10 años y le causó una incapacidad definitiva de 15 días sin secuelas.

En este fallo La Corte no casó la sentencia, pero desarrolló más profundamente temas como el de la subsidiariedad del tipo penal, el verbo rector de la conducta, el bien jurídico tutelado y cuando se produce su lesión efectiva. En relación con la subsidiariedad del tipo, explicó que el Legislador, dentro de su libertad de configuración, estructuró:

(...) “un tipo penal orientado a sancionar, cuando ocurren en el ámbito familiar, conductas de violencia física o psicológica que no tienen la entidad necesaria como para integrarse en los tipos que, de manera general, protegen bienes como la vida, la integridad personal, la libertad, la integridad y formación sexuales, o la autonomía de la persona”. (... Subrayas fuera del texto).

Según esta sala de decisión, la C.C. ha destacado siempre que lo querido por el constituyente con este tipo penal, fue:

(...) “consagrar un amparo especial a la familia, protegiendo su unidad, dignidad y honra» (Cfr. CC C-059/05); (ii) lo pretendido por el legislador al introducirlo como tipo penal autónomo fue «asegurar la protección integral de la familia» (Cfr. CC C-029/09), y (iii) el ámbito de protección no se reduce tan solo al simple concepto de familia, sino que se extiende a quienes, de manera permanente, comparten el lugar de residencia o entre quienes, de manera quizá paradójica, se encuentran más expuestos a manifestaciones de violencia en razón de la relación de confianza que mantienen con otra persona, relación que, tratándose de parejas, surge

del hecho de compartir un proyecto de vida en común. (Cfr. CC C-029/09)⁹. (...)

Estas dos citas textuales de la sentencia, exponen la dificultad que se genera a nivel dogmático en relación con la definición del bien jurídico y sustancialmente con las categorías jurídico penales de subsidiariedad y concurso de conductas punibles, que serán temas de discusión a lo largo de las decisiones de este Alto Tribunal, en la materia.

Para La Sala Penal de la C.S.J. es claro que el tipo penal de violencia intrafamiliar es subsidiario, porque el verbo rector “maltratar” (física o psicológicamente), no tiene cabida en otros actos de violencia que se relacionan con otros bienes jurídicos que se consideran merecedores de mayor protección como, por ejemplo, la vida y la integridad física que comportan delitos como el homicidio¹⁰ y ciertas clases de lesiones personales¹¹. Por esta razón la violencia intrafamiliar¹², en principio, no podría concursar entre sí con alguno de los dos delitos mencionados, entre otras cosas, porque estos delitos tienen penas más gravosas¹³ y de alguna u otra forma, la sanción por la violencia intrafamiliar se subsume en la pena más severa.

⁹ La S.C.P. de la C.S.J.C. Cita en esta sentencia a la Corte Constitucional en las sentencias C-059 de 2005 y C-029 de 2009.

¹⁰ C.P.C. Art. 103. – Homicidio. El que matare a otro, incurrirá en prisión de trece (13) a veinticinco (25) años (hoy doscientos ocho (208) meses a cuatrocientos cincuenta (450) meses.

¹¹ A modo de ejemplo. C.P.C. Art. 116^a <Artículo adicionado por el artículo 1 de la Ley 1773 de 2016. El nuevo texto es el siguiente:> El que cause a otro daño en el cuerpo o en la salud, usando para ello cualquier tipo de agente químico, álcalis, sustancias similares o corrosivas que generen destrucción al entrar en contacto con el tejido humano, incurrirá en pena de prisión de ciento cincuenta (150) meses a doscientos cuarenta (240) meses y multa de ciento veinte (120) a doscientos cincuenta (250) salarios mínimos legales mensuales vigentes. (...) Cuando la conducta cause deformidad o daño permanente, pérdida parcial o total, funcional o anatómica, la pena será de doscientos cincuenta y un (251) meses a trescientos sesenta (360) meses de prisión y multa de mil (1.000) a tres mil (3.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes (...).

¹² Óp. Cit. C.P.C. Art. 229.

¹³ Salvo en aquellos casos en los cuales la pena contemplada para el delito de lesiones personales sea menor, en estos casos la condena se realizará por el delito de violencia intrafamiliar.

Esto a pesar de que el bien jurídico que se protege en el tipo penal de la violencia intrafamiliar es la unidad y armonía familiar¹⁴, cuya lesión se configura cuando, de conformidad con el art. 11 del C.P.C., se lesiona o se pone efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la Ley Penal, esto es, la unidad y armonía familiar y no la vida o la integridad física de las personas que la componen.

- Sentencia con radicado N° 45.647 del 05 de octubre de 2016, M.P. Doctor Luis Antonio Hernández Barbosa. Con ocasión de este pronunciamiento, la S.C.P. de la Corte se ratifica en el carácter subsidiario del tipo penal de la violencia intrafamiliar, pero trata un tema que es fundamental a la hora de interpretar las normas penales y es el papel del juez en el proceso penal, en este sentido, afirmó que:

(...) Corresponde al juez en cada caso constatar si la violencia física o el maltrato psicológico tienen suficiente entidad para lesionar de manera efectiva el bien jurídico de la unidad familiar (antijuridicidad material), pues en no pocas ocasiones, situaciones incidentales no son aptas para dar al traste con la armonía de la familia, de modo que si conforme con el artículo 2° de la Constitución Política, “Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”, desbordaría la judicatura el legítimo alcance del derecho penal si tuviera como delictivas ciertas conductas inocuas o intrascendentes, cuya sanción sí podría traer consecuencias irreparables

¹⁴ “En este caso, el bien jurídico tutelado por el tipo penal definido en el artículo 229 de la Ley 599 de 2000 es la familia, de tal forma que si la violencia, sea cual fuere el mecanismo para infligirla, trae como consecuencia la afectación de la unidad y armonía familiar, rompe los vínculos en que se fundamenta esta estructura esencial de la sociedad, habrá antijuridicidad, elemento necesario para sancionar penalmente la conducta, por cuanto no es la integridad física el bien jurídicamente protegido por este infracción penal”. (Subrayas fuera del texto). (Citando la sentencia C-368 de 2014 de la C.C.C.) Proceso con radicado N° 41.315 del 03 de diciembre de 2014, M.P. Eyder Patiño Cabrera. Pág. 15.

para la unidad familiar al disponer, por ejemplo, la privación de libertad de uno de los miembros del núcleo (...)”.

Adicionalmente, explicó que en este tipo penal no se precisa de un comportamiento reiterado y prolongado en el tiempo del agresor sobre su víctima, pues bien puede ocurrir que se trate de un suceso único, siempre que tenga suficiente trascendencia como para lesionar de manera cierta y efectiva el bien jurídico de la unidad y armonía familiar, circunstancia que debe ser ponderada en cada asunto.

En relación con esta caracterización de la conducta o acción que pone en peligro el bien jurídico, podría afirmarse que tal vez un criterio de reiteración o prolongación en el tiempo, contribuiría a una adecuada delimitación del tipo, dejando que aquellas conductas aisladas se puedan configurar en los otros tipos penales que sancionan, por ejemplo, la violencia contra la integridad física de la persona o la violencia de género, precisamente, para no caer en el yerro de destruir la armonía y unidad familiar de la familia.

- Finalmente, en la sentencia con radicado N° 46.454 del 06 de julio de 2016, M.P. Doctor Fernando Alberto Castro Caballero, la Sala Penal de la C.S.J.C., trata un tema imprescindible para efectos del presente trabajo y es el concurso de conductas punibles aparente entre el delito de acceso carnal violento y violencia intrafamiliar.

Los hechos de este proceso ocurrieron desde que (M) tenía 14 años¹⁵ y fue abusada sexualmente por su hermano (R) continuamente, hasta que (M) cumplió 18 años y quedó en embarazo de (R). Con posterioridad, afirma (M) ellos se fueron a vivir juntos y tuvieron otros hijos, pero la relación, según esta, fue muy tormentosa por los consiguientes accesos carnales y la

¹⁵ La denuncia fue instaurada cuando (M) tenía 37 años de edad y algunos de los accesos carnales violentos ya habían prescrito según la citada sentencia, objeto de análisis.

violencia intrafamiliar que sufría. (R) fue absuelto en primera instancia, condenado a 18 años de prisión en segunda instancia (solo por el concurso homogéneo sucesivo de acceso carnal violento, excluyendo la condena por el delito de violencia intrafamiliar, por constituir un concurso aparente de delitos) y, finalmente la C.S.J. casó parcialmente la sentencia de segunda instancia, condenando a (R) a 12 años de prisión, no sin antes criticar la exclusión que del delito de violencia intrafamiliar hiciera la segunda instancia.

Según la Sala Penal el principio de subsidiariedad es útil, entre otros, para resolver casos de concurso aparente de tipos penales y “opera en aquellos eventos en los que se pregona unidad de acción, es decir, cuando una única conducta o una unidad de conducta es susceptible de adecuación simultánea en más de un tipo penal, vulnera o pone en peligro un mismo bien jurídico y quien la ejecuta persigue el mismo propósito, de donde varios comportamientos punibles, en apariencia, concurren para gobernar la misma acción¹⁶”, razón por la cual, explica, se debe imponer la pena que comporte la sanción más grave.

Una vez explicado lo anterior, la C.S.J.C. se pronuncia en relación con el error que cometió la segunda instancia al absolver a (R) por el delito de violencia intrafamiliar, al considerar que se había presentado un concurso aparente de tipos penales. En palabras de este alto tribunal “el juez de segunda instancia concluyó que la violencia doméstica fue la forma de violentar sexualmente a la víctima, dejando de lado la efectiva lesión al bien jurídico de la familia en contra de la mujer, que en este caso particular se concretó”.

A juicio de la S.C.P. en el caso de la referencia se puede distinguir perfectamente la agresión a dos bienes jurídicos diferentes (por lo que se trataría en realidad de un concurso ideal de tipos penales), por un lado (M)

¹⁶ sentencia con radicado N° 46.454 del 06 de julio de 2016, M.P. Doctor Fernando Alberto Castro Caballero.

fue, en varias ocasiones, víctima de acceso carnal violento por parte de (R) lesionando efectivamente su libertad y formación sexual y, en otros momentos de la relación y en la cotidianidad de esa convivencia, (M) también fue víctima de malos tratos físicos y psicológicos, consistentes en golpes, insultos y amenazas, entre otros, afectándose el bien jurídico de la unidad y armonía familiar.

Esta concepción de la C.S.C.J. es acertada, toda vez que, es necesario que en cada caso concreto, los funcionarios judiciales analicen cuáles conductas se pueden tipificar como atentatorias de bienes jurídicos como el de la libertad y formación sexual, por ejemplo el acceder carnalmente y con violencia a una persona y, cuáles son atentatorias del bien jurídico de la unidad y armonía familiar, como la violencia física y psicológica, vivida en el marco de una relación familiar, sin perjuicio de que las mismas puedan ser sancionadas penalmente en un mismo proceso.

Es decir, la tarea del juez penal es verificar que en aquellos casos en los cuales se presente la comisión de un delito cualquiera, como homicidio, acceso carnal violento e incluso lesiones personales, entre otros, y se presente también la comisión del delito de violencia intrafamiliar, no se subsuma necesaria e inmediatamente el delito de violencia intrafamiliar en el delito que presenta un pena mayor, sino que se analice la efectiva vulneración de cada uno de los bienes jurídicos que fueron afectados con miras a lograr una condena o absolución conforme al derecho y que tenga una plena sustentación en lo fáctico.

1.2. Comentarios a la sentencia N° 48.047 del 7 de junio de 2017. M.P. Doctor Luis Antonio Hernández Barbosa

Los hechos que dan lugar a este pronunciamiento, tan importante para la jurisprudencia en el tema objeto de estudio, tienen lugar el día 13 de diciembre del

año 2013, cuando (G) agrede verbal y físicamente a su esposa (J), delante de sus hijos, lo cual generó a (J) una incapacidad médico legal definitiva de 8 días sin secuelas. El 12 de noviembre de 2015 y culminada toda la etapa preliminar y de juicio oral, el juez de primera instancia condenó a (G) a 72 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas y prohibición de acercarse o comunicarse con la víctima por el mismo lapso, como autor del delito de violencia intrafamiliar. El defensor de (G) apeló este pronunciamiento y el 29 de febrero de 2016, el juez de segunda instancia confirmó el fallo en su totalidad. Finalmente, el defensor de (G) interpuso recurso extraordinario de casación¹⁷, alegando la causal primera del artículo 181 del C.P.P.C. La S.P de la C.S.J. no casó el fallo impugnado.

En esta ocasión la C.S.J. se pronunció de fondo en relación con cada uno de los cargos sustentados en el recurso y en sus consideraciones aprovechó la oportunidad para unificar la jurisprudencia que sobre la materia venía dictando ese Alto Tribunal. De manera que, en esta sentencia, que podría considerarse como hito, por primera vez se analizaron todos los aspectos jurídico-dogmáticos y sustanciales del tipo penal de la violencia intrafamiliar, de ahí su importancia para sentar las bases jurisprudenciales sobre las cuales tendrán que fallar los jueces de la República de ahora en adelante.

Así las cosas, la exposición de esta sentencia y sus posteriores comentarios estarán guiados únicamente por los análisis conceptuales y jurídicos que realiza la C.S.J.C. relacionados con los elementos del tipo objetivo.

¹⁷ “(...) el defensor planteó la violación directa de la ley sustancial derivada de la aplicación indebida del artículo 229 del Código Penal, en cuanto el procesado lesionó a su esposa con ocasión de responder una agresión de ella que le generó una incapacidad médico legal de 5 días, es decir, se trató de “*una riña de carácter pasional*” que no configura el delito de violencia intrafamiliar sino el de lesiones personales, cometidas en un momento de ira derivada de la discusión con la víctima, además de un error culposo, en su condición de mecánico automotriz al “*perder los estribos*”. (...) No se demostró que el procesado y Jeymy Pardo hubieran convivido por 11 años, máxime si su representado convivía temporalmente con su hija Yudi Stephany y no compartía techo y lecho con aquella, con mayor razón si la Fiscalía no allegó el registro de matrimonio de la pareja, luego entonces no conformaban un núcleo familiar en el cual se evidenciaran vínculos afectivos (...)”. S.C.P. de la C.S.J. radicado 48.047 del 7 de junio de 2017, M.P. Doctor Luis Antonio Hernández Barbosa.

La Corte considera que el principio de tipicidad¹⁸, el cual hace parte del principio de legalidad en materia penal, obliga, en el caso de Art. 229 del C.P.C. a sancionar a quien, siendo miembro de la familia, entiéndase familia en el sentido amplio¹⁹, maltrate física o psicológicamente a otro miembro de esta, siempre y cuando ambos hagan parte del “núcleo familiar”. Es decir, no basta con que los sujetos calificados tengan vínculos naturales o jurídicos, es preciso que hagan parte de ese núcleo familiar para poder constatar la tipicidad en el caso concreto. Por esta razón, aduce La Sala que:

(...) lo que el tipo penal protege no es la familia en abstracto como institución básica de la sociedad, sino la coexistencia pacífica de un proyecto colectivo que supone el respeto por la autonomía ética de sus integrantes. En ese sentido, fáctica y normativamente ese propósito concluye entre parejas separadas, pero se mantiene respecto a los hijos, frente a quienes la contingencia de la vida en común no es una condición de la tipicidad por la intemporalidad que supone el vínculo entre padres e hijos (...). (Subrayas fuera del texto)

Ahora bien, así como la familia puede conformarse, como lo dice el Art. 42 de la CN, por una decisión “libre” o por la “voluntad responsable de conformarla”, sería ilógico que las personas que la conforman estén obligadas a permanecer en ese vínculo toda su vida, es decir, es también un derecho el poder terminar con él, por ejemplo, en el caso de los esposos. Este aspecto es muy importante, en el sentido en que pone una barrera al Estado para intervenir en aquellos casos en los cuales un miembro del núcleo familiar quiera desvincularse del mismo, lo contrario implicaría una violación al principio de autodeterminación de las personas.

¹⁸ “(...) Se requiere que las conductas objeto de sanción se encuentren definidas en el tipo penal de forma precisa e inequívoca, para que el ciudadano esté en condiciones de decidir si ajusta su comportamiento al supuesto de hecho o se abstiene de hacerlo y, a su vez, el juez pueda constatar con nitidez si el individuo realizó o no la conducta establecida por el legislador como delictiva (...)”, Ibid.

¹⁹ Óp. Cit.

Por otro lado, la tipicidad objetiva no solo obliga a la constatación del núcleo fáctico, también implica analizar si con esa conducta de maltrato se está poniendo el peligro el bien jurídico tutelado en la norma “armonía y unidad de la familia”. Para La Corte, es en sede de la categoría de la antijuridicidad de la conducta que corresponde verificar si con la acción de maltratar se lesionó el bien jurídico, es decir, que si la conducta no tuvo la entidad suficiente para lesionar la “armonía y unidad familiar”, el comportamiento será típico de violencia intrafamiliar más no antijurídico por falta de lesividad material. Por lo cual, corresponde a cada juez en el caso concreto constatar si esa acción de maltratar a un miembro del núcleo familiar tiene la suficiente entidad para que la conducta pueda catalogarse como antijurídica.

La S.C.P. considera que el tipo penal de violencia intrafamiliar es de lesión efectiva del bien jurídico, es decir, que exige que de forma *ex post* se constate que, en efecto, se afectó el bien jurídico tutelado. Contrario a esto, sería posible proponer que la acción de maltratar, verbo rector del tipo penal, se corresponde con la estructura de un tipo de peligro, por cuanto, no es claro que el tipo penal señale la consecuencia jurídica a la cual se debe llegar con la ejecución de la conducta. Aunque esto será objeto de análisis en el segundo capítulo, por ahora se puede recordar que:

(...) Lo que se pretende prevenir, es la violencia que de manera especial puede producirse entre quienes, de manera permanente, comparten el lugar de residencia o entre quienes, de manera quizá paradójica, se encuentran más expuestos a manifestaciones de violencia en razón de la relación de confianza que mantienen con otra persona, relación que, tratándose de parejas, surge del hecho de compartir un proyecto de vida en común (...).

Lo anterior, debería servir como punto de partida para delimitar el ámbito de aplicación del Art. 229 del C.P.C., lo cual, en principio, sería útil para definir los casos que llegan al conocimiento de las autoridades judiciales. Cómo ya se señaló, estos conceptos serán estudiados a profundidad más adelante.

1.3. Sentencias del Tribunal Superior de Medellín a la luz de la Jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia

En esta sección el objetivo principal es mostrar con un ejemplo local, cómo los Magistrados de la S.P. del T.S.M., han resuelto los casos que llegan a su conocimiento en segunda instancia, relacionados con el delito de violencia intrafamiliar. Esto es relevante en la medida en que los pronunciamientos de los tribunales superiores de distrito sirven como parámetros para que los jueces de menor jerarquía decidan los casos de los cuales conocen en primera instancia.

Como ya se señaló, la búsqueda de los fallos se realizó desde el año 2007 y fueron seleccionadas aquellas sentencias en las cuales el problema central se presentó en la determinación de la tipicidad de la conducta o se hace referencia a los elementos del tipo penal.

1.3.1. Nota preliminar

Antes de exponer los resultados del estudio de las sentencias, es necesario aclarar que, en principio, este trabajo se propuso responder, cuándo se configura el delito de violencia intrafamiliar o debería configurarse, para los Tribunales Superiores de Medellín y Antioquia a la luz de los parámetros de la Corte Suprema de Justicia, desde la expedición de la Ley 1142 de 2007, sin embargo, no fue posible acceder a los pronunciamientos de la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia, toda vez que, desde hace poco tiempo se viene trabajando en la relatoría de ese Tribunal, de ahí que el análisis se realizará con los fallos de la S.P. del T.S.M., únicamente. Sería interesante hacer una comparación entre los pronunciamientos de ambas Salas Penales, pero eso podrá ser objeto de un estudio posterior.

Para el análisis en comento se realizó una búsqueda en nueve (9) de los catorce (14) despachos que conforman la S.P. del T.S.M., esto es, en aquellos en los cuales

la relatoría de cada despacho permitía realizar un filtro de las decisiones por la temática de violencia intrafamiliar, obteniéndose como resultado la lectura de 54 sentencias, de las cuales fueron útiles para el objeto de estudio 18. Por lo tanto y dado el volumen de información, a continuación se analizarán algunos de estos pronunciamientos, en clave de la jurisprudencia de la S.C.P. de la C.S.J., haciendo una breve alusión a los razonamientos de la S.P. del T.S.M.

1.3.2. Panorama General y análisis de las sentencias recopiladas del Tribunal Superior de Medellín

Los pronunciamientos de la S.P. del Tribunal no difieren en mayor medida de los de La Corte, salvo en algunos aspectos en los cuales hay ideas diversas, mas no insulares, en relación con algunos elementos del tipo objetivo y en su caracterización.

La S.P. del Tribunal está de acuerdo con la subsidiariedad que caracteriza el tipo penal de la violencia intrafamiliar, cosa que no es extraña debido a que tal característica proviene de la misma norma, por lo tanto, no se presentan discusiones particulares sobre esa temática.

En lo referente a la caracterización del tipo penal, se ha propuesto que:

(...) Se trata de un tipo de mera conducta, que se consume cuando el autor profiere maltrato físico o psicológico a un miembro de su grupo familiar, lo cual indica la no exigencia de un resultado concreto en punto de la afectación emocional del sujeto pasivo, no como en contrario concluyó el funcionario de conocimiento al exigir prueba del daño psicológico y reclamar que la Fiscalía no hubiera aportado un examen sobre trastorno emocional del menor por el hecho sucedido (...).

(...) La familia, lo ha dicho en reiteradas ocasiones la jurisprudencia, constituye una comunidad de intereses, fundada en el amor, el respeto y la solidaridad. Su forma propia, pues, es la unidad de vida y/o de destino, que liga íntimamente a los individuos que la componen. Atentar gravemente contra esa unidad equivale a vulnerar materialmente el bien jurídico tutelado²⁰ (...). (Subrayas fuera del texto)

En la misma línea de ideas, resultaría plausible que la acción de maltratar física o psicológicamente al sujeto pasivo del delito, pueda ser trascendente para terceros que componen el núcleo familiar y que presenciaron el maltrato. Por lo tanto, es posible apreciar que este punto de vista amplifica totalmente el tipo penal para darle cabida a terceros, que hagan parte también del núcleo familiar y sufran algún tipo de afectación que sea de tal magnitud que puede poner en peligro el bien jurídico tutelado, como es el de la armonía y unidad familiar.

En efecto, dada la amplitud del tipo penal sería necesario comprobar, en cada caso concreto, si la afectación que sufra el sujeto pasivo de la violencia intrafamiliar pone en peligro el bien jurídico tutelado y, en segunda medida, si los efectos que la acción causa a los terceros pertenecientes al núcleo familiar son de interés para el derecho penal, lo cual puede solucionarse con una delimitación del tipo.

Por otro lado, si se tiene en cuenta que el tipo penal, más allá del verbo rector “maltratar”, no tiene ninguna clase de exigencia que acompañe la acción, por ejemplo, no se necesita que ese maltrato sea habitual. Sin embargo, para la S.P. es claro que no cualquier acto aislado de maltrato está revestido de la idoneidad suficiente para que se constituya como un hecho típico de violencia intrafamiliar. A juicio de algunos magistrados:

²⁰ Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal, segunda instancia 23047-2008 (074-2010). M.P. Doctor Santiago Apráez Villota.

“Si bien no se cuenta con un estudio pormenorizado y comprensivo del concepto de maltrato físico o psíquico, es necesario en cada caso precisar el alcance, pues la esencia del delito radica en la sistematicidad de la agresión dirigida contra personas con las que se mantiene o ha mantenido relaciones de carácter familiar (...) pues no se puede hablar en este evento de persistencia en el tiempo de un estado capaz de conculcar la seguridad, bienestar y unidad de los integrantes del núcleo familiar del procesado”²¹. (Subrayas fuera del texto).

En la misma línea de ideas:

*(...) aclarando que no es que sea ingrediente del tipo la conducta reiterada, pero tal como se presentaron los hechos se trató de un hecho aislado originado en el conflicto que esa mañana se presentó entre el procesado y su compañera*²² (...).

El criterio de la sistematicidad²³ plantea un interrogante y es, si por medio de su estudio podría delimitarse el tipo penal para aquellos casos en los cuales el bien jurídico tutelado, esto es la armonía y la unidad familiar, se ha puesto en peligro a lo largo de la permanencia del núcleo familiar específico. En otras palabras, si es posible que aquellos actos aislados de violencia, que se dan en el marco del núcleo familiar, puedan adecuarse típicamente a delitos como el de lesiones personales u otro tipo penal que afecte la dignidad y autonomía de la persona que sufrió el maltrato, más no como hechos de violencia intrafamiliar.

²¹ *Ibíd.*

²² Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal, segunda instancia 00203-2014-06737. Año 2017. M.P. Dr. Hender Augusto Andrade Becerra.

²³ Por ejemplo, este criterio se ha tenido en cuenta para negar el mecanismo sustitutivo de la suspensión de ejecución de la pena: “la jueza a quo negó el mecanismo sustitutivo de la suspensión de la ejecución de la pena, sino por la ausencia de la exigencia subjetiva contemplada en el numeral 2º del Art. 63 del C. Penal, que refiere a los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado y a la modalidad de la conducta punible, cuyos hechos consideró de extrema gravedad por las circunstancias que le rodearon y porque además se convirtió en una conducta repetitiva en su entorno familiar, forjando que sus parientes permanezcan en un estado de zozobra y temor, por la reacción violenta que el acusado constantemente adopta contra ellos”. Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal, segunda instancia 05-001-60-00-206-2012-70936. M.P. Doctor Luis Enrique Restrepo Méndez.

Por otra parte, también se ha considerado en la S.P. del Tribunal que el tipo penal de violencia intrafamiliar puede caracterizarse como un tipo de lesión, es decir, que no se requiere de la puesta en peligro del bien jurídico, sino de la lesión efectiva del mismo. Así, en sentencia de segunda instancia con número de radicado 2010-00516, M.P. el doctor César Augusto Rengifo Cuello²⁴, aclaro que:

(...) el punible de violencia intrafamiliar se erige en nuestra legislación punitiva como un tipo penal de lesión, en el que la realización de la conducta –maltratar- no amenaza los bienes jurídicos comprendidos en la familia, sino que efectivamente los vulnera; pues se afecta en forma inmediata la armonía, conservación, preservación y unidad del núcleo familiar.

De otro lado, debe decirse, que si bien se está frente a la lesión del bien jurídico protegido, esto no significa, que deba requerirse o presentarse necesariamente para la estructuración del tipo penal, la exigencia de un daño sobre personas o cosas, como tampoco la determinación de perjuicios efectivos; dado que estamos frente a un tipo penal de mera conducta, el cual se perfecciona con independencia del daño o perjuicio ocasionado, pues basta la lesión al interés jurídico tutelado, sin que importe para su consumación la permanencia, reiteración o habitualidad de la acción maltratadora (...). (Subrayas fuera del texto)

Pese a ello, no es claro cómo, en la estructura actual del tipo penal, puede hablarse de que el bien jurídico tutelado requiere de una vulneración efectiva del mismo, pues basta con un primer estudio de la tipicidad de la conducta para que se afirme que la acción típica es, sin más, el maltrato hacia el sujeto pasivo; es decir, es suficiente con el análisis de la conducta desde una perspectiva *ex ante*, para determinar si esa acción es desaprobada por el derecho penal, porque pone en riesgo el bien jurídico

²⁴ Tal postura es nuevamente considerada, por el doctor Rengifo Cuello, en sentencia de segunda instancia con radicado 050016000206 2008-07744, del año 2014. En el mismo sentido se puede ver el salvamento de voto del Doctor Oscar Bustamante Hernández en el fallo de segunda instancia de radicado 05212-60-00206-2014-11399.

tutelado. Así pues, se puede asumir que, tal y como está redactado el tipo penal en nuestro C.P, estamos en presencia de un delito de peligro, por cuanto, no se exige la concreción de un daño, sino la potencialidad de que se realice, es decir, la puesta en peligro del bien jurídico, no la efectiva lesión del mismo.

Por otro lado, hay otro tema que ha sido de amplio desarrollo en la S.P. del Tribunal, el de la lesividad material del bien jurídico, el cual está unido a la naturaleza del tipo penal. Si bien es claro que el tipo penal es de mera conducta, como ya se explicó, debe el operador jurídico hacer un análisis, en cada caso, para comprobar qué tipo de actuaciones consideradas como maltrato²⁵, son de interés para el derecho penal²⁶, así por ejemplo, no será de interés del derecho penal que uno de los cónyuges llegue a su casa después del trabajo, cansado e ignore a su cónyuge o a sus hijos, más allá de una posible crítica moral, ello no afecta el bien jurídico tutelado, por lo tanto la conducta sería atípica.

Incluso se ha llegado a considerar que aquellas relaciones familiares en las cuales la unidad y la armonía ya se habían debilitado por agresiones sucesivas y mutuas entre los cónyuges, anteriores al hecho que generó la denuncia, pueden ser, en el caso concreto, no lesivos para el bien jurídico tutelado, en ese sentido se ha afirmado que:

(...) Y, desde la perspectiva de la ex esposa del procesado, tampoco parece acertado sostener que ese único acto fue el que rompió la armonía y la unidad familiar, cuando la verdad es que desde tiempo atrás la relación de pareja se

²⁵ “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”. Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal, segunda instancia radicado 05-266-60-00203-2014-06737. M.P. Doctor Hender Augusto Andrade Becerra. Citando a la Corte Constitucional en la sentencia C – 368 de 2014.

²⁶ (...) La Sala tiene que advertir, además, que el hecho de que el injusto no exija expresamente la habitualidad de la violencia, ello no significa que cualquier acto aislado de maltrato pueda encontrar acomodo en el delito de violencia intrafamiliar (...). Óp.? Cit. segunda instancia 23047-2008 (074-2010). M.P. Doctor Santiago Apráez Villota.

había resquebrajado y que lo menos que se prodigaban entre ellos era amor, respeto y solidaridad.

Las pruebas recogidas en juicio dan cuenta de las continuas desavenencias entre la pareja, al punto de haber acudido a la justicia para la resolución del conflicto derivado de la falta de entendimiento, por lo que no se puede hablar aquí de que aquel comportamiento por el cual la Fiscalía acusó al procesado atentó contra la unidad familiar, la cual ya estaba disuelta desde tiempo atrás como consecuencia de otros comportamientos atribuidos a ambos cónyuges y por los cuales en ningún momento se formularon cargos constitutivos de maltrato, aparte de que si se sugirieron nunca se acreditaron en juicio (...)»²⁷.

Adicionalmente, se ha considerado que:

(...) En efecto, de acuerdo con los medios de conocimiento allegados al plenario es evidente que tanto las manifestaciones verbales de la víctima hacia el acusado y viceversa, son producto de una relación conflictiva, que ha derivado en que ambos se prodiguen en forma común un trato inadecuado, circunstancia que de por sí, no es suficiente para predicar la existencia de la conducta punible, más allá de establecer que se trata únicamente de un desorden doméstico (...).

(...) El punible de violencia intrafamiliar protege las afectaciones al bien jurídico de la armonía y la unidad familiar, del que no puede predicarse vulneración, cuando se encuentra más que probado que, para las partes involucradas en la relación sentimental, es común tratarse de manera poco cordial, sino que su configuración, requiere probar la existencia de una situación de violencia cotidiana o generalizada tanto entre los padres, como entre estos y los hijos, que afecte la calidad de vida del grupo familiar y que

²⁷ *Ibíd.*

propicie sentimientos de venganza, frustración, odio, disfuncionalidad etc;
situaciones que no fueron acreditadas en el caso sub examine²⁸ (...).

Ahora bien, en la mayoría de los casos que resuelven los operadores jurídicos se toma como criterio principal, para determinar la lesividad material del bien jurídico, la gravedad de la conducta²⁹, razonamiento que debe hacerse en todos los casos que sean objeto de conocimiento de la justicia penal. Pero, en el caso concreto del delito de violencia intrafamiliar, se debe ser cuidadoso al interpretar cuáles son los actos revestidos de idoneidad y suficientes para lesionar la armonía y unidad familiar³⁰; considerando que, puede pasar, se confunda este bien jurídico con el de la integridad de la persona y allí, debería analizarse si se está ante una conducta

²⁸ Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal, segunda instancia 05-266-60-00203-2012-00966. M.P. Doctor Oscar Bustamante Hernández.

²⁹ “La gravedad extraordinaria de la conducta, criterio de que echó mano la primera instancia para decidir como lo hizo, salta a la vista. El argumento fundante de la misma, expuesto con lujo de detalles por la decisión que se revisa, tiene que ver con que el hombre ignoró, desatendió, hizo caso omiso de la condición particular de su compañera, quien presentaba 5 meses de embarazo, no obstante, lo cual, la tomó del pelo y la arrastró por el piso, mientras le gritaba que la iba a matar. En la particular condición de sensibilidad que caracteriza a una mujer con 5 meses de embarazo, una agresión de esa índole es supremamente grave con independencia de lo extensa o corta que pueda ser la incapacidad que le ocasione y de que lesione o no al hijo que lleva en su vientre. Esas circunstancias no desdibujan la gravedad del comportamiento que se juzga”. Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal, segunda instancia 05-001-60-00206-2010-54633. M.P. Luis Enrique Restrepo Méndez.

³⁰ Un ejemplo de esto puede verse en la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior de Medellín, radicado 05266 60 00203 2011 02331. M.P. Doctora Maritza del Socorro Ortiz Castro. (...) es claro que los ánimos estaban alterados, que la entrada a la vivienda pudo darse de manera brusca entre ambos, pues fue simultánea y la misma señora Aura Rocío habla del choque con el hombro de Ignacio Alejandro. Kelly atribuye el golpe al momento en que Ignacio Alejandro voltea el hombro y empuja o estruja a la señora, lo que aprecia intencional, pero ante las circunstancias vividas en ese instante de evidente ofuscación en ambos protagonistas, no logra consolidarse con seguridad un querer de maltrato físico hacia la mujer, con el ánimo de violentarla (...). Tribuna

típica de lesiones personales o de violencia intrafamiliar³¹, de lo contrario, tendríamos que aceptar la posibilidad del concurso de conductas punibles³².

Existe otra postura, que podría definirse como intermedia, que afirma que el bien jurídico tutelado tiene una estructura dual o pluriofensiva³³:

(...) De la ubicación y del texto de la norma se puede inferir sin hesitación alguna que este tipo penal va dirigido a proteger la integridad física y emocional de los miembros de la familia para con ello a su vez preservar la armonía de esta; es decir, que es una prescripción normativa bifocal, en el entendido que no solo pretende proteger a la institución de la familia sino de igual manera a cada miembro de ella individualmente considerados (...).
(Subrayas fuera del texto).

En suma, para lesionar efectivamente el bien jurídico tutelado, aplicando el criterio de la gravedad de la conducta, es necesario desglosar el verbo rector del tipo penal, es decir, comprender el significado de maltrato en punto del delito de violencia intrafamiliar lo cual, como ya se explicó, depende del análisis del juez penal en cada

³¹ Un ejemplo de lo anterior es la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal, radicado 05001-60-00206-2012-70456. M.P. Doctor Oscar Bustamante Hernández (...). En el caso que nos convoca, la conducta desplegada por el procesado, comporta una combinación de actos de violencia física (tomarla fuertemente del brazo y sacarla de su oficina) y fuerza moral (tratarla de mala mujer delante de otras personas y cambiar la cerradura de la puerta para que no pudiese entrar a su consultorio), aspectos que en su justa dimensión y contexto real, ostentaron la magnitud necesaria para atentar contra su integridad física y familiar, pues a pesar de que la víctima es una mujer profesional, madre de familia y con una reputación de "seria y admirable" según palabras del procesado, que bien pudo ejercer actos materiales de defensa, la agresividad del procesado y su inferioridad física, la llevó a pedir ayuda al empleado de oficios varios (Marcial), al punto tal que expuso su intimidad de pareja en su sitio de trabajo, para evitar que el conflicto llegara a mayores, sin embargo, esa combinación de violencia, fue suficiente para atentar contra la integridad física de la señora Eliana María, y aunque por fortuna la incapacidad que se derivó de dichas lesiones fue mínima, no por ello su actuar se torna en antijurídico (...). También se puede revisar el salvamento de voto del Doctor Oscar Bustamante Hernández en el fallo de segunda instancia de radicado 05212-60-00206-2014-11399.

³² "Respecto de este último caso, es importante explicar que ello es así porque cuando un miembro de la familia agrede a otro física o moralmente; pero esa agresión deja algún tipo de incapacidad o secuelas es claro que estamos frente a un concurso ideal, heterogéneo y concomitante de delitos como quiera que con una sola acción se lesionó de manera autónoma e independiente dos bienes jurídicos³² como serían en este caso la integridad personal y la familia". Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal, segunda instancia con radicado 05266000203201207604. M.P. Doctor Leonardo Efraín Cerón Eraso.

³³ *Ibíd.* Esta misma Postura la tiene el Doctor Cerón Eraso, en el fallo de segunda instancia de Radicado 050016000206201301705.

caso concreto para determinar si la acción del sujeto activo es típica del delito de violencia intrafamiliar.

2. ANÁLISIS Y CONSTRUCCIÓN DEL TIPO OBJETIVO DEL DELITO DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR DESDE LA PERSPECTIVA DEL BIEN JURÍDICO TUTELADO

Este capítulo tiene como objetivo principal, no solo describir cada uno de los conceptos relacionados, sino tomar postura, desde un punto de vista dogmático y crítico, de cara a la problemática judicial del delito de violencia intrafamiliar y sobre todo, analizar de qué manera este delito, partiendo de la tipicidad objetiva, puede construirse como un tipo penal delimitado, restringiendo la intervención del derecho penal y que guarde relación con el principio de tipicidad.

Por consiguiente, este capítulo está dividido en dos partes a saber. Primero se pretende determinar la naturaleza del tipo penal de violencia intrafamiliar, tal y como está redactado en el art. 229 del C.P., con la finalidad de analizar las implicaciones que esto representa, tomando como base el bien jurídico tutelado por el tipo penal y resaltando su importancia como un criterio de interpretación, para posteriormente analizar la aplicación del principio de lesividad material y; finalmente, se hará alusión a la importancia del principio de intervención mínima del derecho penal en la construcción de los tipos penales.

2.1. Naturaleza del tipo penal, bien jurídico tutelado y lesividad material

La naturaleza del tipo penal de violencia intrafamiliar ha sido explorada desde una perspectiva un poco más amplia, por los jueces. En contraste con lo anterior, pareciera que la academia, en Colombia, se ha olvidado de este tipo penal, esto por cuanto, son pocos los autores que, más allá de clasificar el tipo según su naturaleza, se han dedicado a analizarlo de conformidad con la dogmática penal.

De la Jurisprudencia en materia penal, tanto de la S.C.P. de la C.S.J., como de la C.C., se puede colegir que el tipo penal es de mera conducta, lo cual significa que basta con ejercer cualquiera de las acciones que se han catalogado como

constitutivas de maltrato y verificar, si desde una perspectiva ex ante³⁴, esa acción podía poner en peligro el bien jurídico tutelado.

Con todo, más allá de lo que se ha dicho acerca de su naturaleza jurídica, la estructura del tipo penal, que se infiere de la redacción del mismo en la legislación penal colombiana, da cuenta de que estamos ante un delito de mera conducta y de peligro abstracto, aunque esto último no se mencione de forma expresa en la jurisprudencia.

A pesar de que doctrinalmente puede discutirse, el legislador colombiano está adelantando las barreras de protección del bien jurídico, al indicar que basta con maltratar, dañar, intimidar, amenazar, agraviar, entre otros sinónimos de maltrato, para que se configure la acción típica, porque como ya se ha dicho, no se necesita de la producción de un resultado específico en ninguna de las personas integrantes del núcleo familiar.

Esto es así, porque la realidad del país marca la vía de la política criminal, o al menos así se ha mostrado, es decir, el legislador parte de la violencia que se denuncia o de aquellos casos enigmáticos y liderados por colectivos sociales para determinar que el problema de la violencia en el ámbito familiar es grave en Colombia y necesita, aunque no muy acertadamente, prevenirla desde el derecho sancionador más grave del ordenamiento jurídico, que es el derecho penal.

En ese orden de ideas, lo único que debería preocuparle, tanto al legislador como a la judicatura, es la clasificación del tipo penal como un delito de mera conducta y de peligro abstracto, debido a que la acción maltratar³⁵, en el ámbito doméstico,

³⁴ Sentencia C-368 de 2014 M.P. Doctor Alberto Rojas; T.S.M. segunda instancia radicado 05-266-60-00203-2014-06737. M.P. Doctor Hender Augusto Andrade Becerra; segunda instancia 23047-2008 (074-2010). M.P. Doctor Santiago Apráez Villota. Óp. Cit.

³⁵ “El maltrato típico podría consistir en la producción de un resultado dañoso específico frente a la integridad física o a la salud en general, como también en el menoscabo de la honra, el buen nombre o la libertad, o la producción de un estado de indignidad o causación de sufrimiento; sin embargo, el maltrato también podría ser una acción dirigida a producir esos menoscabos, o que ponga en riesgo a la víctima de sufrirlos”. Urquijo Tejada, Luis M., Cadavid Quintero, Alfonso. Colombia. Ley 1257 del 2008. Tratamiento jurídico de la violencia y otras formas de afectación de los derechos de las mujeres en Colombia. En: Marín de Espinosa Ceballos (dir.)

puede analizarse desde diversos puntos de vista, que a su vez pueden ser incompatibles entre sí y que no siempre van a significar la comisión de una conducta punible o la van a excluir, lo cual, sin duda, es una consecuencia adversa para el principio de legalidad en materia penal y para el principio de tipicidad en sentido estricto.

De ahí que la importancia del asunto radica en tomar como referente el bien jurídico tutelado por la norma penal, la armonía y la unidad familiar, el cual no tiene necesidad de modificarse como lo indican algunos autores, sobre todo en España, quienes manifiestan que lo que debe protegerse con el delito de malos tratos habituales no es la familia, sino la integridad moral y la salud de las personas que la componen; así, por ejemplo, se afirma que:

(...) Se mantiene que <la naturaleza jurídica que el legislador ha querido a otorgar a dicho precepto no es la de un delito de peligro abstracto, sino la de un delito de peligro concreto>, puesto que <lo que se castiga en este delito es poner en peligro concreto la vida, integridad y libertad de las personas que son expuestas de forma habitual a comportamientos de carácter físico>; el legislador, por tanto, <considera que es apropiado castigar al sujeto activo no solo cuando ese peligro se haya materializado en un resultado concreto, sino ante la sucesiva puesta en peligro individualizada de esos bienes jurídicos³⁶ (...). (Subrayas fuera del texto)

Nótese que, aunque la legislación española introduce el requisito de la habitualidad, ello no es criterio suficiente para determinar que el bien jurídico y por ende la naturaleza del tipo penal, deban cambiar para traducirse en una especie de delito de lesiones personales continuadas, antes bien, debería pensarse que es

Régimen Jurídico de la Violencia de Género en Iberoamérica y España: Un estudio de leyes integrales de segunda generación. Ed. Aranzadi, SA, España. 2015. Pág. 126.

³⁶ Olmedo Cardenete, Miguel. El delito de Violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial. Atelier Penal, Barcelona, 2001. Pp. 59 – 64.

precisamente la modificación de la naturaleza del tipo, no del bien jurídico, lo que permitiría delimitar la difícil aplicación de este delito.

El interrogante que surge es, en el marco de este estudio, cómo podría estructurarse el tipo penal de manera que se aplicara solo en aquellos casos en los cuales efectivamente se lesiona el bien jurídico tutelado establecido por el ordenamiento jurídico. Una opción muy valiosa es la expuesta por algunos autores³⁷, cuando afirman que una de las posibilidades de interpretación del tipo es:

(...) la delimitación de la familia como bien jurídico implicaría (por lo) que solo se debieran castigar los malos tratos cuando desde una perspectiva ex post, hubieran comprometido la integridad (o unidad) y armonía de la familia. No todo ataque contra un miembro de la familia debe considerarse necesariamente un atentado contra las relaciones familiares porque la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico de carácter individual de un miembro del grupo familiar no conlleva necesariamente, de forma correlativa, la afectación o puesta en peligro específica de la relación familiar, ni de la institución jurídica de la familia (...).

Así las cosas, es factible olvidarse de la estructura peligrosista del tipo y proponer que el delito de violencia intrafamiliar comporta un tipo penal de lesión o de resultado cuando, en gracia de discusión, se concluye que la lesión del bien jurídico tutelado, desde una perspectiva *ex post*, comprende más allá de la búsqueda de un resultado físico o psicológico, constatable en algún miembro de la familia, que se evidencie el “efecto que sobre la víctima despliega el ejercicio sistemático de ese tipo de violencia”³⁸, es decir, que se produzca el resultado de la ruptura de la unidad y la armonía familiar por causa de la sistematicidad de violencia ejercida en ese núcleo familiar, lo cual, es muy difícil de explicar con el análisis de un único acto de maltrato,

³⁷ Urquijo Tejada, Luis M., Cadavid Quintero, Alfonso. Colombia. Ley 1257 del 2008. Tratamiento jurídico de la violencia y otras formas de afectación de los derechos de las mujeres en Colombia. Óp. Cit. Pág. 127.

³⁸ Olmedo Cardenete, Miguel. El delito de Violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial. Óp. Cit. Pág. 64.

aislado del contexto que rodea a las personas que han conformado ese proyecto de vida y cuya historia o intimidad, desconoce el Estado.

Es allí cuando el principio de lesividad material del bien jurídico debe entrar como un criterio de obligatorio cumplimiento para determinar la tipicidad de una conducta, es decir, que solo se deberán considerar como acciones típicas de lesión del bien jurídico tutelado aquellas que denoten una lesión concreta para la armonía y la unidad familiar, no solo aquellas, que por su gravedad sean lesivas de otros bienes jurídicos, caso en el cual se tendría que estudiar la viabilidad de imputación del resultado específico que se cause con las mismas.

De manera que el bien jurídico tutelado, armonía y unidad familiar, debe servir como un criterio de interpretación del tipo penal, para la solución de problemas como el de la lesividad material³⁹, el de la subsidiariedad e, incluso, como un criterio delimitador del ámbito de aplicación de la norma en los casos concretos. Por consiguiente, si lo que se pretende con la norma penal es proteger aquellas relaciones familiares que exceden los límites de la violencia, ejerciendo conductas que gravemente atentan contra ese proyecto de vida común, no deben considerarse como importantes aquellas situaciones o acciones, que si bien pueden ser muy reprochables desde otros puntos de vista, no ameritan una sanción de carácter penal y, pueden solucionarse por la intervención de políticas públicas, por ejemplo.

En definitiva, el entendimiento del tipo penal como uno de lesión, serviría como un parámetro para alejarse de aquella postura que limita su aplicación a aquellos casos en los cuales no se haya producido un resultado que lesione bienes jurídicos que se consideran más graves o de mayor protección por la pena a imponer. Precisamente, si el delito de violencia intrafamiliar está dentro del Título VI del C.P.C. de los Delitos contra la familia, ello debería significar un indicio de la

³⁹ El principio de lesividad material del bien jurídico o de exclusiva protección de bienes jurídicos, se refiere a que solo se pueden sancionar hechos o actos socialmente lesivos para los bienes jurídicos, es decir, el concepto de bien jurídico cumple una función limitadora de la actividad punitiva del Estado. Hefendehl, Roland, VON HIRSCH, Andrew, WOHLERS, Wolfgang. La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007. Pp. 96 – 103.

autonomía de ese bien jurídico⁴⁰, que no es insignificante y que está plenamente justificado⁴¹, no solo en la CNC, sino en la dinámica del país.

2.2. Importancia de la aplicación del principio de intervención mínima en el derecho penal o *ultima ratio*

El principio de intervención mínima en el derecho penal⁴² es, en conjunto con otros principios que ya se han mencionado, como el de lesividad material del bien jurídico, una garantía fundamental de ponderación y limitación del ejercicio punitivo que ejerce, de manera exclusiva, el Estado sobre los ciudadanos. Este implica que, solo se ha de usar todo el poder sancionador del Estado, representado en el derecho penal, cuando la conducta no solo atente contra los bienes jurídicos ya considerados como su objeto de protección, sino, cuando esta se considere destructiva del mismo, y que, además, no haya otra posibilidad de sanción para dicha conducta o que resulte menos lesiva de los derechos fundamentales del ciudadano y que sirva a los efectos de prevención de comportamientos similares. Esto, por cuanto no debe perderse de vista que la sanción penal causa un efecto irreversible, no solo en la persona, sino en su familia y en la sociedad misma. De esta manera lo ha dicho la Corte Constitucional, al sostener que:

“La Corte ha sostenido que el derecho penal se enmarca en el principio de mínima intervención, según el cual, el ejercicio de la facultad sancionatoria criminal debe operar cuando las demás alternativas de control han fallado.

⁴⁰ Así lo define la académica María Acale Sánchez: “falta pues sustantividad propia del tipo penal protegido”. Acale Sánchez, María. “La violencia de género como una modalidad específica de violencia en Colombia y en España”. En: Derecho Penal Contemporáneo. ISSN 1692-1682 ISSN Impresa. Pág. 82.

⁴¹ Se encuentra justificado porque, como dice la Corte Constitucional en la sentencia T-382 de 1994. M.P. Doctor Hernando Herrera Vergara. “La prioridad del núcleo familiar, como lo expresa la Constitución, hace que el Estado o la potestad civil, como autoridad, **sólo penetre hasta la intimidad, en situaciones de extrema angustia, de alteración grave de los derechos mutuos de la pareja**; el poder del Estado, entonces, se hará presente para proteger a la familia y restaurar el equilibrio quebrantado, **buscando como objetivo la conservación de la familia**”. (Negritas y Subrayas fuera del texto).

⁴² Por su parte, el principio de intervención mínima o *ultima ratio*, significa que el derecho penal debe actuar de manera subsidiaria y fragmentaria, es decir, que los bienes jurídicos no se protegen contra todo tipo de ataques, sino contra los más intolerables. Hefendehl, Roland, Von Hirsch, Andrew, Wohlers, Wolfgang. La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Óp. Cit. Pp. 118 – 119.

Esta preceptiva significa que el Estado no está obligado a sancionar penalmente todas las conductas antisociales, pero tampoco puede tipificar las que no ofrecen un verdadero riesgo para los intereses de la comunidad o de los individuos; como también ha precisado que la decisión de criminalizar un comportamiento humano es la última de las decisiones posibles en el espectro de sanciones que el Estado está en capacidad jurídica de imponer, y entiende que la decisión de sancionar con una pena, que implica en su máxima drasticidad la pérdida de la libertad, es el recurso extremo al que puede acudir al Estado para reprimir un comportamiento que afecta los intereses sociales. En esta medida, la jurisprudencia legitima la descripción típica de las conductas sólo cuando se verifica una necesidad real de protección de los intereses de la comunidad. De allí que el derecho penal sea considerado por la jurisprudencia como la última ratio del derecho sancionatorio”⁴³.

En ese sentido y para el caso de estudio, este principio debe tomar especial relevancia, toda vez que la intervención del Estado en las relaciones personales e íntimas, como es la de una familia, en principio, solo debe estar justificada cuando se realizan conductas que de manera sistemática y grave buscan fenecer con la unidad y armonía de aquella institución, base de la sociedad.

Ahora bien, como es de amplio conocimiento, este principio obliga al Estado a usar, antes de la intervención del derecho penal, otras formas de prevención y sanción, que sean menos gravosas para la misma familia, pues pretender proteger la familia por medio de la imposición de una pena privativa de la libertad en un establecimiento como la prisión, que es la pena que conlleva la comisión del delito de violencia intrafamiliar, pareciera ser una contradicción, sobre todo en términos de prevención.

De ahí que, deba tenerse en cuenta, que si bien existe la obligación, no solo legal, sino constitucional de proteger la familiar, dicha protección deba escalar diversos

⁴³ Corte Constitucional. Sentencia C – 365 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

estadios y mecanismos para poder arribar al derecho penal, caso en el cual, debe considerarse siempre que una intervención de este tipo debe estar acorde los principios jurídico penales y constitucionales, de manera que justifique plenamente esa injerencia.

Finalmente, la discrepancia que conlleva el análisis y aplicación de estos principios como criterios de interpretación del tipo, con la definición de tipicidad que establece el Art. 10 del C.P.C., es que, en definitiva, el tipo penal de violencia intrafamiliar no cumple con el requisito que exige el precitado artículo el cual se refiere a la necesidad de definir de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas de la estructura del tipo; por lo que, se puede considerar la necesidad de introducir, como un criterio de delimitación e interpretación del Art. 229 del C.P.C., el de la sistematicidad de la conducta, criterio que puede establecerse por medio de la jurisprudencia, para no realizar una reforma penal o, en efecto, introducirlo de manera explícita en la descripción del tipo.

3. CONCLUSIONES

- La responsabilidad constitucional que recae sobre el Estado y sus instituciones jurídicas, de manera especial sobre la justicia, para proteger lo que el legislador penal, con ayuda de la jurisprudencia constitucional, ha entendido como familia y, de manera particular como la armonía y la unidad de esta institución, debe estar orientada por la construcción de un andamiaje institucional que ponga en el último escalón, el uso del *ius puniendi*, para sancionar solo aquellas conductas que lesionan gravemente ese proyecto de vida que deciden conformar las personas, de lo contrario y en efecto así es en la actualidad, nos encontraríamos frente a un adelantamiento de la barrera de protección.
- De manera que la norma penal, debe ir enfocada no a la amplificación del tipo para incluir todas aquellas conductas que se consideren lesivas del bien jurídico tutelado, sino a la delimitación del mismo, por medio de la aplicación de principios como el de lesividad material y de intervención mínima, para reformar o rediseñar la estructura del delito de violencia intrafamiliar. Por consiguiente, es obligación del legislador dar parámetros claros y precisos, atendiendo al principio de legalidad y dentro de este al de tipicidad, para que los sujetos activos del delito violencia intrafamiliar tengan al menos, en aras de la prevención y abstención de realizar conductas punibles que se supone estimula la norma penal, claridad en relación con aquellas conductas que son constitutivas del delito.
- El legislador penal, entonces, debería abstenerse de crear tipos penales indeterminados, cuya ejecución dependa de realizar una acción, en la cual los resultados no tienen la necesidad de ser analizados de conformidad con la estructura típica del delito que se construye en el proceso penal, sino que basta con llevar a cabo una amenaza, un agravio, un trato cruel, un maltrato físico o todas aquellas conductas que están llamadas a ser constitutivas de

maltrato en el ámbito doméstico, para sancionar penalmente a una persona, por el efecto que se cree causa esa acción y es la puesta en peligro del bien jurídico tutelado por la norma, esto es la armonía y unidad familiar.

- La caracterización del tipo penal de violencia intrafamiliar como uno de mera conducta y de peligro abstracto ha llevado a que la jurisprudencia tanto de la C.C., como de la C.S.J. en materia penal, no tenga claridad de la sub regla de derecho para solucionar todos aquellos casos que llegan a su conocimiento, es decir, que ante determinados casos, se tome una decisión conforme se han fallado casos del mismo tipo. No puede decirse, de conformidad con la jurisprudencia estudiada, que hay criterios unificados en relación con temas como, cuáles son los actos revestidos de idoneidad y suficientes para lesionar la armonía y unidad familiar, incluso cuando parece que a este tipo penal subyace una intención de proteger la integridad personal y la vida de aquellas personas que se encuentran en mayor riesgo de ser maltratadas, como las mujeres y los niños.
- En efecto, la subsidiariedad del tipo penal, la cual se deriva de la aparente asociación del bien jurídico tutelado con otros bienes jurídicos, esto es, la aparente confusión que hay entre violencia intrafamiliar y daño físico y/o psicológico, como se dijo, le resta autonomía a la protección del mismo; lo cual hace mucho más compleja su aplicación.
- Una propuesta viable se enmarca en la construcción del tipo penal de violencia intrafamiliar como un tipo de lesión efectiva del bien jurídico tutelado, sancionando aquellas conductas que, desde un punto de vista *ex post*, se pueda comprobar, más allá de las consecuencias físicas y psicológicas en los integrantes del núcleo familiar, el efecto que sobre esta o estas personas ha causado el ejercicio sistemático de la violencia en el ámbito doméstico. De ahí que, en el análisis de un caso concreto que llegue a la judicatura, se pueda tener como base el contexto o la dinámica familiar,

para definir, si esa conducta que llevó a la víctima a denunciar se puede tipificar como un delito de violencia intrafamiliar y sancionarse como tal, o si por el contrario, se debe tipificar como lesiones personales u otros delitos que se desprendan de la acción, o declararse atípica.

BIBLIOGRAFÍA

Textos académicos

- ACALE SÁNCHEZ, María. “La violencia de género como una modalidad específica de violencia en Colombia y en España”. En: Derecho Penal Contemporáneo. ISSN 1692-1682 ISSN Impresa.
- MARIN DE ESPINOSA, Elena B. En: Régimen Jurídico de la Violencia de Género en Iberoamérica y España: Un estudio de leyes integrales de segunda generación. Ed. Aranzadi, SA, España. 2015.
- CORTÉS BECHIARELLI, Emilio. El delito de malos tratos familiares. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid. 2000.
- FERRO TORRES, José Guillermo. Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial”. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- OLMEDO CARDENETE, Miguel. El delito de Violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial. Atelier Penal, Barcelona, 2001.
- PRIETO DEL PINO, Ana María. Diez años de derecho penal español contra la violencia de género: maltrato habitual y maltrato ocasional en la pareja. En: Nuevo Foro Penal N° 86. Vol. 12. ISSN 012-8179. Universidad Eafit. Enero-junio de 2016.
- URQUIJO TEJADA, Luis Mauricio. Aspectos dogmáticos y político criminales del delito de violencia intrafamiliar en Colombia. Universidad Eafit, tesis para optar al título de Magister en Derecho Penal de la Universidad Eafit. 2016.
- HEFENDEHL, Roland, VON HIRSCH, Andrew, WOHLERS, Wolfgang. En: La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007.

Normatividad

Nacional

- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA de 1991. Art. 2, 5, 42, 43, 44, 45, 46.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Código Penal Colombiano. Ley 599 de 2000. Por la cual se expide el Código Penal.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. 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.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 882 de 2004. Por medio de la cual se modifica el artículo 229 de la Ley 599 de 2000.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1142 de 2007. Por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1257 de 2008. Por medio de 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.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1453 de 2011. Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Pena, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1542 de 2012. Por medio de la cual se reforma el artículo 74 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal.

Jurisprudencia

De la Corte Constitucional Colombiana

- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T - 382 de 1994. M.P. Hernando Herrera Vergara.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C - 285 de 1997. M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C - 289 de 2000. M.P. Antonio Barrera Carbonell.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C - 163 de 2008. M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C - 365 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C - 368 de 2014. M.P. Alberto Rojas Ríos.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C - 059 de 2015. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

De la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicado 33.772 del 28 de marzo de 2012. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicado 35.764 del 13 de junio de 2013. Auto Interlocutorio. M.P. Luis Guillermo Salazar Otero.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicado 43.598 del 22 de octubre de 2014. Auto Interlocutorio. M.P. Eyder Patiño C.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicado 41.315 del 03 de diciembre de 2014. M.P. Eyder Patiño Cabrera.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicado 46.454 del 06 de julio de 2016. M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicado 45.647 del 05 de octubre de 2016. M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicado 46.918 del 08 de febrero de 2017. M.P. Eugenio Fernandez Carlier.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicado 48.047 del 07 de junio de 2017. M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa.

De la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín

- TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN. Segunda instancia 0205-2005 (059-2007). M.P. Santiago Apráez Villota. Año 2008.
- TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN. Segunda instancia 23047-2008 (074-2010). M.P. Santiago Apráez Villota. Año 2010.
- TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN. Segunda instancia 05-001-60-00206-2010-54633. M.P. Luis Enrique Restrepo Méndez. Año 2011.
- TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN. Segunda instancia 05266 60 00203 2011 02331. M.P. Maritza Del Socorro Ortiz Castro. Año 2013.
- TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN. Segunda instancia 2010-00516. M.P. César Augusto Rengifo Cuello. Año 2013.
- TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN. Segunda instancia 05-001-60-01250-2012-02161. M.P. José Ignacio Sánchez Calle. Año 2013.
- TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN. Segunda instancia 05-266-60-00204-2010-00109. M.P. Hender Augusto Andrade Becerra. Año 2013.

- TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN. Segunda instancia 05-001-60-00206-2012-71403. Oscar Bustamante Hernández. Año 2014.
- TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN. Segunda instancia 05-001-60-00206-2010-57773. M.P. Pío Nicolás Jaramillo Marín. Año 2014.
- TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN. Segunda instancia 0500160002062008-07744. M.P. César Augusto Rengifo Cuello. Año 2014.
- TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN. Segunda instancia 052666000203201207604. M.P. Leonardo Efraín Cerón Eraso. Año 2015.
- TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN. Segunda instancia 05-001-60-00206-2014-16764. M.P. Miguel Humberto Jaime Contreras. Año 2015.
- TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN. Segunda instancia 05-001-60-00206-2013-02816. M.P. Hender Augusto Andrade Becerra. Año 2015.
- TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN. Segunda instancia 05-001-60-00206-2009-15627. M.P. Hender Augusto Andrade Becerra. Año 2015.
- TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN. Segunda instancia 05001-60-00206-2013-01705. M.P. Leonardo Efraín Cerón Eraso. Año 2016.
- TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN. Segunda instancia 050016000206201411399. M.P. Leonardo Efraín Cerón Eraso. Año 2016.
- TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN. Segunda instancia 05-001-60-00206-2014-20150. M.P. José Ignacio Sánchez Calle. Año 2016.

- TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN. Segunda instancia 05 360 60 99057 2014 03348. Pío Nicolás Jaramillo Marín. Año 2016.
- TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN. Segunda instancia 05-001-60-00206-2014-47754. M.P. José Ignacio Sánchez Calle. Año 2016.
- TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN. Segunda instancia 05-001-60-00206-2014-07020. M.P. Miguel Humberto Jaime Contreras. Año 2016.
- TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN. Segunda instancia 72-2014 (2014-1856). M.P. Santiago Apráez Villota. Año 2016.
- TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN. Segunda instancia 05-001-60-00-206-2012-70936. M.P. Luis Enrique Restrepo Méndez. Año 2016.
- TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN. Segunda instancia 05-266-60-00203-2012-00966. M.P. Oscar Bustamante Hernández. Año 2016.
- TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN. Segunda instancia 05001-60-00206-2012-70456. M.P. Oscar Bustamante Hernández. Año 2016.
- TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN. Salvamento de voto 05212-60-00206-2014-11399. M.P. Oscar Bustamante Hernández. Año 2016.
- TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN. Segunda instancia 05 001 60 00206 2015 21285. M.P. César Augusto Rengifo Cuello. Año 2016.
- TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN. Segunda instancia 2014-47472. M.P. César Augusto Rengifo Cuello. Año 2017.

- TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN. Segunda instancia 05-266-60-00203-2014-06737. M.P. Hender Augusto Andrade Becerra. Año 2017.

