

Sentencia C-368/14

VIOLENCIA INTRAFAMILIAR-Incremento de sanción penal constituye medida proporcionada e idónea

La Sala considera que existe un deber especial de protección a la familia y, dentro de ella, a quienes por alguna condición son más vulnerables y requieren de medidas de protección reforzada. Señaló que la unidad y armonía familiar deben ser salvaguardados, entre otras medidas, a través del ejercicio del poder sancionatorio del Estado conforme al artículo 42 de la Constitución, por lo cual el Estado está obligado a consagrar una normativa que permita investigar y sancionar cualquier tipo de violencia al interior de la familia. Para tal efecto el legislador tiene la potestad de tipificar como delito las diversas formas de violencia que vulneran la unidad y armonía familiar e incrementar como medida de política criminal los límites punitivos fijados para el delito de violencia familiar descrito en el artículo 229 del Código Penal, modificado por el artículo 33 de la Ley 1142 de 2007. Sobre el principio de legalidad la Sala señala que para determinar en cada caso concreto, si se configura o no el verbo rector del tipo penal, es decir, el maltrato físico o psicológico, debe atenderse a lo dispuesto en los artículos 18 de la Ley 1098 de 2006, relativo al maltrato infantil, y los artículos 2 y 3 de la Ley 1257 de 2008, sobre violencia física y psicológica. Y señaló que, como lo ha indicado la Corte en sentencia C- 674 de 2005, por violencia intrafamiliar puede entenderse todo daño o maltrato físico, psíquico, trato cruel, intimidatorio o degradante, amenaza, agravio, ofensa o cualquier otra forma de agresión contra el natural modo de proceder, con ímpetu e intensidad extraordinarias, producida entre las personas que de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica, aunque no convivan bajo el mismo techo. Conducta que para ser penalizada conforme al artículo demandado, requiere que la violencia sea cual fuere el mecanismo para infligirla, sea antijurídica porque trae como consecuencia la afectación y desestabilización de la unidad y armonía familiar. Igualmente considera la Sala que la expresión “siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor” del artículo 229 del Código Penal respeta el principio de taxatividad penal, porque no genera ambigüedad sobre ninguno de los elementos del tipo penal de violencia intrafamiliar, en particular, no hace indeterminada o lleva a la confusión sobre la consecuencia punitiva, pues constituye en realidad un criterio al cual deben acudir

los funcionarios judiciales al momento de realizar el proceso de adecuación típica de la conducta sometida a investigación y juicio en cada caso concreto. Para la Sala que esta elevación de los límites punitivos no contradice los principios de proporcionalidad y razonabilidad porque es un mecanismo adecuado para prevenir y reprimir los actos de maltrato en la familia que, atendiendo a su incremento y reiteración, han sido considerados por el legislador como una situación que afecta ostensiblemente la convivencia pacífica. Además, las penas fijadas para el delito de lesiones personales en sus distintas modalidades no constituyen un parámetro de comparación para determinar la proporcionalidad de la pena fijada para el delito de violencia intrafamiliar que busca proteger a la familia, como bien jurídico distinto a la integridad personal y elemento fundamental de la sociedad, e incluye dentro de las conductas constitutivas de la infracción muchos otros comportamientos diferentes a causar daño en el cuerpo o en la salud. Indica la Sala que aún en los casos en que los actos de violencia intrafamiliar ocasionen, entre otros efectos, daños en el cuerpo o en la salud, no existe identidad entre el comportamiento que configura violencia familiar y las lesiones personales pues la condición del sujeto activo del punible – con quien la víctima tiene una relación derivada de la pertenencia al mismo núcleo familiar- es una circunstancia que permite diferenciar los dos delitos y que justifica el establecimiento de consecuencias punitivas diversas por parte del legislador. En este orden, no hay violación del principio de igualdad cuando se trata de conductas que no son equiparables.

DERECHO A LA FAMILIA-Protección constitucional especial

FAMILIA-Protección estatal

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.

DERECHO A MANTENER LA UNIDAD FAMILIAR-Jurisprudencia constitucional

A partir de la interpretación de las disposiciones normativas contenidas en el artículo 42 de la Constitución, es posible establecer la existencia de un derecho constitucional a mantener

la unidad familiar o a mantener los vínculos de solidaridad familiar. De la caracterización constitucional de la familia, como núcleo fundamental de la sociedad, en la cual es necesario preservar la armonía y la unidad, mediante el rechazo jurídico de las conductas que puedan conducir a su desestabilización o disgregación, y además, consultando el deber constitucional de los padres, consistente en sostener y educar a los hijos mientras sean menores o impedidos, resulta perfectamente posible derivar normas de mandato, de prohibición y de autorización. Siguiendo un razonamiento similar es posible configurar el derecho a mantener la unidad familiar. Este derecho es el corolario de la eficacia de la disposición que define la familia como el núcleo fundamental de la sociedad, en la medida en que constituye el dispositivo normativo que permite realizar la pretensión constitucional de protección a la familia (como núcleo fundamental de la sociedad), al autorizar la intervención de los jueces y en especial del juez constitucional, en situaciones concretas que tengan el poder de afectar la unidad y/o la armonía familiar. Esta hipótesis encuentra otro punto de refuerzo en otra disposición constitucional contenida en el artículo 42. En efecto, la Constitución rechaza de manera expresa toda forma de violencia en la familia que tenga la potencialidad de afectar la unidad y la armonía familiar. Ahora, una lectura en clave libertaria de la Constitución lleva al intérprete a concluir que la violencia que censuró el constituyente no es sólo la violencia de tipo físico o psicológico, que se ejerce de manera directa entre los miembros de la familia, sino también la violencia estructural, la que se engendra en las formas veladas de poder, en las injusticias sociales o en las presiones antijurídicas sobre sus miembros. En esta medida, el dispositivo normativo del derecho a mantener la unidad familiar, al tiempo que permite enervar este tipo de factores, constituye la traducción en clave de derechos-deberes de la más genuina voluntad del constituyente de 1991.

DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADOS DE ELLA-Protección constitucional

PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Protección constitucional especial

FAMILIA-Instrumentos internacionales que consagran la protección

FAMILIA-Alcance del concepto

La reiterativa proclamación del deber de protección hacia la familia y siendo este un

elemento esencial para el estudio de la demanda, impone precisar que el ámbito de protección no se limita a la familia en su modelo nuclear clásico del siglo XX compuesta por la madre, el padre y los hijos, sino que incorpora otras estructuras formadas por vínculos de consanguinidad o jurídicos, a las familias de crianza y a las parejas homosexuales, como lo definió la Corte Constitucional entre otras sentencias en la C-075 de 2007 y en la sentencia C-029-09, en la cual se analizó el déficit de protección en diferentes ámbitos a las parejas del mismo sexo.

DERECHO A LA FAMILIA-Principio de Unidad

Desde las primeras decisiones adoptadas por esta Corporación se ha advertido que: “para proteger a la institución familiar, la Carta Fundamental de 1991 ha elevado a canon constitucional su unidad como principio esencial. Esta consagración trasciende luego en el derecho prevalente de los niños a tener una familia y no ser separados de ella, ya que constituye el ambiente natural para su desarrollo armónico y el pleno ejercicio de sus derechos.”

NUCLEO FAMILIAR-Protección por el Estado/NUCLEO FAMILIAR-Protección constitucional

La familia, como unidad fundamental de la sociedad, merece los principales esfuerzos del Estado con el fin de garantizar su protección integral y el respeto a su dignidad, honra e intimidad intrínsecas. ... los integrantes del núcleo familiar tienen sus respectivas responsabilidades en relación con los demás participantes de la vida en común: los padres para con sus hijos y éstos frente a aquéllos; todos juntos deben propugnar, en la medida de sus capacidades, por alcanzar una armonía que redunde en beneficio del crecimiento de la totalidad de ese núcleo, además del respeto que se deben los unos a los otros, tanto por la dignidad que cada uno merece en su calidad de persona, como por la que le corresponde como miembro de una misma familia.

MUJER-Sujeto constitucional de especial protección

VIOLENCIA CONTRA LA MUJER-Instrumentos internacionales

PROHIBICION DE DISCRIMINACION POR RAZON DE GENERO-Contenido y alcance

CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS-Obligación de los Estados Partes

de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer

PERSONAS CON DISCAPACIDAD-Protección constitucional

PERSONAS CON DISCAPACIDAD-Instrumentos internacionales que consagran deberes especiales de protección respecto de las personas con discapacidad que integran unidad familiar

CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD-Especial protección del Estado

DEBER DE ESPECIAL PROTECCION DEL ESTADO A PERSONAS CON DISCAPACIDAD-Se intensifica cuando se trata de adultos mayores

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Alcance

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Consagración constitucional e internacional

SANCION A LOS HIJOS-Jurisprudencia constitucional

Para reprender al niño no es necesario causarle daño en su cuerpo o en su alma. Es suficiente muchas veces asumir frente a él una actitud severa despojada de violencia; reconvenirlo con prudente energía; privarlo temporalmente de cierta diversión; abstenerse de otorgarle determinado premio o distinción; hacerle ver los efectos negativos de la falta cometida. La eficacia de la sanción no estriba en la mayor intensidad del dolor que pueda causar sino en la inteligencia y en la firmeza con que se aplique, así como en la certidumbre que ofrezca sobre la real transmisión del mensaje implícito en la reprensión. En tal sentido, no se trata de ocasionar sufrimiento o de sacrificar al sujeto pasivo de la sanción sino de reconvenirlo civilizadamente en aras de la adecuación de sus posteriores respuestas a los estímulos educativos. El uso de la fuerza bruta para sancionar a un niño constituye grave atentado contra su dignidad, ataque a su integridad corporal y daño, muchas veces irremediable, a su estabilidad emocional y afectiva. Genera en el menor reacciones psicológicas contra quien le aplica el castigo y contra la sociedad. Ocasiona invariablemente el progresivo endurecimiento de su espíritu, la pérdida paulatina de sus más nobles sentimientos y la búsqueda -consciente o inconsciente- de retaliación posterior, de la cual muy seguramente hará víctimas a sus propios hijos, dando lugar a un interminable proceso

de violencia que necesariamente altera la pacífica convivencia social.

COMITE DE LOS DERECHOS DEL NIÑO-Derecho del niño a protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes

COMITE DE LOS DERECHOS DEL NIÑO-Definición de castigo corporal o físico

El Comité define el castigo “corporal” o “físico” como todo castigo en el que se utilice la fuerza física y que tenga por objeto causar cierto grado de dolor o malestar, aunque sea leve. En la mayoría de los casos se trata de pegar a los niños (“manotazos”, “bofetadas”, “palizas”), con la mano o con algún objeto -azote, vara, cinturón, zapato, cuchara de madera, etc. Pero también puede consistir en, por ejemplo, dar puntapiés, zarandear o empujar a los niños, arañarlos, pellizcarlos, morderlos, tirarles del pelo o de las orejas, obligarlos a ponerse en posturas incómodas, producirles quemaduras, obligarlos a ingerir alimentos hirviendo u otros productos (por ejemplo, lavarles la boca con jabón u obligarlos a tragar alimentos picantes).

PRINCIPIO DE CORRESPONSABILIDAD-Consagración constitucional

El artículo 44 de la Constitución Política establece el principio de corresponsabilidad, en virtud del cual cualquier persona puede exigir de la autoridad competente el respeto de sus derechos y la sanción de quienes los vulneren, lo cual debe llevar a la familia y a la sociedad a solicitar la intervención de las autoridades cuando en el ámbito público y privado, y dentro de éste, el doméstico, se adviertan hechos o circunstancias que pongan en riesgo la vida e integridad de los menores de edad, ya sea por acción o ante el desamparo.

PROTECCION A LA FAMILIA COMO UNIDAD, Y A QUIENES LA INTEGRAN-Medidas de orden preventivo y otras de carácter represivo por parte del legislador

Para efectos de cumplir con este mandato constitucional de protección a la familia como unidad, y a quienes la integran el legislador ha adoptado diversas clases de medidas, algunas de orden preventivo y otras de carácter represivo, entre las primeras se encuentran las estrategias de sensibilización y difusión de derechos y la adopción de medidas de protección ante situaciones de riesgo o amenaza de vulneración de derechos y dentro de

las segundas están las medidas de protección ante situaciones de abuso y la penalización de conductas que afectan la unidad y armonía familiar (contenidas actualmente en el Título VI de la Ley 599 de 2000)

Respecto del objetivo perseguido con la consagración de este tipo penal, en sentencia C-029 de 2009, dijo la Corte: “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”.

PODER PUNITIVO DEL ESTADO-Límites constitucionales y garantías penales

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL-No es absoluta/LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL-Alcance

La potestad de configuración de los delitos y las penas no es absoluta e ilimitada, pues siendo el derecho penal extrema y ultima ratio, el legislador no puede consagrar como delito cualquier conducta, ni fijar de forma injustificada un sistema de penas, pues la tipificación penal debe estar precedida de un juicio de antijuridicidad, sobre las conductas que desbordan el respeto a los derechos humanos y afectan valores constitucionales que han sido reconocidos como preponderantes en un contexto determinado y que, por tanto, deben ser protegidos mediante el poder punitivo estatal. Es decir, el legislador sólo puede reprochar penalmente conductas que vulneren bienes jurídicos suficientemente relevantes -examinados en un contexto social y temporal determinado y a partir de los derechos fundamentales y valores implícitos en la Constitución- y que no son controlables mediante otros instrumentos de intervención estatal menos caros para los derechos de las personas.

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL-Jurisprudencia constitucional

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL-Límites

El antedicho margen de configuración debe respetar, con todo, unos límites. Estos límites están dados por los valores, principios y derechos reconocidos por la Constitución. En ejercicio de su discrecionalidad, el legislador debe respetar estos límites y obrar de manera conforme a los principios de necesidad, de exclusiva protección de bienes jurídicos, estricta legalidad, de culpabilidad y de razonabilidad, proporcionalidad, como pasa a verse. El deber de respetar los derechos constitucionales y, en especial, su núcleo esencial, implica tener en cuenta que los tipos penales son mecanismos de protección de estos derechos y, al mismo tiempo, son restricciones severas al ejercicio de otros derechos. En ocasiones “el tipo penal integra el núcleo esencial del derecho constitucional”. Así, pues, al redactar los tipos penales, el Legislador debe especialmente tener en cuenta el contenido material de los derechos constitucionales que con ellos se busca proteger y los tratados internacionales ratificados por la República de Colombia que hacen parte del bloque de constitucionalidad. El deber de obrar conforme al principio de necesidad de la intervención se concreta en asumir que el derecho penal tiene un carácter subsidiario, fragmentario y de última ratio, de tal suerte que para criminalizar una conducta se requiere que no existan otros medios de control menos gravosos (principio de mínima intervención), o cuando existiendo y aplicándose hayan fallado, siempre que se trate de proteger un bien jurídico de ataques graves. El deber de obrar conforme al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos implica que el derecho penal está instituido para proteger valores esenciales de la sociedad, determinados conforme a la política criminal del Estado. El deber de obrar conforme al principio de estricta legalidad es relevante para la creación del tipo penal, que es una competencia exclusiva del legislador y que obedece a una reserva de ley en sentido material; para la prohibición de la analogía: “*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*”; para la prohibición de emplear el derecho consuetudinario para fundamentar y agravar la pena “*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*”; para la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley: “*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*”, salvo que se trate de una norma más favorable, en cuyo caso debe aplicarse en razón del principio de favorabilidad; para la prohibición de establecer tipos penales o penas indeterminados: “*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*”; para el principio de lesividad del acto: “*nulla lex poenalis sine iniuria*”. El deber de obrar conforme al principio de culpabilidad comporta el derecho penal de acto, valga decir, castigar a la persona por lo que hace y no por lo que es, desea, piensa o siente; la configuración del elemento subjetivo del delito, pues no hay acción sin voluntad, es decir, sólo se puede castigar una conducta intencional, que es la

hecha con conciencia y voluntad por una persona capaz de comprender y de querer; y la graduación de la pena de manera proporcional al grado de culpabilidad. El deber de obrar conforme a los principios de proporcionalidad y razonabilidad es relevante tanto para el tipo penal como para la pena. En caso de haber una diferencia de trato, que pueda ser prima facie contraria al principio de igualdad, es menester aplicar un juicio estricto de proporcionalidad al tipo penal y a la pena, en el cual se analice, entre otros elementos de juicio, la idoneidad de del tipo penal. Como lo sintetizó este tribunal en la Sentencia C-241 de 2012.

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PUNITIVA-Sujeción a los principios de razonabilidad y proporcionalidad

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PUNITIVA-Sujeción al principio de legalidad

PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN MATERIA PENAL-Alcance

PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN MATERIA PENAL-Instrumentos internacionales

PRINCIPIO DE ETRICTA LEGALIDAD O TAXATIVIDAD PENAL-Prohibición de ambigüedad en descripción de conductas punibles

DERECHO A LA IGUALDAD-Igual trato a situaciones similares, y diverso ante supuestos diferentes

PRINCIPIO DE IGUALDAD-Alcance

PRINCIPIO DE IGUALDAD-Carece de contenido material específico/PRINCIPIO DE IGUALDAD-No protege ningún ámbito concreto de la esfera de la actividad humana sino que puede ser alegado ante cualquier trato diferenciado injustificado

IGUALDAD EN TRATAMIENTO PUNITIVO-Jurisprudencia constitucional

Asignar a unos mismos hechos sanciones diferentes implica que el legislador considera que las conductas o no son igualmente lesivas o no merecen el mismo reproche. La benignidad del trato comporta una consideración sobre la menor lesividad del hecho, menor

trascendencia del bien jurídico protegido o menor reprochabilidad del acto.

VIOLENCIA INTRAFAMILIAR-Contexto normativo

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL TIPO DE MALTRATO Y LOS DE LESIONES PERSONALES-Distinción

El maltrato implica un acto de agresión contra la persona que no altere su integridad física, síquica o sexual. En tanto que las lesiones precisan del daño en la salud. Los bienes jurídicos protegidos con las disposiciones son también diferentes: el artículo 22, que hace parte del Título V de la ley 294 de 1996, protege “la armonía y la unidad de la familia”, y las disposiciones del Código Penal relativas a las lesiones protegen la “integridad personal”.

VIOLENCIA INTRAFAMILIAR-Incremento punitivo

VIOLENCIA INTRAFAMILIAR-No es conciliable, ni desistible la acción penal

VIOLENCIA INTRAFAMILIAR-Motivos que llevaron a fijar incremento punitivo

PROTECCION CONTRA TODO ACTO DE VIOLENCIA QUE AFECTE LA UNIDAD Y ARMONIA FAMILIAR-Instrumentos internacionales

VIOLENCIA INTRAFAMILIAR-Características

Sobre las características del tipo penal consagrado en el artículo 229 del Código Penal, en sentencia C-029 de 2009, dijo la Corte: “El legislador, dentro de su libertad de configuración, ha decidido estructurar 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 la formación sexuales, o la autonomía personal, y de acuerdo con su tenor literal, las medidas previstas en las normas acusadas se desenvuelven en el ámbito de la protección integral a la familia, por cuanto 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, situación que también se presenta en el ámbito de las parejas homosexuales, da lugar a un déficit de protección porque ignora una realidad que, para los supuestos previstos por el legislador, puede aspirar a un nivel equivalente de protección al que se brinda a los integrantes de la familia". Se trata entonces de un tipo penal con sujeto activo y pasivo calificado, por cuanto miembros de un mismo núcleo familiar o que puede ser realizado también por la persona encargada del cuidado de la víctima en su domicilio o residencia. Al efecto, cabe precisar que de acuerdo con la descripción típica la pertenencia al mismo núcleo familiar o encargado del cuidado en el ámbito doméstico no restringe la adecuación típica a que el evento de violencia suceda en el lugar donde reside la víctima, o señalado como habitación familiar, sino que constituye el elemento calificador del sujeto activo, no descriptivo o normativo de la conducta punible. Además, el delito de violencia intrafamiliar se configura cuando se realiza el verbo maltratar (el que maltrate física o psicológicamente). De otra parte, para la adecuación típica del delito de violencia intrafamiliar, como lo enseña la teoría del delito, es necesaria la existencia de antijuridicidad material en la conducta. Señala el artículo 11 de la Ley 599 de 2000. "Antijuridicidad. Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal." 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.

MALTRATO-Concepto

MALTRATO INFANTIL-Jurisprudencia constitucional/MALTRATO INFANTIL-Definición/MALTRATO INFANTIL-Tipos

VIOLENCIA CONTRA LA MUJER-Definición/VIOLENCIA CONTRA LA MUJER-Tipos

DAÑO CONTRA LA MUJER-Concepto

MALTRATO CONTRA PERSONA MAYOR-Concepto

Referencia: expediente D – 9960

Demandante: Gonzalo Rodrigo Paz Mahecha

Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 229 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 33 de la Ley 1142 de 2007.

Magistrado Ponente:

ALBERTO ROJAS RÍOS

Bogotá, D.C., once (11) de junio de dos mil catorce (2014)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y previo cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, profiere la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Con fundamento en la facultad consagrada en el artículo 241 de la Constitución, el ciudadano Gonzalo Rodrigo Paz Mahecha promovió acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 229 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 33 de la Ley 1142 de 2007, demanda que fue admitida por el Magistrado Sustanciador mediante auto del 20 de noviembre de 2013.

II. NORMA DEMANDADA

El ciudadano Gonzalo Rodrigo Paz Mahecha señala como disposición acusada el artículo 229 del Código Penal, modificado por el artículo 33 de la Ley 1142 de 2007, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 33. Violencia intrafamiliar. El que maltrate física o psicológicamente a cualquier miembro de su núcleo familiar, incurrirá, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor, en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años.

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 y cinco (65) 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 en su domicilio o residencia, y realice alguna de las conductas descritas en el presente artículo.[1]

III. DEMANDA

El ciudadano Gonzalo Rodrigo Paz Mahecha solicita a la Corte declarar inexecutable el artículo 229 del Código Penal, modificado por el artículo 33 de la Ley 1142 de 2007, por considerar que vulnera el preámbulo y los artículos 13 y 29 de la Constitución Política, por las siguientes razones:

1- Violación del principio de proporcionalidad.

- El quantum punitivo señalado en la norma demandada es exagerado e irracional teniendo en cuenta que la violencia intrafamiliar es una conducta que puede ser sancionada de acuerdo a otros tipos penales como las lesiones personales agravadas por el parentesco, como lo establece el artículo 104 del Código Penal.

- Por cuanto el verbo rector del tipo descrito en la norma demandada es maltratar, la violencia familiar no podía resultar más grave que conductas delictivas contra la vida e integridad personal.

2- Violación del principio de Igualdad. El trato igualitario que establece la Constitución y la ley conduce a que casos similares tengan una solución uniforme por parte de las autoridades, sin embargo:

- De acuerdo con la norma, quien cause lesiones personales a un miembro del núcleo familiar, sin importar la magnitud de las mismas, será sancionado con una pena mínima de cuatro (4) años de prisión que se impondrá tanto a quien cause lesiones que generen un día de incapacidad, como aquellas que produzcan una perturbación funcional o deformidad.

- Esta desproporción no se resuelve con el condicionamiento que trae la norma en el sentido que la pena del delito de violencia intrafamiliar se impone “siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor”, pues dado que las sanciones por este delito pueden llegar hasta los 14 años de prisión, cuando es agravado, el único evento que corresponde a una sanción mayor será el de las lesiones personales de que trata el artículo 116 del Código Penal.

- La forma como estaba regulada la conducta en la Ley 294 de 1996, es más racional porque vinculaba las consecuencias punitivas a las fijadas para los delitos de lesiones personales, de modo que la pena corresponde a la lesión o daño que se cause.

3- Violación del principio de Legalidad:

- Señala el demandante que la expresión “siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor”, del artículo 229 del Código Penal, desconoce este principio consagrado en el artículo 29 de la Constitución, particularmente en cuanto a la taxatividad o tipicidad plena que impone la consagración en la ley de premisas exactas y de las sanciones en forma clara e inequívoca, pues cuando la norma remite a delitos sancionados con pena mayor crea confusión.

- Añade que la referencia en la norma demandada a maltratos físicos y psicológicos, sin determinar a qué tipo de lesiones o daños se refiere afecta la taxatividad del tipo penal porque no señala con precisión la conducta que puede ser sancionada.

- La expresión antes citada conduce al desconocimiento del principio de legalidad, proporcionalidad y de igualdad, por que los funcionarios judiciales acusan y condenan por el delito de violencia intrafamiliar ante las lesiones personales causadas a miembros del grupo familiar, cuando el delito de violencia intrafamiliar se concibió para conductas que no impliquen atentados contra la vida e integridad personal.

IV. INTERVENCIONES

Ministerio de Justicia y del Derecho

El Ministerio de Justicia y del Derecho solicita declarar exequible la norma demandada pues con ella se da cumplimiento al artículo 42 de la Constitución, mediante la protección de

todos los integrantes del núcleo familiar contra los actos de maltrato, sancionándolos con una pena acorde con el bien jurídico tutelado que es la armonía y unidad familiar. Precisa el Ministerio que no hay vulneración del preámbulo porque la norma no desconoce ninguno de los principios y fines allí plasmados. Tampoco considera violado el artículo 13 porque la familia es un bien jurídicamente protegido que requiere especial atención y en este sentido se acude al incremento punitivo como medida de política criminal ante la ineficacia de otros mecanismos preventivos que buscaban evitar la violencia intrafamiliar. La pena fijada por el legislador es proporcional y racional respecto del daño que esta conducta causa al núcleo familiar y a la sociedad

Advierte el Ministerio de Justicia y del Derecho que si el maltrato a un integrante de la familia no le causa un daño en la salud o en el cuerpo, o si causándolo no genera una incapacidad médico legal que supere los 30 días, resulta aplicable el tipo penal de violencia intrafamiliar, por su carácter subsidiario, en cuanto contempla una pena mayor a la prevista para el delito de lesiones personales en el inciso 1° del artículo 112 del Código Penal. Agrega que, la expresión “siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor”, es exequible y no desconoce el principio de taxatividad, teniendo en cuenta que éste tipo penal busca tutelar la familia como bien jurídico y será el juez quien frente al caso concreto realice la adecuación típica correspondiente.

Departamento Administrativo para la Prosperidad Social

La representante de este Departamento Administrativo solicita a la Corte Constitucional declare la exequibilidad del artículo 229 del Código Penal, por cuanto mediante la consagración del delito de violencia intrafamiliar se cumple con el deber de protección de la familia, los niños, adolescentes, personas de la tercera edad, se garantiza la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, y se protege a las personas que sufren de alguna disminución física, sensorial y psicológica. Indica que a través de la norma el legislador, en ejercicio de su libertad de configuración, buscó sancionar más severamente las violencias contra miembros de la familia porque el que la conducta se desarrolle en el ámbito familiar no impone un tratamiento más benigno para el agresor. Añade que tampoco se desconoce el principio de legalidad porque si por los daños está prevista una sanción mayor, corresponde remitirse a los tipos penales que así la señalen.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

El Jefe de la Oficina Jurídica del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar considera que el artículo 229 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 33 de la Ley 1142 de 2007, no vulnera los derechos a la igualdad y al debido proceso por lo que solicita a la Corte declarar su exequibilidad. Esta conclusión surge a partir de la consideración que el legislador tiene un amplio margen de configuración de las infracciones penales, sus consecuencias y las reglas a seguir para su investigación y juzgamiento, el cual está sujeto al respeto por la Constitución que en el artículo 42 consagra el deber de sancionar cualquier forma de violencia que destruya la armonía y unidad familiar, siendo este el fundamento de la disposición demandada. Añade que el bien jurídico protegido por la norma es la familia, a diferencia del delito de lesiones personales, lo cual justifica que se fijen diversos quantum punitivos.

Indica que la población vulnerable es la que regularmente es víctima de violencia intrafamiliar: niños, niñas y adolescentes, mujeres, personas de la tercera edad y personas con discapacidad, lo cual impone al Estado adoptar medidas de protección especial a su favor a efectos de erradicar la violencia en el núcleo familiar. De este modo el aumento de penas consagrado en el inciso 2° del artículo acusado es proporcional y razonable.

Academia Colombiana de Jurisprudencia

Por último, señala que la frase “siempre que la conducta no constituya delito sancionando con pena mayor” no es equívoca, ni el demandante expone en qué casos se puede presentar ambigüedad, por lo cual la demanda es inepta. Al margen de lo señalado, la Academia Colombiana de Jurisprudencia indica que ante la generalización de la violencia que afecta a la familia su sanción merece consagración en un delito específico.

Universidad Militar Nueva Granada

Sostiene el interviniente que el artículo 229 de la Ley 599 de 2000 no vulnera los preceptos constitucionales que el actor cita como quebrantados por cuanto se encuadra dentro del margen de configuración legislativa y el bien jurídico tutelado en el caso de la violencia intrafamiliar es el núcleo familiar a diferencia del que busca proteger el delito de lesiones personales. Señala que la norma demandada no desconoce la igualdad ante la ley, dado

que busca proteger la dignidad, la vida y la convivencia pacífica entre todos los miembros del grupo familiar; y agrega que el bien jurídico tutelado en la violencia intrafamiliar es diferente del que busca salvaguardar el delito de lesiones personales, y que sus elementos están claramente indicados en la norma demandada.

Universidad Gran Colombia

Para el representante de esta institución educativa el artículo 229 de la Ley 599 de 2000 debe ser declarado exequible por cuanto la familia como institución básica de la sociedad requiere de parte del Estado formas de protección especial dado que en su interior se comprenden los valores, los principios y las reglas de comportamiento que adoptarán los seres humanos en sociedad. Categoriza el interviniente la violencia familiar como un delito abierto, subsidiario y de mera conducta, en el cual el legislador buscó subsumir las diversas conductas que afectaran a la familia. Indica que, a diferencia del delito de lesiones personales, el descrito en el artículo 229 del Código Penal no requiere una lesión o daño a la integridad, protege un bien jurídico distinto- la armonía y unidad familiar-, y es un delito de mera conducta, aspectos por los cuales no puede afirmarse que desconoce el principio de igualdad. Añade que la labor de imputación de los hechos que pueden calificarse como lesiones personales o como violencia intrafamiliar es un asunto que corresponde al funcionario judicial a partir del caso concreto, y no a la ley.

Intervención ciudadana.

Las ciudadanas Clara Mejía Duque y Linda María Cabrera Cifuentes, integrantes de la Corporación Sisma Mujer, señalan que la norma demandada debe preservarse dentro del ordenamiento, en cuanto busca proteger a las mujeres y niñas, quienes son las principales víctimas de violencia intrafamiliar. Advierte que el artículo 229 del Código Penal no contempla una sanción desproporcionada que genere desigualdad, pues la conducta allí descrita no está tipificada para proteger a vida e integridad personal, sino para proteger la familia como bien jurídico. Además, la intención del legislador no es sancionar sólo el resultado físico o psicológico de la conducta violenta, sino penalizar más severamente cuando el ilícito se comete dentro de la familia.

Indican las ciudadanas que a través del inciso 2º del artículo 229 demandado, el Estado cumple con las obligaciones internacionales de garantizar a las mujeres una vida libre de

violencias en los espacios público y privado, a través de una acción afirmativa como es la sanción para quienes cometan hechos de violencia contra las mujeres y niñas al interior de la familia. Sostienen que la remisión a otros tipos penales que contemplen una sanción mayor no afecta el principio de taxatividad, porque la adecuación se hará a partir de los hechos, la remisión no se hace para identificar la pena que se impondrá por el delito de violencia intrafamiliar, sino para encontrar la normatividad aplicable a los hechos, y además, la disposición cuestionada cumple con los presupuestos de: conducta referida inequívocamente, sanción descrita expresa y previamente determinada, claridad de la pena aplicable y los criterios de proporcionalidad de la sanción que para el caso son las circunstancias de agravación punitiva.

V. CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

El Procurador General de la Nación en concepto N° 5705 del 23 de enero de 2014, solicita declarar exequible el artículo 229 del Código Penal, modificado parcialmente por el artículo 33 de la Ley 1142 de 2007, por que no desborda la libertad de configuración del legislador, quien consagró un tipo penal especial y subsidiario para proteger el bien jurídico de la familia, sancionando toda forma de maltrato físico o psicológico entre sus miembros que no sea objeto de otros delitos con penas mayores. Para el Ministerio Público es impertinente cuestionar la norma porque omite hacer remisión a los artículos que regulan las lesiones personales, pues se trata de tipos penales que protegen bienes jurídicos diversos.

Aunque en los eventos de maltrato físico coincida la defensa de la familia y de la integridad física, no asiste razón al actor porque la violencia intrafamiliar es subsidiario y ni siquiera podría presentarse un concurso pues el juez penal podrá cuantificar la pena según la gravedad de la lesión y según la calidad y condición del sujeto pasivo de la conducta tipificada, razón para desvirtuar los cargos por desconocimiento de los principios de proporcionalidad, igualdad o taxatividad penal.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 241 de la Constitución Política, para pronunciarse sobre la demanda de

inconstitucionalidad presentada contra el artículo 229 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 33 de la Ley 1142 de 2007.

2. Planteamiento del caso y Problema jurídico

Mediante acción de control de constitucionalidad el ciudadano Gonzalo Rodrigo Paz Mahecha solicita a la Corte Constitucional declarar la inexecutable del artículo 229 del Código Penal, modificado por el artículo 33 de la Ley 1142 de 2007, por considerar que vulnera el preámbulo y los artículos 13 y 29 de la Constitución Política, pues el tipo penal establece sanciones sin atender a la gravedad de las lesiones causadas a la víctima. Igualmente considera que la expresión “siempre que la conducta no constituya delito sancionado por pena mayor” del citado artículo 229, desconoce el principio de taxatividad penal, porque genera incertidumbre sobre las conductas constitutivas de maltrato que podrían sancionarse con penas mayores, y cuales por el delito de violencia intrafamiliar.

Frente a tales cuestionamientos la Academia Colombiana de Jurisprudencia estima que la Corte Constitucional debe inhibirse por ineptitud sustantiva de la demanda, mientras que los demás intervinientes y el Procurador General de la Nación consideran que la norma acusada debe ser declarada executable, por cuanto respecto de la regulación de los tipos y sanciones penales el legislador tiene libertad de configuración y el tratamiento punitivo diferenciado se justifica porque el delito de violencia intrafamiliar y los tipos penales de lesiones personales protegen bienes jurídicos diversos, en el primer caso a la familia y en el segundo la integridad personal.

Problema Jurídico

En atención a los cargos formulados en el escrito de la demanda, esta Sala Plena debe resolver:

1) Si la descripción típica del delito de violencia familiar contenida en el artículo 229 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 33 de la Ley 1142 de 2007, viola el derecho a la igualdad porque: i) carece de proporcionalidad en razón a que sanciona de forma más severa la violencia física contra miembros del núcleo familiar, respecto de las penas fijadas para el delito de lesiones personales, en sus distintas modalidades; y ii) si establece una pena imponible para el delito de violencia intrafamiliar que no tiene en cuenta la gravedad

de las lesiones, a diferencia de la gradualidad que señala el código penal para el delito de lesiones personales en razón a la gravedad del daño;

2) Si la norma demandada desconoce el principio de legalidad porque establece como verbo rector maltratar, sin especificar las conductas constitutivas de malos tratos que sanciona y las consecuencias punitivas que correspondan a las diferentes formas de maltrato;

3) Si la expresión “siempre que la conducta no constituya delito sancionado por pena mayor” convierte en indeterminados los eventos en los cuales se adecuará la conducta a este tipo penal y por ello se desconoce el principio de taxatividad.

Previamente a examinar el caso concreto, la Corte expondrá algunas consideraciones relevantes en torno a: i) La protección especial a la familia en la Constitución Política; ii) Límites constitucionales y garantías penales en el ejercicio del poder punitivo del Estado; iii) Los principios constitucionales de legalidad e igualdad en el ejercicio de la potestad legislativa en materia penal; y iv) El delito de Violencia intrafamiliar y violencias contra sujetos de especial protección.

3. La protección especial a la familia en la Constitución Política: Unidad y armonía familiar como bienes jurídicos garantizados por el derecho sancionatorio.

Desde el principio fundamental contenido en el artículo 5°, la Constitución Política hace manifiesto el deber estatal de amparar a la familia como institución básica, o núcleo fundamental de la sociedad, por ello el artículo 13 ídem proscribire cualquier acto de discriminación por razón de origen familiar[2], y establece a favor de sus miembros, cuando se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, el deber de sancionar “los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

En este sentido, en la sentencia C-285 de 1997, dijo la Corte: “No obstante, el respeto por la intimidad no comprende las conductas violatorias de los derechos de quienes integran el grupo familiar. Es deber del Estado intervenir en las relaciones familiares, no con el propósito de imponer un modelo determinado de comportamiento, sino para impedir cualquier violación de los derechos fundamentales de las personas.”

Con el mismo enfoque de protección, el artículo 28 de la Constitución establece que sólo en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley, las personas pueden ser molestadas en su persona o familia. En correlación con ello el artículo 42 ídem al tiempo que impone al Estado y a la sociedad la obligación de garantizar la protección integral de los miembros de la familia, establece que cualquier forma de violencia – física, moral, psicológica o cualquier otra forma, por acción o por omisión-, “se considera destructiva de su armonía y unidad y será sancionada conforme a la ley”.

En relación con la aplicación de normas relativas a mecanismos de protección de la unidad y armonía familiar, la Corte Constitucional, en sentencia C-652 de 1997, al revisar el artículo 9º de la ley 294 de 1996, señaló: “[l]a 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”.

La obligatoriedad de las instituciones del Estado y del legislador de proteger a la familia y de manera particular la unidad y armonía familiar como un derecho constitucional, ha sido reconocida por la Corte Constitucional que, en sede de tutela ha precisado que:

“A partir de la interpretación de las disposiciones normativas contenidas en el artículo 42 de la Constitución, es posible establecer la existencia de un derecho constitucional a mantener la unidad familiar o a mantener los vínculos de solidaridad familiar. De la caracterización constitucional de la familia, como núcleo fundamental de la sociedad, en la cual es necesario preservar la armonía y la unidad, mediante el rechazo jurídico de las conductas que puedan conducir a su desestabilización o disgregación, y además, consultando el deber constitucional de los padres, consistente en sostener y educar a los hijos mientras sean menores o impedidos, resulta perfectamente posible derivar normas de mandato, de prohibición y de autorización. Siguiendo un razonamiento similar es posible configurar el derecho a mantener la unidad familiar. Este derecho es el corolario de la eficacia de la disposición que define la familia como el núcleo fundamental de la sociedad, en la medida en que constituye el dispositivo normativo que permite realizar la pretensión constitucional

de protección a la familia (como núcleo fundamental de la sociedad), al autorizar la intervención de los jueces y en especial del juez constitucional, en situaciones concretas que tengan el poder de afectar la unidad y/o la armonía familiar. Esta hipótesis encuentra otro punto de refuerzo en otra disposición constitucional contenida en el artículo 42. En efecto, la Constitución rechaza de manera expresa toda forma de violencia en la familia que tenga la potencialidad de afectar la unidad y la armonía familiar. Ahora, una lectura en clave libertaria de la Constitución lleva al intérprete a concluir que la violencia que censuró el constituyente no es sólo la violencia de tipo físico o psicológico, que se ejerce de manera directa entre los miembros de la familia, sino también la violencia estructural, la que se engendra en las formas veladas de poder, en las injusticias sociales o en las presiones antijurídicas sobre sus miembros. En esta medida, el dispositivo normativo del derecho a mantener la unidad familiar, al tiempo que permite enervar este tipo de factores, constituye la traducción en clave de derechos-deberes de la más genuina voluntad del constituyente de 1991.[3]”(resaltado fuera del texto)

Dentro del marco constitucional de protección a la familia, los artículos 44 y 45 puntualizan que los niños, niñas y adolescentes tienen el derecho fundamental a una familia y a no ser separados de ella, pero también a ser protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral.

De igual forma, el artículo 46 de la Constitución Política establece expresamente el deber de protección especial a favor de las personas de la tercera edad, el cual, como sucede respecto de las personas con discapacidad en virtud del artículo 13 de la Constitución, también ha de aplicarse en el ámbito doméstico y frente a las violencias que allí puedan surgir.

La consagración de este andamiaje de protección constitucional de la familia y quienes la integran tiene fundamento en el artículo 16, ordinal 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en donde se consagró que “la familia es elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene protección de la sociedad y del Estado”. Del mismo modo, el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[4] establece que: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea

responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo...”.

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989[5], reconoce en su preámbulo a la familia como grupo fundamental de la sociedad y “medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños y debe recibir la protección y asistencia para asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”

Concepto de familia. La reiterativa proclamación del deber de protección hacia la familia y siendo este un elemento esencial para el estudio de la demanda, impone precisar que el ámbito de protección no se limita a la familia en su modelo nuclear clásico del siglo XX compuesta por la madre, el padre y los hijos, sino que incorpora otras estructuras formadas por vínculos de consanguinidad o jurídicos, a las familias de crianza y a las parejas homosexuales, como lo definió la Corte Constitucional entre otras sentencias en la C-075 de 2007 y en la sentencia C-029-09[6], en la cual se analizó el déficit de protección en diferentes ámbitos a las parejas del mismo sexo.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido consistente en proteger la unidad e integridad del núcleo familiar que surge por diferentes vínculos (naturales, jurídicos de hecho o crianza), así, desde las primeras decisiones adoptadas por esta Corporación se ha advertido que: “para proteger a la institución familiar, la Carta Fundamental de 1991 ha elevado a canon constitucional su unidad como principio esencial. Esta consagración trasciende luego en el derecho prevalente de los niños a tener una familia y no ser separados de ella, ya que constituye el ambiente natural para su desarrollo armónico y el pleno ejercicio de sus derechos.”[7]

Criterio reiterado recientemente en la sentencia T- 606 de 2013, en la cual se resaltó que la protección constitucional a la familia no se restringe a aquellas conformadas en virtud de vínculos jurídicos o de consanguinidad exclusivamente, sino también a las que surgen de facto o llamadas familias de crianza, atendiendo a un concepto sustancial y no formal de familia, en donde la convivencia continua, el afecto, la protección, el auxilio y respeto mutuos van consolidando núcleos familiares de hecho, que el derecho no puede desconocer ni discriminar cuando se trata del reconocimiento de derechos y prerrogativas a quienes integran tales familias.

Al referirse al alcance de la protección al núcleo familiar y los deberes y obligaciones de quienes lo conforman, la Corte expresó: “la familia, como unidad fundamental de la sociedad, merece los principales esfuerzos del Estado con el fin de garantizar su protección integral y el respeto a su dignidad, honra e intimidad intrínsecas. ... los integrantes del núcleo familiar tienen sus respectivas responsabilidades en relación con los demás participantes de la vida en común: los padres para con sus hijos y éstos frente a aquéllos; todos juntos deben propugnar, en la medida de sus capacidades, por alcanzar una armonía que redunde en beneficio del crecimiento de la totalidad de ese núcleo, además del respeto que se deben los unos a los otros, tanto por la dignidad que cada uno merece en su calidad de persona, como por la que le corresponde como miembro de una misma familia.”[8]

Protección especial a personas vulnerables dentro del ámbito doméstico. Como lo precisó la Corte en la sentencia C-285 de 1997, dicha protección debe encaminarse también a garantizar los derechos de los miembros más débiles de la población (menores de edad, personas con discapacidad, ancianos, mujeres) y erradicar la violencia de la familia; objetivo en el cual está comprometido el interés general, por ser la familia la institución básica y el núcleo fundamental de la sociedad, y un espacio básico para la consolidación de la paz.

En relación con el deber de protección a los integrantes de la unidad familiar, y para efectos del estudio de la norma demandada, en particular de los agravantes punitivos que consagra, es preciso señalar que la Constitución establece un deber de especial protección a los grupos poblacionales señalados en el inciso segundo del artículo 229 del Código Penal.

En relación con las mujeres el artículo 13 prohíbe cualquier forma de discriminación por razón del género al tiempo que ordena al Estado adoptar medidas a favor de grupos que la han sufrido, como el caso de las mujeres. En este punto es importante resaltar como el enfoque constitucional está encaminado a superar la antigua concepción de la mujer como persona sometida al poder de la figura masculina en las relaciones parentales, afectivas políticas, e incluso jurídicas y que se veía reflejada en distintas disposiciones legales de orden civil y la ausencia de reconocimiento, hasta hace poco más de medio siglo, de las mujeres como titulares de derechos civiles y políticos. En este sentido, los artículos 43 y 53

de la Constitución proclaman la igualdad entre hombre y mujer, proscriben la discriminación de las mujeres por razón del estado de embarazo y, por el contrario, ordenan darles especial protección.

Este deber también encuentra fundamento en los compromisos del Estado en el marco del derecho internacional, el cual establece la obligación estatal de contar con un marco jurídico de protección en casos de violencia contra las mujeres, que incorpore la normativa necesaria para investigar y sancionar cualquier forma de violencia contra ellas, bajo el entendido que tolerar la violencia contra las mujeres ayuda a su perpetuación.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 1º, párrafo primero establece el compromiso de los Estados a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de sexo. A ello cabe añadir que de acuerdo con el artículo 7 de la Convención Belem do Pará, inspirada en la preocupación porque “la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres”, consagró que:

“[l]os Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:

(...)

- b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;
- c. 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;
- d. adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad;

En la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2001/49: La eliminación de la

violencia contra la mujer. Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2002/54: La eliminación de la violencia contra la mujer; Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2003/45: La eliminación de la violencia contra la mujer, la Comisión señaló que:

“La violencia física, sexual y psicológica que tiene lugar en la familia y que abarca, sin limitarse a estos actos, las palizas, los abusos sexuales de mujeres y niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación marital, el infanticidio de niñas, la mutilación genital femenina, los delitos cometidos contra la mujer por cuestiones de honor, los delitos pasionales, las prácticas tradicionales nocivas para la mujer, el incesto, los matrimonios precoces y forzados, la violencia no conyugal y la violencia relacionada con la explotación sexual comercial y la explotación económica”.

En relación con el deber estatal de investigar y sancionar las distintas formas de violencia contra la mujer en el ámbito doméstico, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso González y otras (“campo algodonero”) vs. México, sentencia de 16 de noviembre de 2009, indicó:

“258. De todo lo anterior, se desprende que los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres. En particular, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer. Asimismo, los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia. Todo esto debe tomar en cuenta que en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará.”

Y luego añadió:

“287. De la obligación general de garantía de los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal deriva la obligación de investigar los casos de violaciones de esos derechos; es decir, del artículo 1.1 de la Convención en conjunto con el derecho sustantivo

que debe ser amparado, protegido o garantizado[9][297]. Asimismo, México debe observar lo dispuesto en el artículo 7.b y 7.c de la Convención Belém do Pará, que obliga a actuar con la debida diligencia[10][298] y a adoptar la normativa necesaria para investigar y sancionar la violencia contra la mujer.

288. En su sentencia de fondo emitida en el caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, la Corte estableció que, conforme al deber de garantía:

[e]l Estado está [...] obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención[11]”.

De igual forma, en el caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Excepción Preliminar, Sentencia de 30 de agosto de 2010, la Corte Interamericana de Derechos Humanos enfatizó:

“193. En casos de violencia contra a mujer las obligaciones generales establecidas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana se complementan y refuerzan, para aquellos Estados que son Parte, con las obligaciones derivadas del tratado interamericano específico, la Convención de Belém do Pará. En su artículo 7.b dicha Convención obliga de manera específica a los Estados Partes a utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. De tal modo, ante un acto de violencia contra la mujer, resulta particularmente importante que las autoridades a cargo de la investigación la lleven adelante con determinación y eficacia, teniendo en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y las obligaciones del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección”.

Personas con discapacidad. Respecto de las personas con discapacidad, existe el deber de consagrar acciones afirmativas encaminadas a materializar el principio de igualdad, mediante las cuales se brinde especial protección a quienes por sus condiciones físicas, mentales o económicas se encuentran en situación de debilidad manifiesta o vulnerabilidad,

conforme al artículo 13 de la Constitución.

Además, existen instrumentos de derecho internacional que consagran deberes especiales de protección respecto de las personas con discapacidad que integran la unidad familiar. Es así como la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad de la Organización de Estados Americanos (OEA)[12] compromete al Estado a fijar normas que eliminen cualquier acto de discriminación, y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad[13], reconocen que las mujeres y las niñas con discapacidad suelen estar expuestas a un riesgo mayor de violencia, lesiones o abuso, abandono o trato negligente, malos tratos o explotación, dentro y fuera del hogar.

Adicionalmente, ante la vulnerabilidad de las personas con discapacidad, el artículo 16 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad señala que los Estados partes tienen un deber especial de protección, en virtud del cual “1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas de carácter legislativo, administrativo, social, educativo y de otra índole que sean pertinentes para proteger a las personas con discapacidad, tanto en el seno del hogar como fuera de él, contra todas las formas de explotación, violencia y abuso, incluidos los aspectos relacionados con el género” y “5. Los Estados Partes adoptarán legislación y políticas efectivas, incluidas legislación y políticas centradas en la mujer y en la infancia, para asegurar que los casos de explotación, violencia y abuso contra personas con discapacidad sean detectados, investigados y, en su caso, juzgados”. (resaltado fuera del texto)

Este deber del Estado se intensifica cuando se trata de adultos mayores en condición de discapacidad, pues como lo ha puesto de presente el VII Informe sobre Derechos Humanos de la Federación Iberoamericana de

Ombudsman[14], la problemática se caracteriza por el abandono familiar de estos pacientes en hospitales, el constante cambio de residencia del adulto mayor cuando su cuidado depende de familiares y el maltrato físico cuando no puede salir a trabajar en lo que sea, los insultos permanentes cuando no puede suplir su auto-cuidado y depende de terceras personas, lo cual se refleja en el estado en que se encuentra cuando ingresa al sistema de salud. Indica el informe que “En adultos mayores con familia se tuvo que recurrir a medidas

de carácter legal para obligar a las familias a asumir su cuidado y apoyo, circunstancia que soluciona el problema inicial pero produce efectos inmediatos de rechazo y evidente maltrato físico y emocional del paciente”.

Niños, niñas y adolescentes. Frente a este grupo poblacional existe el deber de protección especial por parte del Estado, la sociedad y la familia, en razón a la condición de debilidad manifiesta y extrema vulnerabilidad en que se encuentran por su condición de ser humano en proceso de formación y desarrollo (C.P. art. 13). Este imperativo se relaciona con el carácter prevalente de los derechos de los niños, como lo señala el artículo 44 de la Constitución Política, aspecto ampliamente desarrollado por esta Corporación en numerosa jurisprudencia[15].

En particular frente a situaciones de abuso, ordena la norma constitucional en cita que: “Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos.”

Normas que integran el bloque de constitucionalidad también reconocen de manera especial los derechos de los niños, niñas y adolescentes: la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño.

En especial la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y posteriormente aprobada en Colombia a través de la Ley 12 de 1991, en su artículo 3-2 que “los estados se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la Ley...”.

La misma Convención indica en el artículo 19 que los Estados Partes están llamados a establecer medidas de protección en el campo legislativo, administrativo, económico y

social a favor de los niños.

Establece la disposición en mención:

“Artículo 19. (1). Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

(2). Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con el objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.”

Frente a la obligación de proteger a los niños, niñas y adolescentes en el ámbito doméstico, es preciso resaltar que las autoridades están obligadas a intervenir frente a modelos pedagógicos o pautas de crianza que involucren violación de sus derechos fundamentales o formas de maltrato. En la sentencia C-371 de 1994, dijo la Corte:

“Para reprender al niño no es necesario causarle daño en su cuerpo o en su alma. Es suficiente muchas veces asumir frente a él una actitud severa despojada de violencia; reconvénirlo con prudente energía; privarlo temporalmente de cierta diversión; abstenerse de otorgarle determinado premio o distinción; hacerle ver los efectos negativos de la falta cometida. La eficacia de la sanción no estriba en la mayor intensidad del dolor que pueda causar sino en la inteligencia y en la firmeza con que se aplique, así como en la certidumbre que ofrezca sobre la real transmisión del mensaje implícito en la reprensión. En tal sentido, no se trata de ocasionar sufrimiento o de sacrificar al sujeto pasivo de la sanción sino de reconvénirlo civilizadamente en aras de la adecuación de sus posteriores respuestas a los estímulos educativos.

El uso de la fuerza bruta para sancionar a un niño constituye grave atentado contra su dignidad, ataque a su integridad corporal y daño, muchas veces irremediable, a su

estabilidad emocional y afectiva. Genera en el menor reacciones psicológicas contra quien le aplica el castigo y contra la sociedad. Ocasiona invariablemente el progresivo endurecimiento de su espíritu, la pérdida paulatina de sus más nobles sentimientos y la búsqueda -consciente o inconsciente- de retaliación posterior, de la cual muy seguramente hará víctimas a sus propios hijos, dando lugar a un interminable proceso de violencia que necesariamente altera la pacífica convivencia social.”

Como pauta hermenéutica igualmente cabe citar la Observación Consultiva No 8 de 2006 relativa al derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros), en la cual se destaca que “el Comité ha observado con gran preocupación la legalidad generalizada y la persistente aprobación social de los castigos corporales y de otros castigos crueles o degradantes de los niños” recuerda que es obligación de todos los Estados Partes “actuar rápidamente para prohibir y eliminar todos los castigos corporales y todas las formas de castigo crueles o degradantes...”, y que:

“El Comité define el castigo “corporal” o “físico” como todo castigo en el que se utilice la fuerza física y que tenga por objeto causar cierto grado de dolor o malestar, aunque sea leve. En la mayoría de los casos se trata de pegar a los niños (“manotazos”, “bofetadas”, “palizas”), con la mano o con algún objeto -azote, vara, cinturón, zapato, cuchara de madera, etc. Pero también puede consistir en, por ejemplo, dar puntapiés, zarandear o empujar a los niños, arañarlos, pellizcarlos, morderlos, tirarles del pelo o de las orejas, obligarlos a ponerse en posturas incómodas, producirles quemaduras, obligarlos a ingerir alimentos hirviendo u otros productos (por ejemplo, lavarles la boca con jabón u obligarlos a tragar alimentos picantes).

El Comité opina que el castigo corporal es siempre degradante. Además hay otras formas de castigo que no son físicas, pero que son igualmente crueles y degradantes, y por lo tanto incompatibles con la Convención. Entre éstas se cuentan, por ejemplo, los castigos en que se menosprecia, se humilla, se denigra, se convierte en chivo expiatorio, se amenaza, se asusta o se ridiculiza al niño.

12. Los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes de los niños tienen lugar en numerosos entornos, incluidos el hogar y la familia, en todos los tipos de

cuidado, las escuelas y otras instituciones docentes, los sistemas de justicia -tanto en lo que se refiere a sentencias de los tribunales como a castigos en instituciones penitenciarias o de otra índole- en las situaciones de trabajo infantil, y en la comunidad.

13. Al rechazar toda justificación de la violencia y la humillación como formas de castigo de los niños, el Comité no está rechazando en modo alguno el concepto positivo de disciplina. El desarrollo sano del niño depende de los padres y otros adultos para la orientación y dirección necesarias, de acuerdo con el desarrollo de su capacidad, a fin de ayudarlo en su crecimiento para llevar una vida responsable en la sociedad.”(resaltado fuera de texto)

Al hacer énfasis en la necesidad de prohibir cualquier forma de castigo corporal como método de disciplina, la Resolución del 27 de enero de 2009 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala “que la práctica del castigo corporal exige medidas de prevención y protección efectivas, de donde se deriva que su prohibición legal explícita es un paso importante pero no suficiente, dado que su implementación debe ir acompañada de medidas de otra índole que permitan erradicar los patrones culturales que legitiman la misma” y meses más tarde, 5 de agosto de 2009, en el Informe sobre castigo corporal y los Derechos Humanos de las Niñas, Niños y Adolescentes, la comisión interamericana de derechos humanos indicó que “...ningún tipo de violencia es justificable y todo tipo de violencia es prevenible” .

“ es preciso que en su legislación civil o penal conste la prohibición explícita de los castigos corporales y de otras formas de castigo crueles o degradantes a fin de que quede absolutamente claro que es tan ilegal golpear, “abofetear” o “pegar” a un niño como lo es dar ese trato a un adulto, y que el derecho penal sobre la agresión se aplica por igual a esa violencia, independientemente de que se la denomine “disciplina” o “corrección razonable”, indica el Comité de Derechos del Niño en la

Opinión Consultiva 08 de 2006

Existe consenso en la legislación nacional e internacional en el sentido de brindar a los niños de todas las garantías que se requieran para proteger su proceso de formación y desarrollo, y establecer disposiciones que fijen un trato preferente en razón de su condición de pronunciada vulnerabilidad por su natural sujeción frente a los adultos con los cuales se

relaciona. Por esto el artículo 44 de la Constitución Política establece el principio de corresponsabilidad, en virtud del cual cualquier persona puede exigir de la autoridad competente el respeto de sus derechos y la sanción de quienes los vulneren, lo cual debe llevar a la familia y a la sociedad a solicitar la intervención de las autoridades cuando en el ámbito público y privado, y dentro de éste, el doméstico, se adviertan hechos o circunstancias que pongan en riesgo la vida e integridad de los menores de edad, ya sea por acción o ante el desamparo.

Para efectos de cumplir con este mandato constitucional de protección a la familia como unidad, y a quienes la integran el legislador ha adoptado diversas clases de medidas, algunas de orden preventivo y otras de carácter represivo, entre las primeras se encuentran las estrategias de sensibilización y difusión de derechos y la adopción de medidas de protección ante situaciones de riesgo o amenaza de vulneración de derechos y dentro de las segundas están las medidas de protección ante situaciones de abuso y la penalización de conductas que afectan la unidad y armonía familiar (contenidas actualmente en el Título VI de la Ley 599 de 2000)

Con esta finalidad el legislador tipificó como delito la violencia intrafamiliar, -inicialmente en la Ley 294 de 1996 y actualmente en el artículo 229 de la Ley 599 de 2000-, cuyo contenido y alcance será abordado en líneas posteriores. No obstante, respecto del objetivo perseguido con la consagración de este tipo penal, en sentencia C-029 de 2009, dijo la Corte: “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”.

Conclusión de lo expuesto es que la familia, a partir de preceptos constitucionales debe ser especialmente protegida, y dentro de ella quienes por alguna condición son más vulnerables, son destinatarios de medidas de protección reforzada. Además, el derecho constitucional a la unidad y armonía familiar deben ser salvaguardados, entre otras medidas, mediante el ejercicio del poder sancionatorio del Estado, conforme al artículo 42 de la Constitución.

4. Límites constitucionales y garantías penales en el ejercicio del poder punitivo del Estado

Uno de los mecanismos a través de los cuales se busca regular el comportamiento de la colectividad – control social- es mediante un sistema de represión legal que disuada a quienes la integran de incurrir en ciertas conductas que han sido descritas y clasificadas como delitos, por afectar bienes que socialmente revisten importancia y existe consenso respecto a la necesidad de brindarles una forma especial de protección. Este mecanismo, en un Estado Social de Derecho, en el cual impere el principio de dignidad humana y se justifique la intervención mínima del Estado para la protección de los derechos y libertades, debe ser ultima y extrema ratio, vale decir, en cuanto sea imperioso acudir al derecho penal para cumplir los fines de represión y prevención general y especial de comportamientos inadmisibles dentro de la sociedad. Esta idea, además, se estructura sobre el principio de responsabilidad que surge del artículo 6 de la Constitución, conforme al cual los particulares son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes y los servidores también lo son por actuar por fuera de sus funciones.

En un Estado democrático la definición de aquellos comportamientos que deben ser considerados infracciones penales, corresponde al legislador, en cuanto órgano de representación popular a cuyo interior y mediante el proceso de formación legislativo se construyen y promulgan las normas que regularan la conducta de los habitantes dentro de un territorio determinado. Es por ello que, en salvaguarda del derecho a la libertad personal, el artículo 28 de la Constitución establece el principio de reserva legal al señalar que “Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.”[16] (resaltado fuera del texto)

La potestad de configuración de los delitos y las penas no es absoluta e ilimitada, pues siendo el derecho penal extrema y ultima ratio, el legislador no puede consagrar como delito cualquier conducta, ni fijar de forma injustificada un sistema de penas, pues la tipificación penal debe estar precedida de un juicio de antijuridicidad, sobre las conductas que desbordan el respeto a los derechos humanos y afectan valores constitucionales que han sido reconocidos como preponderantes en un contexto determinado y que, por tanto,

deben ser protegidos mediante el poder punitivo estatal. Es decir, el legislador sólo puede reprochar penalmente conductas que vulneren bienes jurídicos suficientemente relevantes –examinados en un contexto social y temporal determinado y a partir de los derechos fundamentales y valores implícitos en la Constitución- y que no son controlables mediante otros instrumentos de intervención estatal menos caros para los derechos de las personas.

En numerosas oportunidades la Corte ha señalado que tipificar como delito una conducta implica una valoración social sobre los bienes jurídicos protegidos, la gravedad de la lesión inferida y sobre la pena que debe aplicarse[17].

Al respecto, la Corte, en sentencia C- 239 de 2014, recordó que:

“El antedicho margen de configuración debe respetar, con todo, unos límites. Estos límites están dados por los valores, principios y derechos reconocidos por la Constitución[18]. En ejercicio de su discrecionalidad, el legislador debe respetar estos límites y obrar de manera conforme a los principios de necesidad, de exclusiva protección de bienes jurídicos, estricta legalidad, de culpabilidad y de razonabilidad, proporcionalidad[19], como pasa a verse.

3.2.4. El deber de respetar los derechos constitucionales y, en especial, su núcleo esencial[20], implica tener en cuenta que los tipos penales son mecanismos de protección de estos derechos y, al mismo tiempo, son restricciones severas al ejercicio de otros derechos. En ocasiones “el tipo penal integra el núcleo esencial del derecho constitucional” [21]. Así, pues, al redactar los tipos penales, el Legislador debe especialmente tener en cuenta el contenido material de los derechos constitucionales que con ellos se busca proteger y los tratados internacionales ratificados por la República de Colombia que hacen parte del bloque de constitucionalidad[22].

3.2.5. El deber de obrar conforme al principio de necesidad de la intervención se concreta en asumir que el derecho penal tiene un carácter subsidiario, fragmentario y de última ratio[23], de tal suerte que para criminalizar una conducta se requiere que no existan otros medios de control menos gravosos (principio de mínima intervención), o cuando existiendo y aplicándose hayan fallado, siempre que se trate de proteger un bien jurídico de ataques graves. El deber de obrar conforme al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos

implica que el derecho penal esta instituido para proteger valores esenciales de la sociedad[24], determinados conforme a la política criminal del Estado.

3.2.6. El deber de obrar conforme al principio de estricta legalidad es relevante para la creación del tipo penal, que es una competencia exclusiva del legislador y que obedece a una reserva de ley en sentido material[25]; para la prohibición de la analogía: “nullum crimen, nulla poena sine lege stricta”; para la prohibición de emplear el derecho consuetudinario para fundamentar y agravar la pena “nullum crimen, nulla poena sine lege scripta”; para la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley: “nullum crimen, nulla poena sine lege praevia”, salvo que se trate de una norma más favorable, en cuyo caso debe aplicarse en razón del principio de favorabilidad; para la prohibición de establecer tipos penales o penas indeterminados: “nullum crimen, nulla poena sine lege certa”; para el principio de lesividad del acto: “nulla lex poenalis sine iniuria”[26].

3.2.7. El deber de obrar conforme al principio de culpabilidad comporta el derecho penal de acto, valga decir, castigar a la persona por lo que hace y no por lo que es, desea, piensa o siente[27]; la configuración del elemento subjetivo del delito, pues no hay acción sin voluntad, es decir, sólo se puede castigar una conducta intencional, que es la hecha con conciencia y voluntad por una persona capaz de comprender y de querer[28]; y la graduación de la pena de manera proporcional al grado de culpabilidad[29].

3.2.8. El deber de obrar conforme a los principios de proporcionalidad y razonabilidad es relevante tanto para el tipo penal como para la pena. En caso de haber una diferencia de trato, que pueda ser prima facie contraria al principio de igualdad, es menester aplicar un juicio estricto de proporcionalidad[30] al tipo penal y a la pena, en el cual se analice, entre otros elementos de juicio, la idoneidad de del tipo penal. Como lo sintetizó este tribunal en la Sentencia C-241 de 2012.”[31]

También ha resaltado la jurisprudencia constitucional que el ejercicio del poder punitivo mediante la creación de tipos penales debe atender a una política criminal coherente, direccionada y justificada por la necesidad de combatir comportamientos indeseables y que ponen en riesgo derechos de especial entidad. En este sentido, ha expresado la Corte:

“Entre los principales lineamientos que han sido señalados por la jurisprudencia constitucional para la acción del Legislador en estas áreas, se encuentra aquel según el cual

las medidas que se tomen deben estar orientadas por los parámetros de una verdadera política criminal y penitenciaria, que sea razonada y razonable, y en ese sentido se ajuste a la Constitución. Quiere decir esto, que en desarrollo de sus atribuciones, el Congreso de la República puede establecer cuáles conductas se tipifican como delitos, o cuáles se retiran del ordenamiento; puede asignar las penas máxima y mínima atribuibles a cada una de ellas, de acuerdo con su ponderación del daño social que genera la lesión del bien jurídico tutelado en cada caso; e igualmente, puede contemplar la creación de mecanismos que, orientados hacia la efectiva resocialización de quienes hayan cometido hechos punibles, favorezcan el desestimulo de la criminalidad y la reinserción de sus artífices a la vida en sociedad. (...)”[32].

Se concluye de lo expresado que el proceso de creación de tipos penales, si bien está marcado por la libertad de configuración que tiene el legislador, debe atender a los mandatos y restricciones que surgen de la Constitución, de las disposiciones que integran el bloque de constitucionalidad que imponen al Estado el deber de expedir normas para la investigación y sanción de los comportamientos violentos tanto fuera como dentro de la familia, y además a los principios axiológicos según los cuales: No hay pena sin delito; no hay delito sin conducta (acción u omisión); No hay delito si no hay necesidad de proteger bienes jurídicos que son importantes o de mayor significación para la sociedad destinataria de las normas; y no hay sanción de conductas sin demostración de la culpabilidad en el autor.

Por constituir un tema relevante en la decisión a adoptar, especial mención se hace del principio de proporcionalidad.

El fundamento constitucional del principio de proporcionalidad o prohibición de exceso en materia penal, ha señalado esta Corte, se encuentra la adopción del Estado Social de Derecho (artículo 1 de la Constitución), que supera el sometimiento ciego al derecho positivo para darle un enfoque social que se ajuste al principio de dignidad humana, así como en el principio de efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales (artículo 2 ídem), la prohibición de la pena de muerte y de penas crueles, inhumanos o degradantes señaladas en los artículos 11 y 12 Constitucionales y en el principio de proporcionalidad de las medidas que en el Estado de Excepción se adopten para conjurar los hechos desencadenantes.[33]

La sujeción a los principios de razonabilidad y proporcionalidad en el ejercicio de la potestad punitiva implica que el reproche penal se realice sobre conductas que vulneran efectivamente bienes jurídicos de suficiente relevancia y cuando para cumplir los deberes de respeto, garantía y protección no existe otra alternativa que acudir a penalizarlos como forma de control social.

De esta manera la racionalidad y proporcionalidad que enmarcan el ejercicio de la potestad de configuración del legislador, sirven de garantía de las libertades que consagra el ordenamiento constitucional, pues permite controlar que el ejercicio del poder punitivo se desborde y sea utilizado para fines distintos a la preservación del orden público y social y la convivencia pacífica, se sancionen conductas irrelevantes o se fijen consecuencias punitivas que no correspondan con la entidad del bien jurídico que se busca proteger con el tipo penal.

En virtud de estos principios en las normas penales sustantivas debe existir una relación de proporcionalidad y necesidad entre la conducta censurada, la forma en que se penaliza, la finalidad de prevención especial y general, y de represión que persigue la tipificación y la consecuencia punible de su realización, de modo que guarde una relación de equivalencia con la gravedad del comportamiento.

En este sentido, ha señalado la Corte que: “Conforme a tal criterio, la tipificación legal de hechos punibles pretende desestimular conductas lesivas de bienes jurídicos dignos de ser tutelados por el derecho penal (prevención general) pero de manera tal que exista una cierta proporcionalidad entre el daño ocasionado por el delito y la pena que le es atribuida (componente retributivo en esta fase). De otro lado, en la fase de imposición judicial de la pena a un determinado sujeto, en general se considera que el sistema penal debe operar con un criterio esencialmente retributivo, a fin de que, por razones de justicia, exista una proporcionalidad entre la dañosidad de la conducta, el grado de culpabilidad del agente y la intensidad de la pena.”[34] (resaltado fuera del texto)

La proporcionalidad en el proceso de definición de los tipos penales exige una evaluación sobre la necesidad de protección de determinados bienes jurídicos, los mecanismos cualitativa y cuantitativamente adecuados para brindarla y la escogencia de aquel que resulte menos gravoso para las libertades y los derechos de las personas[35].

En esa dirección la sentencia C-285 de 1997, al declarar inexecutable el delito de Violencia sexual entre cónyuges, indica que:

“En un Estado de Derecho el poder punitivo tiene unos límites dados por el principio de proporcionalidad, en virtud del cual la graduación, en abstracto y en concreto, de la sanción, debe hacerse de acuerdo con la gravedad del injusto, y el grado de culpabilidad. Según el primer criterio, la intervención del derecho penal se dirige a sancionar las conductas lesivas de los bienes jurídicos que se estiman más valiosos, teniendo en cuenta que el hecho punible, además de lesionar bienes jurídicos particulares, atenta contra los valores ético-sociales predominantes en una sociedad determinada.”

Este proceso de creación de los tipos penales, además de tener reserva legal y atender a las garantías penales antes enunciadas, se gobierna por otros límites explícitos derivados de la Constitución Política y que deben ser observados por el legislador al fijar los parámetros de intervención punitiva estatal[36]: dignidad humana, legalidad, derecho a la libertad personal, igualdad, proporcionalidad, la prohibición de penas y tratos crueles inhumanos y degradantes, la prohibición de establecer como consecuencia punitiva la pena de muerte, la cadena perpetua y la confiscación, y las garantías del debido proceso señaladas en el artículo 29 de la Constitución.

6. Principios de legalidad e igualdad en el ejercicio de la potestad legislativa en materia penal.

Como se indicó en precedencia, la tipificación de conductas como delitos es y ha sido desde siempre un instrumento excepcional de la política criminal para la salvaguarda de aquellos bienes jurídicos que socialmente se estiman relevantes en un momento y lugar determinados, ante el fracaso o inoperancia de otros medios de control social menos restrictivos de derechos. Es por ello que el legislador, en un Estado democrático, es el facultado para establecer las reglas de ejercicio de la potestad punitiva y particularmente aquellas conductas que, en cuanto indeseables para la comunidad, son categorizadas como delitos.

Para efectos de resolver el problema jurídico que plantea la demanda cabe detenerse en dos de los principios consagrados en la Constitución que deben respetarse por el legislador al ejercer esta facultad de configuración: el principio de legalidad y el principio de igualdad.

Principio de legalidad en materia penal.

La libertad de configuración del legislador en materia punitiva atiende a la necesidad de protección de bienes jurídicamente relevantes en un tiempo y contexto determinado, por ello no es extraño que los tipos penales experimenten actualizaciones conforme a la necesidad de proteger a la sociedad contra la afectación de determinados bienes jurídicos en un particular momento, o porque bienes que se estimaban relevantes pierdan esta connotación y ello deba verse reflejado en la disminución de la respuesta punitiva con la cual se sancione su comisión o incluso se llegue a su despenalización, a partir del criterio de intervención mínima del Estado.

También puede presentarse el proceso contrario, esto es, que sea imperioso para mantener el orden social y garantizar los derechos y libertades de quienes integran la comunidad (artículo 2 de la Constitución Política), tipificar como delitos – penalizar- ciertas conductas o agravar las consecuencias punitivas frente a algunas infracciones penales contra bienes jurídicos que cobran mayor relevancia en un contexto determinado, todo dentro de la concepción de intervención mínima estatal para la defensa y garantía de los derechos de todos frente a la violencia generada por el delito y la violencia generada a partir del delito, propia de un derecho penal garantista.

Lo expuesto hace del derecho penal, un sistema relativamente cambiante de manera proporcional a la mayor o menor intensidad de los bienes e intereses que se busca proteger mediante el proceso de criminalización de las conductas humanas por parte del legislador en ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 114 y 150 de la Constitución, aunque la protección de valores y derechos especialmente relevantes en la Constitución limite la posibilidad del legislador de excluirlos de sanción penal[37].

Esta facultad de creación o modificación de los tipos penales está sujeta al principio de legalidad por mandato del artículo 29 de la Constitución, que lo plasma expresamente en el inciso segundo[38], pero además, del artículo 6 ídem, o cláusula de responsabilidad, conforme al cual “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.”, y que brinda seguridad jurídica a

quienes habiten en el territorio nacional sobre que comportamientos desbordan el ámbito lícito de actuación y las consecuencias que pueden enfrentar de traspasar ese lindero.

En la Sentencia C-285 de 2005, la Corte señaló que “en virtud del principio de legalidad en sentido estricto o de tipicidad penal, la descripción de las conductas punibles y el señalamiento de las penas deben ser exactos e inequívocos, y no ambiguos, de modo que la labor del juez se limite a establecer si una determinada conducta se adecúa o no al tipo penal, para deducir o no las consecuencias contempladas en el mismo”

El principio de legalidad se proyecta en diversos aspectos: la descripción de los tipos penales, la fijación de las sanciones y la determinación de las reglas procedimentales que regirán los juicios penales. Para efectos del debate que plantea la demanda se ahondará en el principio de legalidad en sentido estricto, o principio de taxatividad[43] de los delitos y de las penas. Sobre el tema, la jurisprudencia ha sido reiterativa en que:

“La prohibición de la retroactividad y la reserva legal no son sin embargo suficientes, pues si la ley penal puede ser aplicada por los jueces a conductas que no se encuentran claramente definidas en la ley previa, entonces tampoco se protege la libertad jurídica de los ciudadanos, ni se controla la arbitrariedad de los funcionarios estatales, ni se asegura la igualdad de las personas ante la ley, ya que la determinación concreta de cuáles son los hechos punibles recae finalmente, ex post facto, en los jueces, quienes pueden además interpretar de manera muy diversa leyes que no son inequívocas. Por eso, la doctrina y la jurisprudencia, nacional e internacionales, han entendido que en materia penal, el principio de legalidad en sentido lato o reserva legal, esto es, que la ley debe definir previamente los hechos punibles, no es suficiente y debe ser complementado por un principio de legalidad en sentido estricto, también denominado como el principio de tipicidad o taxatividad (...), según el cual, las conductas punibles deben ser no sólo previamente sino taxativa e inequívocamente definidas por la ley, de suerte, que la labor del juez penal se limite a verificar si una conducta concreta se adecua a la descripción abstracta realizada por la ley. Según esa concepción, que esta Corte prohíja, sólo de esa manera, el principio de legalidad cumple verdaderamente su función garantista y democrática, pues sólo así protege la libertad de las personas y asegura la igualdad ante el poder punitivo estatal. En efecto, únicamente si las descripciones penales son taxativas, pueden las personas conocer con exactitud cuáles son los comportamientos prohibidos y la labor de los jueces, en el proceso

de adecuación típica, se limita a determinar si, conforme a los hechos probados en el proceso, el acusado cometió o no el hecho punible que se le imputa.”[44]

En la misma dirección la Corte ha señalado que:

“El principio de taxatividad penal implica no sólo que las conductas punibles deben estar descritas inequívocamente sino que las sanciones a imponer deben estar también previamente determinadas, esto es, tiene que ser claro cuál es la pena aplicable, lo cual implica que la ley debe señalar la naturaleza de las sanciones, sus montos máximos y mínimos, así como los criterios de proporcionalidad que debe tomar en cuenta el juzgador al imponer en concreto el castigo.” [45]

En este orden, si se advierte que la descripción típica de la conducta punible no atiende con rigor a la claridad en la definición del comportamiento penalizado (aun tratándose de tipos penales en blanco), y la consecuencia punitiva que de él se deriva[46], en virtud del principio de legalidad en sentido amplio –definición por el legislador del delito – lo procedente es excluirla del ordenamiento dado que la Corte no puede dictar una sentencia interpretativa mediante al cual se hagan ajustes a la descripción de la conducta o al quantum o tipo de pena.

Principio de igualdad

Basado en el principio de dignidad humana, el constituyente estableció en el artículo 13 el derecho a la igualdad, en virtud del cual debe darse igual trato a situaciones similares, y diverso ante supuestos diferentes. Además de la consagración de la igualdad en sentido material, la norma constitucional impone la adopción de medidas afirmativas en favor de las personas en condiciones de debilidad manifiesta, los grupos históricamente marginados y las personas en condición de vulnerabilidad, con el fin de generar condiciones de equilibrio en las cuales los derechos se reconozcan y puedan ejercerse en condiciones de igualdad real, es decir, establecer desigualdades normativas para generar igualdad sustancial.

De otra parte, el análisis cuando se trata de resolver un cargo por desconocimiento del principio de igualdad, ha reiterado la jurisprudencia constitucional, debe ser relacional, es decir, a partir de la regulación dada a una misma situación o supuesto por dos regímenes jurídicos, a efecto de determinar si éste ha sido acorde con las características particulares

de la conducta sometida a sanción penal, para el caso sometido a examen de la Corte.

El principio de igualdad “carece de un contenido material específico, es decir, a diferencia de otros principios constitucionales o derechos fundamentales, no protege ningún ámbito concreto de la esfera de la actividad humana sino que puede ser alegado ante cualquier trato diferenciado injustificado. De la ausencia de un contenido material específico se desprende la característica más importante de la igualdad: su carácter relacional”[47].

Otro aspecto a considerar cuando se ejerce control constitucional ante un cargo por vulneración del principio de igualdad es que existen eventos en los cuales resulta improcedente avanzar en un test de proporcionalidad, tal es el caso de situaciones que no resultan equiparables porque los supuestos de hecho no son asimilables, o cuando la violación es flagrante porque la norma no contiene elementos con base en la cual sea posible analizar la justificación de la diferencia de trato, pero para ello habrá de examinarse si las circunstancias involucradas en el análisis relacional son o no asimilables.

Cuando se plantea el análisis de la posible vulneración de este principio por la desproporción en el reproche punitivo frente a diferentes tipos penales que eventualmente describan la misma conducta típica ha señalado el legislador que es preciso considerar que “Asignar a unos mismos hechos sanciones diferentes implica que el legislador considera que las conductas o no son igualmente lesivas o no merecen el mismo reproche. La benignidad del trato comporta una consideración sobre la menor lesividad del hecho, menor trascendencia del bien jurídico protegido o menor reprochabilidad del acto.”, consideración bajo la cual la corte en sentencia C-285 de 1997 decidió declarar inexecutable el artículo 25 de la ley 294 de 1996.

Este aspecto guarda conexidad con la valoración que debe hacer el legislador al momento de realizar la tipificación de las conductas a efectos de que guarden proporcionalidad con la lesividad de la conducta penalizada y el bien jurídico protegido, de tal forma que la consecuencia jurídica resulte racional y proporcional.

7. Violencia intrafamiliar

Aunque la consagración de la violencia familiar como un delito autónomo data del 1996, a partir del deber de protección especial y de sancionar las conductas que rompan la unidad y

armonía familiar, el sistema penal ya sancionaba aquellos comportamientos violentos al interior del núcleo familiar que podían adecuarse a los tipos penales existentes como las lesiones personales, la tortura, el secuestro, entre otros, acudiendo al vínculo de parentesco como causal de agravación punitiva[48].

Previamente a la creación del delito de violencia intrafamiliar, el juez constitucional se ocupó de resaltar la singular gravedad que revisten las agresiones en el ámbito doméstico[49]. En sentencia T-378 de 1995, señaló esta Corporación “La situación es todavía más grave cuando de la simple dependencia doméstica se pasa a la violencia física o moral, pues entonces se quiebran los moldes del debido respeto y el ámbito hogareño, que debería ser de paz por la alta misión que le compete, se convierte en motivo inevitable de zozobra, miedo y pérdida de los valores espirituales, con notorio daño para el proceso de formación personal de los niños y para el adecuado logro de los cometidos propios de la familia. De allí que los padres estén obligados a resolver sus eventuales diferencias de manera razonable, mediante el diálogo directo y franco, sin transmitir sus problemas a los hijos, quienes de ninguna manera deben resultar involucrados en las disputas conyugales, menos todavía si éstas degeneran en actos violentos”. Y, en sentencia T-436 de 1995, catalogó como formas de maltrato “existencia de permanentes maltratos físicos y psicológicos, como golpes, insultos”

Al considerar que la violencia que se genera en la familia desencadena más violencias[50], el legislador decidió, en desarrollo del artículo 42 de la Constitución, sancionar de manera específica este comportamiento y para el efecto expidió la Ley 294 de 1996, que en artículo 22 del capítulo de los delitos contra la armonía y la unidad de la familia, consagró como delito la violencia intrafamiliar, en los siguientes términos:

“Artículo 22. Violencia intrafamiliar. El que maltrate física, síquica o sexualmente a cualquier miembro de su núcleo familiar, incurrirá en prisión de uno (1) a dos (2) años.”

Al revisar esta descripción típica, por cuestionamientos relacionados con la falta de proporcionalidad en cuanto la norma, a juicio del actor, contemplaba penas inferiores para las agresiones cuando los sujetos pasivos del hecho son familiares del agresor, la Corte Constitucional en sentencia C-285 de 1997, para desestimar el cargo precisó que la violencia familiar es un delito autónomo y que será el funcionario judicial quien defina en

cada caso si se aplica este delito o si la conducta se adecúa al punible de lesiones personales agravadas por el vínculo de parentesco.

En aquella oportunidad la Corte Constitucional hizo énfasis en que no se trataba de reducir la protección cuando la violencia se presenta entre miembros de la familia, sino ampliar la sanción a todos los casos de maltrato mediante un delito autónomo que complementa las penas para los eventos de maltrato que causen lesiones personales establecido en el artículo 23 ídem[51]. Al reseñar la intención de brindar una mayor protección cuando las conductas se desarrollan en el ámbito familia, puntualizó la Corte:

“Mediante el artículo 22 de la ley 294 de 1996, el legislador quiso elevar a la categoría de delito algunas conductas que no podían ser adecuadas a las figuras típicas previstas en el Código Penal[52], con el objeto de brindar una mayor protección a los miembros de la familia, que eventualmente puedan ser víctimas de violencia por parte de otro integrante de su misma familia.

Los elementos constitutivos del tipo de maltrato son distintos a los de las lesiones. El maltrato implica un acto de agresión contra la persona que no altere su integridad física, síquica o sexual. En tanto que las lesiones precisan del daño en la salud. Los bienes jurídicos protegidos con las disposiciones son también diferentes: el artículo 22, que hace parte del Título V de la ley 294 de 1996, protege “la armonía y la unidad de la familia”, y las disposiciones del Código Penal relativas a las lesiones protegen la “integridad personal”.

En consecuencia, el tipo penal descrito por la norma acusada no subsume todas las formas de violencia contra las personas. La misma ley 294 hace la distinción de las dos figuras típicas en mención, cuando en su artículo 23 prevé un aumento de las sanciones establecidas en el Código Penal para los delitos de lesiones personales, si el hecho “cause daño a la salud en el cuerpo o en la salud sicológica a un integrante de su grupo familiar”.

Este tipo penal fue incorporado en el Código penal expedido en el año 2000, mediante la Ley 599, en el Título VI de los delitos contra la familia, que en su artículo 229 lo consagró de la siguiente forma:

“Artículo 229. Violencia intrafamiliar. El que maltrate física, síquica 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”.

Posteriormente el legislador modificó la descripción típica del delito de violencia intrafamiliar mediante la Ley 882 del 2 de junio de 2004[53], para excluir de ella la modalidad sexual de maltrato, por lo que a partir de allí las agresiones de éste tipo serían sancionadas de acuerdo con las penas señaladas para los delitos contra la integridad y formación sexual, agravadas por el parentesco. La ley en mención igualmente incorporó una agravante específica en el inciso 2° aplicable cuando el maltrato 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.

Un mes más tarde, las consecuencias punitivas sufrieron un incremento en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo, en virtud del aumento generalizado dispuesto por el artículo 14 de la Ley 890 del 7 de julio de 2014[54], quedando como nuevos márgenes punitivos entre 16 meses y 54 meses de prisión.

Al realizar un nuevo control constitucional del tipo penal de violencia intrafamiliar, cuestionado por vulnerar el derecho a la igualdad, mediante sentencia C-029 de 2009, la Corte la declaró constitucional en el entendido de que este tipo penal comprende también a los integrantes de las parejas del mismo sexo.

Considerando además que la violencia doméstica puede trascender negativamente en otros derechos fundamentales, que son amenazados ante conductas de éste tipo, la Corte Constitucional igualmente ha señalado que aún después del establecimiento de mecanismos judiciales y administrativos para la prevención y sanción de la violencia intrafamiliar, la acción de tutela continúa siendo una herramienta excepcional y transitoria para la protección de los derechos fundamentales, ante la inidoneidad de las medidas de protección o su dilación injustificada[55].

Por último, el artículo 33 de la Ley 1142 de 2007, modificó nuevamente el tipo descrito en el artículo 229 del Código penal, en los siguientes términos:

“Artículo 33. Violencia intrafamiliar. El que maltrate física o psicológicamente a cualquier miembro de su núcleo familiar, incurrirá, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor, en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años.

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 y cinco (65) 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 en su domicilio o residencia, y realice alguna de las conductas descritas en el presente artículo.”[56]

Además del incremento punitivo, otro cambio significativo es que el delito de violencia intrafamiliar no es conciliable, ni desistible la acción penal encaminada a su juzgamiento, cualquier persona que tenga conocimiento de un hecho de violencia intrafamiliar o contra la mujer puede denunciarlo para que las autoridades inicien de oficio la investigación encaminada a determinar la existencia del delito y la responsabilidad del autor o autores, bajo la premisa que la violencia intrafamiliar no es un asunto de orden privado sino de trascendencia social, que se ha convertido en un problema estructural de la sociedad, que trae graves consecuencias en el desarrollo de quienes conforman la familia y quebranta la unidad y armonía familiar.

En la exposición de motivos[57], el Gobierno y la Fiscalía General de la Nación señalaron las razones para el incremento punitivo propuesto, en los siguientes términos:

“El derecho penal no puede tratar de manera benigna a quien destruye la familia o comete conductas punibles dolosas contra menores de edad. La lucha contra el maltrato al interior del seno de la familia o la violencia infantil es y debe ser un objetivo político criminal del Estado Colombiano: “El maltrato del niño es una realidad latente en Colombia, que debe ser erradicado o por lo menos reducido a proporciones ínfimas debido a que se trata de una vulneración de la condición humana del menor. Al respecto, Fontana estima que ‘los niños golpeados de esta generación, si sobreviven serán los padres que golpeen a la generación siguiente y miembros desadaptados de la sociedad’.

El síndrome del niño maltratado es un trastorno médico-social que está alcanzando naturaleza epidémica, por su desarrollo cíclico de violencia, montado sobre la base de la causa y el efecto. Los traumas nacidos en la infancia no pueden más que dejar una huella muy difícil de borrar; en cambio ellos sí generan en la persona ya adulta una conducta de olvido y privación de afecto para con sus hijos.

La familia, la sociedad y el Estado están en la obligación de proteger a los niños contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos, según lo establece el artículo 44 constitucional.

En ese orden de ideas, la actitud de los padres al realizar o permitir el maltrato del menor, en sus diferentes modalidades, implica una falla del progenitor en lo referente al actuar debidamente para salvaguardar la salud, la seguridad, el bienestar del niño”1.

El menor es por excelencia una víctima biológica, psicológica y socialmente débil, lo cual es aprovechado por su victimario. A ello debe sumarse el hecho de que el menor que hoy es víctima, mañana será victimario. Con razón se ha señalado por autorizada doctrina en el campo de la victimología que dentro de los factores de predisposición a ser víctima se encuentra la edad. Aquellos individuos más vulnerables, por la falta de desarrollo de sus facultades físicas y psíquicas “devienen en blancos idóneos de victimización violenta y, más concretamente, de particulares manifestaciones delictivas relacionadas con dicha inferioridad biológica, como sucede con el maltrato infantil”2. El sexo de la víctima también es relevante en determinadas categorías de delito, que tienen en la mujer un sujeto pasivo prototípico por su desventaja física comparativa, así como por la condición sexual femenina intrínsecamente considerada, como se verifica en los casos de delitos sexuales3 o de violencia intrafamiliar.

Es necesario que la sociedad tome conciencia de la gravedad de estas conductas punibles y considere como inalienables los derechos de las víctimas de los mismos a la verdad, la justicia y la reparación.

Ahora bien, factores como la educación o la situación económica del hogar influyen solo marginalmente en la presencia de la violencia intrafamiliar. Por ello es equivocado afirmar que las agresiones en el hogar son causadas por el desempleo, la pobreza o la mala situación económica, tal como lo revela el estudio llevado a cabo por la Universidad de los

Andes4.”

En relación con los motivos que llevaron a fijar el incremento punitivo, cabe señalar que, según el registro que presenta el estudio sobre Comportamiento de la violencia intrafamiliar, Colombia, 2012[58], esta clase de violencia tuvo un pico de mayor impacto en el año 2009, pero ha venido decreciendo, de tal forma que para el año 2012, arroja los siguientes resultados:

“la violencia intrafamiliar se presenta como la segunda causa de agresión en el país” en donde, durante el 2012, se registraron 83.898 casos de violencia intrafamiliar, de los cuales el 64,8% corresponden a violencia entre la pareja, 18,9% corresponde a violencia entre otros familiares, 14,15% (12.173 casos) fueron violencia contra niños, niñas y adolescentes y 1,8% de la violencia doméstica tuvo como víctimas a adultos mayores (1.497 casos). Igualmente señala el estudio que “En todos los contextos, se observa que la mujer fue la más victimizada, con un 77,7 % de los casos, mientras que para los hombres el porcentaje fue de 22,3 %”. Para el caso de los niños los principales agresores eran miembros del núcleo familiar: “Los padres ocuparon el primer lugar, con 7.424 casos, seguidos del padrastro con 1.077, y en tercer lugar, otros familiares civiles o consanguíneos con 914 casos”, y “En cuanto a la razón de la agresión, en 53,4 % de los casos fue la intolerancia, en 33,9 % no se registró la información y en 5,0 % refirieron otras razones diferentes; el consumo de alcohol se presentó como la cuarta razón, con un porcentaje del 3,6 %, y, por último, el desamor se convirtió en la quinta razón de agresión contra niñas, niños y adolescentes”.

En relación con la violencia contra el adulto mayor, el informe muestra que “En el 2012, los principales responsables de las agresiones a las personas adultos mayores fueron los hijos, en 637 de los casos, quienes estaban a cargo de su cuidado; el segundo lugar lo ocuparon otros familiares civiles o consanguíneos de la víctima, con 607 casos, y el tercer lugar, algún hermano o hermana”. “La principal razón para agredir a los adultos mayores fue la intolerancia, en 49,7 % (744) de los casos; en 20,4 % del total de casos no se registró esta información, mientras que en 15,8 % se debió al uso de sustancias ilícitas y alcohol”.

En el caso de la violencia entre parejas, la información estadística suministrada por el

Instituto Colombiano de Medicina Legal y Ciencias Forenses indica que de los casos reportados “Durante el 2012, en el 88 % (47.620) de los casos las víctimas fueron mujeres, mientras que en el 12 % (6.779) fueron hombres”.

De otra parte, además de las razones de orden sociológico plasmadas en la exposición de motivos y que encuentran proyección en las estadísticas oficiales, es preciso reiterar que además del deber de protección contra todo acto de violencia que afecte la unidad y armonía familiar, que consagra el artículo 42 de la Constitución, existen diversos instrumentos internacionales que imponen la penalización de la violencia intrafamiliar.

El artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[59] establece el derecho de toda persona al más alto nivel posible de salud física y mental. Sobre dicha obligación el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Comentario General No. 14 estableció que la violencia doméstica coarta el derecho al más alto nivel posible de salud

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Informe N. 54/01, Caso 12.051, María da Penha Maia Fernández, al referirse a un caso de violencia intrafamiliar[60] en el que se buscaba establecer la responsabilidad de Brasil por la violencia contra la señora María da Penha Maia Fernández por su esposo mientras duró el vínculo matrimonial, señaló que el Estado había sido negligente e ineficaz en el juzgamiento y condena de agresores contra la mujer violando sus obligaciones internacionales, en los términos del artículo 7 de la Convención de Belem do Pará, de procesar, condenar y prevenir prácticas degradantes, lo cual había contribuido de manera determinante a crear un ambiente que propiciaba la violencia doméstica.

Características del tipo penal

Sobre las características del tipo penal consagrado en el artículo 229 del Código Penal, en sentencia C-029 de 2009, dijo la Corte:

“El legislador, dentro de su libertad de configuración, ha decidido estructurar 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 la formación sexuales, o la autonomía personal, y de acuerdo con su tenor literal, las medidas previstas en las normas acusadas se desenvuelven en el ámbito de la protección integral a la familia, por cuanto 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, situación que también se presenta en el ámbito de las parejas homosexuales, da lugar a un déficit de protección porque ignora una realidad que, para los supuestos previstos por el legislador, puede aspirar a un nivel equivalente de protección al que se brinda a los integrantes de la familia”

Se trata entonces de un tipo penal con sujeto activo y pasivo calificado, por cuanto miembros de un mismo núcleo familiar o que puede ser realizado también por la persona encargada del cuidado de la víctima en su domicilio o residencia. Al efecto, cabe precisar que de acuerdo con la descripción típica la pertenencia al mismo núcleo familiar o encargado del cuidado en el ámbito doméstico no restringe la adecuación típica a que el evento de violencia suceda en el lugar donde reside la víctima, o señalado como habitación familiar, sino que constituye el elemento calificador del sujeto activo, no descriptivo o normativo de la conducta punible. Además, el delito de violencia intrafamiliar se configura cuando se realiza el verbo maltratar (el que maltrate física o psicológicamente).

De otra parte, para la adecuación típica del delito de violencia intrafamiliar, como lo enseña la teoría del delito, es necesaria la existencia de antijuridicidad material en la conducta. Señala el artículo 11 de la Ley 599 de 2000. “Antijuridicidad. Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal.”

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 esta infracción penal.

Concepto de maltrato

La Corte Constitucional en sentencia C- 674 del 30 de junio de 2005 al resolver el cuestionamiento ciudadano por haber excluido de la descripción típica el maltrato sexual mediante la descripción que hizo el artículo 1° de la Ley 882 del 2 de junio de 2004, planteó un concepto de violencia intrafamiliar en los siguientes términos:

“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”.

Otro concepto de maltrato se encuentra en el inciso segundo del artículo 18 de la Ley 1098 de 2006, conforme al cual: “Para los efectos de este Código, se entiende por maltrato infantil toda forma de perjuicio, castigo, humillación o abuso físico o psicológico, descuido, omisión o trato negligente, malos tratos o explotación sexual, incluidos los actos sexuales abusivos y la violación y en general toda forma de violencia o agresión sobre el niño, la niña o el adolescente por parte de sus padres, representantes legales o cualquier otra persona.”(resaltado fuera del texto)

Sobre el maltrato infantil en la Sentencia C - 442 de 2009 (reiterado por C-397 de 2010), define el maltrato infantil “(...) como toda conducta que tenga por resultado la afectación en cualquier sentido de la integridad física, psicológica o moral de los(as) menores de dieciocho (18) años por parte de cualquier persona...”.

Posteriormente, en la Sentencia C- 397 de 2010, indicó la Corte: “De otra parte hay que tener en cuenta que dentro de los estudios relacionados con el maltrato infantil se han establecido tres tipos. En primer lugar el maltrato físico que estaría relacionado con las lesiones personales o el daño en el cuerpo del niño; en segundo término, el maltrato psicológico o emocional, relacionado con conductas como las amenazas constantes, las burlas y ofensas que afecten al niño mental y moralmente, y, por último, el maltrato omisivo que se daría cuando al niño se le deja en situación de abandono o descuido que puede afectar su vida o su salud”

Esta definición se asimila a lo que ha señalado la OMS sobre el Maltrato infantil: “El maltrato infantil se define como los abusos y la desatención de que son objeto los menores de 18 años, e incluye todos los tipos de maltrato físico o psicológico, abuso sexual, desatención, negligencia y explotación comercial o de otro tipo que causen o puedan causar un daño a la salud, desarrollo o dignidad del niño, o poner en peligro su supervivencia, en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder. La exposición a la violencia de pareja también se incluye a veces entre las formas de maltrato infantil.”[61]

En el ámbito de protección normativa de las mujeres contra cualquier forma de violencia, la Ley 1257 de 2008, establece que existen diversas formas de maltrato: físico, sexual, psicológico o patrimonial, de las cuales sólo dos son referidas en la descripción típica del delito de violencia intrafamiliar: física y psicológica.

Y en los artículos 2 y 3 define los actos que se deben entender como formas de violencia física y psicológica hacia las mujeres, que vienen a dotar de contenido el concepto de maltrato, como elemento normativo del delito de violencia intrafamiliar, cuando se realizan sobre miembros del mismo núcleo familiar.

Señala el artículo 2:

“Definición de violencia contra la mujer. Por violencia contra la mujer se entiende cualquier acción u omisión, que le cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico, económico o patrimonial por su condición de mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, bien sea que se presente en el ámbito público o en el privado.

Para efectos de la presente ley, y de conformidad con lo estipulado en los Planes de Acción de las Conferencias de Viena, Cairo y Beijing, por violencia económica, se entiende cualquier acción u omisión orientada al abuso económico, el control abusivo de las finanzas, recompensas o castigos monetarios a las mujeres por razón de su condición social, económica o política. Esta forma de violencia puede consolidarse en las relaciones de pareja, familiares, en las laborales o en las económicas.”

Y el artículo 3 de la Ley 1257 de 2008 establece:

Concepto de daño contra la mujer. Para interpretar esta ley, se establecen las siguientes definiciones de daño:

a. Daño psicológico: Consecuencia proveniente de la acción u omisión destinada a degradar o controlar las acciones, comportamientos, creencias y decisiones de otras personas, por medio de intimidación, manipulación, amenaza, directa o indirecta, humillación, aislamiento o cualquier otra conducta que implique un perjuicio en la salud psicológica, la autodeterminación o el desarrollo personal.

b. Daño o sufrimiento físico: Riesgo o disminución de la integridad corporal de una persona.”

Referido al maltrato de los ancianos, en el año 2002 la OMS promovió la aprobación de la Declaración de Toronto para la Prevención Global del Maltrato de las Personas Mayores. En esta se dice que maltrato existe ante:

“un acto único o repetido que causa daño o sufrimiento a una persona de edad, o la falta de medidas apropiadas para evitarlo, que se produce en una relación basada en la confianza». Puede adoptar diversas formas, como el maltrato físico, psíquico, emocional o sexual, y el abuso de confianza en cuestiones económicas. También puede ser el resultado de la negligencia, sea esta intencional o no.[62]

8. Caso Concreto. Exequibilidad del esquema punitivo fijado por el legislador para el delito de violencia intrafamiliar.

Proporcionalidad de la pena fijada para el delito de violencia intrafamiliar. La consagración del delito de violencia intrafamiliar en los términos contemplados en el artículo 229 de la Ley 599 de 2000 no desconoce la naturaleza del derecho penal como última ratio, ni resulta desproporcionado pues constituye un ejercicio constitucionalmente admisible de la libertad de configuración del legislador, quien al realizar una nueva graduación de las consecuencias punitivas que se requieren para afrontar un fenómeno criminológico en aumento, decide aumentar los límites punitivos del delito de violencia intrafamiliar para alcanzar la prevención general de una conducta especialmente reprobable, por la incidencia que tienen más allá de la integridad física y mental de la víctima, en la destrucción de la unidad y armonía familiar.

Para la Sala, el deber especial de protección que impone la Constitución Política a la familia, el deber que la misma norma constitucional (artículo 42) impone al Estado de sancionar “cualquier forma de violencia en la familia” que quebrante su unidad y armonía hacen que la tipificación de los actos de maltrato físico o psicológico a miembros de la familia y la fijación de penas más severas que las señaladas para los delitos de lesiones personales, constituyan un forma razonable y proporcionada de ejercicio del poder punitivo del Estado.

Aunque la concepción de Estado social que propugna por el mayor respeto a la libertad de las personas, y proclama el derecho a la intimidad y la inviolabilidad del domicilio, en manera alguna puede justificar que permanezca pasivo ante el maltrato que se genera al interior de las familias y del cual se derivan consecuencias desfavorables para el proceso de desarrollo de las víctimas, la unidad y armonía familiar, y la convivencia pacífica, la se ve impactada por los métodos agresivos de crianza o de relacionarse al interior de las familias, el ejercicio violento de la autoridad parental y las violencias contra las mujeres que en relaciones de poder con sus parejas se presentan, y pueden desdibujar la formación afectiva de los niños que hacen parte de la familia.

En este orden, el incrementó de las penas para el delito de violencia familiar, que luego de la expedición del artículo 33 de la Ley 1142 de 2007 es entre cuatro (4) a ocho (8) años de prisión, -atendiendo a los criterios de dosificación punitiva fijados por el legislador-[63] atiende a una finalidad preventiva compatible con el respeto por los derechos y libertades constitucionales y al mismo tiempo con la necesidad de garantizar no sólo la integridad física de las personas que componen el núcleo familiar, sino también la convivencia pacífica, la unidad y armonía familiar, y los derechos de los menores de edad a una familia y a recibir de ella atención, cuidado y amor, como lo establece el artículo 44 de la Constitución.

La mayor lesividad de las conductas violentas que se generan en las relaciones dentro de una misma familia, el compromiso de bienes jurídicos adicionales a la integridad personal, cuya protección proviene de expreso mandato constitucional hacen que las consecuencias punitivas del delito de violencia intrafamiliar se ajuste al principio de proporcionalidad y haga improcedente la solicitud de inexequibilidad, en cuanto para la Sala la norma no consagra la norma sanciones penales que resulten excesivas para proteger la unidad y

armonía familiar y al mismo tiempo la integridad de quienes la componen. A esto cabe añadir que mediante la criminalización de la violencia intrafamiliar se busca proteger a las niñas y mujeres que, de acuerdo con los registros del Instituto Nacional de Medicina legal y ciencias Forenses son las más afectadas por el maltrato de sus familiares o cuidadores.

En este orden y considerando las razones planteadas en la exposición de motivos del proyecto de ley que dio lugar al aumento de penas fijado en el artículo 33 de la Ley 1142 de 2007, es justificable acudir a esta medida para proteger a la familia[64], así como el desarrollo de las personas que se forman bajo su amparo, cuyos valores y acciones pueden verse distorsionados cuando se les somete a entornos de agresión física, verbal o moral.

Al efecto, la Corte Constitucional, indicó: “Una de las formas de violencia moral que se ejerce contra los niños consiste en el escándalo público de que se les pueda hacer víctimas en el lugar donde residen, o en su vecindario, a través de actos como la exhibición pública de conductas obscenas, las riñas callejeras, la exteriorización de sentimientos o conductas agresivas a la vista de los menores. El Estado tiene la obligación de prevenir y evitar que tales situaciones se presenten erigiéndose en atentado real o potencial contra el derecho fundamental de los menores a no ser agredidos física ni moralmente.”[65]

En síntesis, la sanción fijada para el delito de violencia intrafamiliar no resulta excesivo o desproporcionado por cuanto:

- El reproche penal a los actos de maltrato en el ámbito doméstico se fundamenta en la relación de víctima y victimario que como parte del mismo núcleo familiar supone relaciones de afecto y respeto recíproco, solidaridad, apoyo y deberes de cuidado entre sus integrantes. Además, a través de la disuasión que busca el tipo penal de violencia intrafamiliar se busca, como se expresó en el proceso de formación de la norma, proteger la institución básica de la sociedad (artículo 5 de la constitución), en donde deben forjarse los valores que luego se proyectarán en la sociedad.
- La principal razón para la consagración del delito, desde 1996 ha sido la protección de la unidad y armonía en la familia, donde se parte de la idea que deben prevalecer sentimientos de afecto, solidaridad, respeto y tolerancia, a partir de los cuales se edifique la convivencia pacífica.

- La violencia intrafamiliar implica el sometimiento de quien en la intimidad se encuentra más vulnerable a la agresión.
- La demanda parte de una imprecisión conceptual que es restringir los actos que configuran el delito de violencia familiar a aquellos que producen lesiones personales, pues los gritos, la intimidación constante mediante la amenaza de agresión o de suicidio, la utilización constante de expresiones encaminadas a minar la autoestima de cualquiera de los miembros del núcleo familiar, el sometimiento a ayunos, entre muchos otros actos, son formas de maltrato que quebrantan la armonía y unidad familiar, y por tanto también pueden ser objeto de las sanciones que determine el legislador, cuando aparece demostrada la antijuridicidad material de esas conductas, es decir, cuando con ellas se afecta rompe la unidad y armonía familiar.
- Como lo indicó la Corte al revisar el artículo 22 de la Ley 294 de 1996 en la sentencia C-285 de 1997, la lesividad del hecho constitutivo de maltrato es mayor pues la víctima menor o mayor de edad, está unida al agresor por un vínculo de consanguinidad, jurídico o por razones de convivencia, el cual supone el establecimiento de relaciones basadas en el afecto, la comprensión, el respeto, la solidaridad y el mutuo cuidado; circunstancias éstas que no tienen incidencia en tratándose del punible de lesiones personales, el cual tiene como referente para la fijación de la pena la incapacidad para trabajar o la enfermedad o daño a la salud que cause la agresión, ya sea perturbación funcional o psíquica, o la pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro.

Expresó la Corte en este sentido que “Tampoco puede considerarse menos reprochable el acto, pues los vínculos de familia, antes que ser considerados como razones que disminuyan la punibilidad del hecho, lo agravan, dado que el deber de solidaridad que liga a los miembros de una familia, implica una obligación mayor de respeto a los derechos de sus integrantes.”

No se puede hacer un reproche a la proporcionalidad del quantum punitivo del delito de violencia intrafamiliar agravado (que puede fijarse entre 6 a 14 años de prisión) con abstracción de la conducta que constituye el tipo penal, en cuanto es diversa la valoración y así sería la tasación, si se trata de un acto de violencia física, psicológica o moral que se ejerce sobre un menor, una mujer, una persona mayor de sesenta y cinco (65) años o que

se encuentre en incapacidad o disminución física, sensorial y psicológica o quien se encuentre en estado de indefensión), y las circunstancias de mayor entidad que agravan el tipo, porque todas estas personas pertenecen a categorías de grupos vulnerables, frente a quienes el estado tiene un deber mayor de protección.

Los límites punitivos con fundamento en los cuales el ciudadano demanda el artículo 229 del Código Penal constituyen en realidad el marco para que el juez individualice la pena, aplicando los criterios fijados en la ley penal[66], entre los cuales está la valoración de la lesividad de la conducta.

La fijación de penas superiores a las consagradas para las distintas descripciones del delito de lesiones personales no viola el principio de igualdad.

En relación con el cargo por desconocimiento del principio de igualdad, el cual se basa en la referencia recurrente del ciudadano al delito de lesiones personales como parámetro para establecer la proporcionalidad de la pena fijada para el punible de violencia intrafamiliar, es preciso señalar, a partir de lo anteriormente indicado, que actos de maltrato físico o psicológico implican además de las lesiones personales, la afectación y destrucción de la unidad familiar, por manera que no es válido establecer como parámetro de comparación la agresión constitutiva del delito de lesiones personales y el acto de violencia que constituye el maltrato físico o psicológico.

Aún en los casos en que los actos de violencia intrafamiliar ocasionen, entre otros efectos, daños en el cuerpo o en la salud, no existe identidad entre el comportamiento que configura violencia familiar y las lesiones personales pues la condición del sujeto activo del punible – con quien la víctima tiene una relación derivada de la pertenencia al mismo núcleo familiar- es una circunstancia que permite diferenciar los dos delitos y que justifica el establecimiento de consecuencias punitivas diversas por parte del legislador, en cuanto genera una mayor lesividad de la conducta.

No hay violación del principio de igualdad cuando se trata de conductas que no son equiparables, como se advierte en el siguiente esquema comparativo:

Lesiones personales

Bien jurídico tutelado: integridad personal

Bien jurídico tutelado: la familia, elemento fundamental de la sociedad.

Sujeto activo: No calificado, cualquier persona

Sujeto activo: calificado, debe ser un miembro del núcleo familiar o quien, no siendo miembro del núcleo familiar, sea encargado del cuidado de uno o varios miembros de una familia en su domicilio o residencia

Verbo rector: causar daño en el cuerpo o en la salud

Verbo rector: maltratar física o psicológicamente, lo cual incluye agresiones verbales, actos de intimidación o degradación, y todo trato que menoscabe la dignidad humana de la víctima.

Sujeto pasivo: cualquier persona

Sujeto pasivo: calificado, debe ser un miembro del núcleo familiar o estar bajo el cuidado del agresor

Al margen de lo señalado, un análisis relacional no puede hacerse entre la pena para el punible de violencia intrafamiliar y las fijadas para el delito de lesiones personales, pues además de referirse a conductas diversas, ello supone que las lesiones personales causadas por un tercero son más graves que los actos de violencia que constituyen maltrato físico o psicológico a un miembro del mismo núcleo familiar, cuando, como se indicó, las relaciones de convivencia crean lazos entre los miembros de la familia que incrementan la lesividad de cualquier acto de maltrato que se realice entre éstos, pues no sólo se lesiona la integridad de la víctima, sino además, la unidad y armonía familiar.

En este punto, es preciso recordar que la penalización de la violencia familiar sólo tiene lugar cuando existe una real afectación del bien jurídico que protege la norma – la familia – pues si ello no es así, el marco normativo para la adecuación típica será el que define los diferentes tipos penales que, a partir de las consecuencias para el cuerpo o la salud, definen

las lesiones personales[67].

En conclusión, considera la Sala que la medida adoptada por el legislador mediante el incremento de las penas fijadas para el delito de violencia intrafamiliar descrito en el artículo 229 del Código penal no desatiende los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, ni desconoce el principio de igualdad.

En conclusión, la mayor punibilidad de la conducta constitutiva de lesiones personales cuando se causa a quien hace parte del mismo grupo familiar se justifica por el deber de protección especial a la familia como elemento fundamental de la sociedad, pues independientemente del modelo de familia de que se trate, es necesario brindarle los elementos necesarios para que exista un nivel adecuado de vida que asegure la salud y el bienestar, y garantizar que las relaciones entre sus integrantes se fundamenten en el respeto mutuo, como lo señala el artículo 42 de la Constitución. Además, el mayor reproche penal a los actos violentos cuando tienen lugar en el ámbito doméstico es desarrollo del mandato constitucional, contenido en la misma disposición, de sancionar cualquier forma de violencia en la familia en cuanto destruye su unidad y armonía.

Principio de legalidad

En relación con el principio de tipicidad, es preciso señalar que la descripción típica del delito de violencia familiar, como quedó expresado al analizar este punible no merece reproche constitucional por cuanto el artículo 229 de la ley 599, define con toda claridad tanto los sujetos activo como pasivo de la conducta, como el verbo rector mediante el cual se realiza el tipo (maltratar física o psicológicamente).

Así mismo, el alcance de este verbo está determinado por la denominación del delito, de una parte, y que involucra necesariamente un acto de violencia física o psicológica, pero además, respecto de sujetos pasivos calificados, como los niños y las mujeres se atenderá a las diversas formas de maltrato que con base en las normas legales especiales puedan catalogarse dentro de los conceptos de maltrato físico y psicológico. En este orden, no es posible afirmar que maltratar es un concepto jurídico indeterminado, para con base en ello, deducir que el tipo penal de violencia intrafamiliar debe ser excluido del ordenamiento penal. En este sentido, cabe advertir que desde su consagración inicial en la Ley 294 de 1996 hasta el actual tipo penal conserva la misma fórmula de descripción típica de este

punible.

Otro cuestionamiento que plantea el ciudadano se refiere al desconocimiento del principio de legalidad en sentido estricto porque el inciso 1° del artículo 229 del código penal, establece que las sanciones contempladas allí se impondrán, “siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor”, pues estima que esta frase crea ambigüedad y genera incertidumbre respecto de la pena aplicable.

Para la Sala la descripción típica y de la consecuencia punitiva del delito de violencia familiar no desconoce el principio de taxatividad, pues en él se define con claridad quién puede ser el sujeto activo (un miembro del núcleo familiar), cuál es el verbo rector o la acción con la cual se realiza el tipo (maltratar física o psicológicamente), y la sanción penal derivada de la comisión del punible (prisión de cuatro (4) a ocho (8) años). La expresión censurada “siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor”, ha sido utilizada por el legislador, en éste como en otros muchos eventos[68], para marcar el carácter subsidiario del delito, aspecto relevante a efectos de definir, en casos concretos, la inexistencia de un concurso de delitos[69], pero que en manera alguna genera la ambigüedad que le atribuye el ciudadano demandante.

Síntesis de la Decisión

La Sala considera que existe un deber especial de protección a la familia y, dentro de ella, a quienes por alguna condición son más vulnerables y requieren de medidas de protección reforzada. Señaló que la unidad y armonía familiar deben ser salvaguardados, entre otras medidas, a través del ejercicio del poder sancionatorio del Estado conforme al artículo 42 de la Constitución, por lo cual el Estado está obligado a consagrar una normativa que permita investigar y sancionar cualquier tipo de violencia al interior de la familia. Para tal efecto el legislador tiene la potestad de tipificar como delito las diversas formas de violencia que vulneran la unidad y armonía familiar e incrementar como medida de política criminal los límites punitivos fijados para el delito de violencia familiar descrito en el artículo 229 del Código Penal, modificado por el artículo 33 de la Ley 1142 de 2007.

Sobre el principio de legalidad la Sala señala que para determinar en cada caso concreto, si se configura o no el verbo rector del tipo penal, es decir, el maltrato físico o psicológico, debe atenderse a lo dispuesto en los artículos 18 de la Ley 1098 de 2006, relativo al

maltrato infantil, y los artículos 2 y 3 de la Ley 1257 de 2008, sobre violencia física y psicológica. Y señaló que, como lo ha indicado la Corte en sentencia C- 674 de 2005, por violencia intrafamiliar puede entenderse todo daño o maltrato físico, psíquico, trato cruel, intimidatorio o degradante, amenaza, agravio, ofensa o cualquier otra forma de agresión contra el natural modo de proceder, con ímpetu e intensidad extraordinarias, producida entre las personas que de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica, aunque no convivan bajo el mismo techo. Conducta que para ser penalizada conforme al artículo demandado, requiere que la violencia sea cual fuere el mecanismo para infligirla, sea antijurídica porque trae como consecuencia la afectación y desestabilización de la unidad y armonía familiar.

Igualmente considera la Sala que la expresión “siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor” del artículo 229 del Código Penal respeta el principio de taxatividad penal, porque no genera ambigüedad sobre ninguno de los elementos del tipo penal de violencia intrafamiliar, en particular, no hace indeterminada o lleva a la confusión sobre la consecuencia punitiva, pues constituye en realidad un criterio al cual deben acudir los funcionarios judiciales al momento de realizar el proceso de adecuación típica de la conducta sometida a investigación y juicio en cada caso concreto.

Para la Sala que esta elevación de los límites punitivos no contradice los principios de proporcionalidad y razonabilidad porque es un mecanismo adecuado para prevenir y reprimir los actos de maltrato en la familia que, atendiendo a su incremento y reiteración, han sido considerados por el legislador como una situación que afecta ostensiblemente la convivencia pacífica. Además, las penas fijadas para el delito de lesiones personales en sus distintas modalidades no constituyen un parámetro de comparación para determinar la proporcionalidad de la pena fijada para el delito de violencia intrafamiliar que busca proteger a la familia, como bien jurídico distinto a la integridad personal y elemento fundamental de la sociedad, e incluye dentro de las conductas constitutivas de la infracción muchos otros comportamientos diferentes a causar daño en el cuerpo o en la salud.

Indica la Sala que aún en los casos en que los actos de violencia intrafamiliar ocasionen, entre otros efectos, daños en el cuerpo o en la salud, no existe identidad entre el comportamiento que configura violencia familiar y las lesiones personales pues la condición del sujeto activo del punible – con quien la víctima tiene una relación derivada de la

pertenencia al mismo núcleo familiar- es una circunstancia que permite diferenciar los dos delitos y que justifica el establecimiento de consecuencias punitivas diversas por parte del legislador. En este orden, no hay violación del principio de igualdad cuando se trata de conductas que no son equiparables.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- Declarar EXEQUIBLE el artículo 229 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 33 de la Ley 1142 de 2007, en relación con los cargos examinados en esta sentencia.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Presidente

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

Con salvamento de voto

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

Ausente en comisión

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

Con salvamento de voto

Magistrado

Con aclaración de voto

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

FRENTE A LA SENTENCIA C-368/14

CON PONENCIA DEL MAGISTRADO ALBERTO ROJAS RÍOS, QUE DECLARA LA CONSTITUCIONALIDAD DE ALGUNAS EXPRESIONES DEL ARTÍCULO 229 DE LA LEY 599 DE 2000.

TIPO PENAL DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR-Norma demandada no vulnera el principio de

igualdad (Aclaración de voto)

Referencia: Expediente D – 9960

Problema jurídico planteado en la sentencia: ¿Si el tipo penal de violencia familiar contemplado en el artículo 229 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 33 de la Ley 1142 de 2007, viola el derecho a la igualdad y el principio de legalidad?

Motivo de la Aclaración: precisar algunos motivos específicos por los cuales la norma demandada no vulnera el principio de igualdad.

Aclaro el voto en la Sentencia C- 368 de 2014 con el objeto de precisar algunos conceptos en relación con la no vulneración del principio de legalidad por la norma demandada.

1. ANTECEDENTES DE LA SENTENCIA C- 368 DE 2014

Acción de constitucionalidad contra el artículo 229 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 33 de la Ley 1142 de 2007. El demandante considera que la norma acusada debe ser declarada inexecutable, por vulnerar el preámbulo y los artículos 13 y 29 de la Constitución Política, pues el tipo penal establece sanciones sin atender a la gravedad de las lesiones causadas a la víctima. Igualmente, considera que la expresión “siempre que la conducta no constituya un delito sancionado por pena mayor” desconoce el principio de taxatividad penal, porque genera incertidumbre sobre las conductas constitutivas de maltrato que podrían sancionarse con penas mayores y, cuales por el delito de violencia intrafamiliar.

La Sentencia C- 368 de 2014 declara executable el artículo 229 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 33 de la Ley 1142 de 2007, en relación con los cargos examinados en esta sentencia al considerar que no vulnera el derecho a la igualdad ni el principio de legalidad. La Corte indicó que aún en los casos en que los actos de violencia intrafamiliar ocasionen entre otros efectos, daños en el cuerpo o en la salud, no existe identidad entre el comportamiento que configura violencia familiar y las lesiones personales pues la condición del sujeto activo del punible – con quien la víctima tiene una relación derivada de la pertenencia al mismo núcleo familiar- es una circunstancia que permite diferenciar los dos delitos y que justifica el establecimiento de consecuencias punitivas

diversas por parte del legislador. En este orden, no hay violación del principio de igualdad cuando se trata de conductas que no son equiparables.

2. FUNDAMENTO DE LA ACLARACIÓN

Comparto la decisión de la sentencia, pues efectivamente la tipificación del delito de violencia intrafamiliar y la determinación de la pena aplicable se encuentran dentro del marco de libertad de configuración del legislador.

En todo caso, en el acápite sobre el principio de legalidad se señalan aspectos que realmente hacen referencia a la libertad de configuración del legislador en materia penal por lo cual dentro de la discusión se sugirió cambiar el título y ampliar la línea jurisprudencial sobre el principio de legalidad.

El principio de legalidad[70], implica que cuando haya lugar a una limitación, los requisitos deberán ser fijados por la ley, ya que al ser una libertad personal, la Constitución establece una estricta reserva legal[71]:

“La reserva legal, como expresión de la soberanía popular y del principio democrático (Arts. 1º y 3º C. Pol.), en virtud de la cual la definición de las conductas punibles y sus sanciones, que constituyen una limitación extraordinaria a la libertad individual, por razones de interés general, está atribuida al Congreso de la República como órgano genuino de representación popular, lo cual asegura que dicha definición sea el resultado de un debate amplio y democrático y que se materialice a través de disposiciones generales y abstractas, impidiendo así la posibilidad de prohibiciones y castigos particulares o circunstanciales y garantizando un trato igual para todas las personas”[72].

El principio de legalidad está compuesto a su vez por una serie de garantías dentro de las cuales se encuentran: la taxatividad[73] y la prohibición de la aplicación de normas penales retroactivamente (salvo sean más favorables para el reo)[74]. En este marco cobra particular importancia el principio de taxatividad, según la cual, las conductas punibles deben ser no sólo previamente sino taxativa e inequívocamente definidas por la ley[75]. En este sentido:

“En virtud de los principios de legalidad y tipicidad el legislador se encuentra obligado a

establecer claramente en qué circunstancias una conducta resulta punible y ello con el fin de que los destinatarios de la norma sepan a ciencia cierta cuándo responden por las conductas prohibidas por la ley. No puede dejarse al juez, en virtud de la imprecisión o vaguedad del texto respectivo, la posibilidad de remplazar la expresión del legislador, pues ello pondría en tela de juicio el principio de separación de las ramas del poder público, postulado esencial del Estado de Derecho”[76].

En este sentido, los 3 cuestionamientos señalados por el accionante no vulneran el principio de legalidad:

Frente a la expresión del artículo 229 del Código Penal “siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor”, la misma no hace parte de la tipicidad penal, sino que constituye una cláusula de subsidiariedad que impide la existencia de concursos entre este tipo penal y otros que puedan implicar un maltrato como las lesiones personales o el homicidio.

De esta manera, esta cláusula lejos de vulnerar el principio de legalidad lo que hace es impedir que se afecte el principio constitucional de non bis in idem, en virtud del cual una persona no pueda ser sancionada dos (2) veces por la misma conducta[77].

Tampoco se afecta el principio de legalidad con la expresión maltratos físicos y psicológicos, cuyo concepto ha sido señalado en múltiples ocasiones por esta Corporación:

“Se trata de proteger a una persona que ha sido puesta por el ejercicio de la fuerza reiterada y habitual, dentro de su hogar de residencia y en el ámbito familiar, en condiciones de indefensión respecto de quien se interpuso la acción, como quiera que se trata de un conjunto de relaciones de carácter familiar doméstico en el que el marido colocándose en situación de superioridad física abusa de su presencia en el hogar, desplegando su fuerza habitual para maltratar físicamente a su cónyuge, poniendo en peligro la vida e integridad física y personal de la agredida; el concepto de indefensión a que hace referencia la norma que se cita, está constituida precisamente por la falta de defensa física o por la carencia de medios físicos para repeler la ofensa contra la vida producida por una persona natural a la que se le debe respeto, afecto y consideración”[78]

Así mismo, en lo que se refiere específicamente al tipo penal, la Corte Constitucional también ha desarrollado el concepto de violencia intrafamiliar:

“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”[79].

Finalmente, no es cierto el cuestionamiento del actor según el cual los funcionarios judiciales acusan y condenan por el delito de violencia intrafamiliar ante las lesiones personales causadas a miembros del grupo familiar, cuando el delito de violencia intrafamiliar se concibió para conductas que no impliquen atentados contra la vida e integridad personal.

En este sentido, precisamente en virtud de la cláusula de subsidiariedad consagrada en la expresión del artículo 229 del Código Penal “siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor”, es que si se presentan lesiones personales sean éstas las que se imputen porque constituyen un delito más grave.

Fecha ut supra,

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

[1] El artículo 33 de la Ley 1142 de 2007, que modificó el artículo 229 del código Penal, fue publicado en el Diario Oficial N°46.673 del 28 de julio de 2007.

[2] Cfr. sentencia T- 586 de 1999.

[3] Sentencia T-237 de 2004. En el mismo sentido en la sentencia T-887 de 2009, la Corporación recordó que “La protección estatal de la familia debe ser integral. De este modo, las autoridades públicas “deben abstenerse de adoptar medidas administrativas o judiciales que, en la práctica, impliquen violar la unidad familiar, so pretexto, por ejemplo, de amparar los derechos fundamentales de alguno de sus integrantes”.

[4] Adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966, y en el derecho interno mediante la Ley 74 de 1968.

[5] Incorporada al derecho interno mediante la Ley 12 de 1991 y ratificada por Colombia el 28 de enero de 1991.

[6] Dijo allí la Corte Constitucional “El legislador, dentro de su libertad de configuración, ha decidido estructurar 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 la formación sexuales, o la autonomía personal, y de acuerdo con su tenor literal, las medidas previstas en las normas acusadas se desenvuelven en el ámbito de la protección integral a la familia, por cuanto 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, situación que también se presenta en el ámbito de las parejas homosexuales, da lugar a un déficit de protección porque ignora una realidad que, para los supuestos previstos por el legislador, puede aspirar a un nivel equivalente de protección al que se brinda a los integrantes de la familia”

[7] Sentencia T-278 de 1994, y en el mismo sentido la Sentencia T-523 de 1992

[8] Sentencia T-199 de 1996

[9] Cfr. Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia, supra nota 261, párr. 142; Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 115, y Caso Perozo y otros Vs. Venezuela, supra nota 22, párr. 298.

[10] Cfr. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, supra nota 248, párr. 344.

[11] Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Fondo, supra nota 257, para. 176, y Caso

Kawas Fernández Vs. Honduras, supra nota 190, párr. 76.

[12] , Aprobada por la Ley 762 de 2002, declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-401 de 2003, instrumento ratificado el 11 de febrero de 2004 y que entró en vigor a partir del 11 de marzo de 2004.

[13] Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 e incorporada al derecho interno mediante Ley 1346 de 2009, declarada exequible mediante sentencia C-293 de 2010.

[14]http://www.portalfio.org/inicio/repositorio/informes-fio/informe_personas_discapacidad.pdf pág. 204. La Federación Iberoamericana de Ombudsmen (FIO) es la agrupación constituida en 1995, que reúne a Defensores del Pueblo, Procuradores, Proveedores, Razonadores, Comisionados y Presidentes de Comisiones Públicas de Derechos Humanos de los países iberoamericanos de los ámbitos nacional, estatal, regional, autonómico o provincial.

[15] sentencia T-510 de 2003, T-794 de septiembre 27 de 2007 y C-804 de 2009, entre otras.

[16] El mismo precepto superior fija dos de los parámetros que debe atender el legislador al definir los tipos penales: no puede sancionar con prisión o arresto por deudas y las penas y medidas de seguridad deben tener un término máximo de duración, esto es, no pueden ser imprescriptibles.

[17] Cfr. Sentencias C-121 y C-442 de 2011, C-241 y C-742 de 2012.

[18] Cfr. Sentencias C-038 de 1995, C-070 de 1996, C-442 de 2011 y C-742 de 2012.

[19] Cfr. Sentencia C-939 de 2002.

[20] Cfr. Sentencia C-241 de 2012.

[21] Cfr. Sentencias C-587 de 1992, C-442 de 2011 y C-241 de 2012.

[22] Cfr. Sentencias C-587 de 1992, C-125 de 1996, C-239 de 1997, C-404 de 1998, C-177 de 2001, C-442 de 2011 y C-241 de 2012.

[24] Cfr. Sentencia C-420 de 2002.

[25] Cfr. Sentencia C-996 de 2000.

[26] Cfr. Sentencias C-565 y C-591 de 1993, C-308 y C-428 de 1994, C-996, C-1339 y SU-1722 de 2000, C-177, C-710 y C-974 de 2001, C-312 y C-1064 de 2002, C-530 de 2003, C-431 de 2004, C-730 y C-1001 de 2005, C-040, C-117 y C-370 de 2006, C-1198 de 2008, C-801 de 2009, C-936 de 2010, C-442 de 2011, C-241 y C-742 de 2012.

[27] Cfr. Sentencias C-179 y C-239 de 1997, C-616 de 2002, C-928 de 2005 y C-077 de 2006.

[28] Cfr. Sentencias C-239 de 1997, C-616 de 2002, C-928 de 2005 y C-015 de 2014.

[29] Cfr. Sentencia C-239 de 1997.

[30] Cfr. Sentencias C-070 y C-125 de 1996.

[31] Sobre esta forma de control social, en la sentencia C-355 de 2013, dijo la Corte: “Cuando las sanciones formales se aplican por el Estado corresponden al llamado *Ius Puniendi*, que se utiliza para perseguir y sancionar aquellas conductas que atentan contra bienes jurídicos estimados valiosos o causan daño a los derechos de los asociados[31]. El Estado, como titular del *Ius Puniendi*, es el llamado a fijar los lineamientos de la política criminal que han de aplicarse para posibilitar la convivencia pacífica en sociedad y para asegurar la defensa de los valores, derechos y garantías ciudadanas, tomando como referente válido las circunstancias históricas del momento y las diversas situaciones de orden coyuntural que se generan al interior de la comunidad, atribuibles a una dinámica social, política, económica e incluso cultural de permanente cambio y evolución[31].

“El ejercicio del *Ius Puniendi* supone una adecuación de la potestad del legislador con los principios, valores y derechos consagrados en la Constitución, de tal manera que se garanticen efectivamente los derechos fundamentales dentro de un marco de respeto de la dignidad humana y la libertad[31]. En este sentido, esta Corporación ha entendido que el ejercicio del *Ius Puniendi* está sometido a los principios de estricta legalidad, presunción de inocencia, proporcionalidad, razonabilidad, igualdad y responsabilidad por el acto en tanto que límites materiales a la ejecución de esta competencia estatal[31]...El control social

penal es solamente un subsistema en el sistema global del control social que se caracteriza por sus fines (prevención o represión del delito) y por los medios de que se sirve (penas y medidas de seguridad)[31].”

[32] Sentencia C-1404 de 2000, M. P. Carlos Gaviria Díaz y Alvaro Tafur Gálvis.

[33] Sentencia C-226 de 2002.

[34] Sentencia C-261 de 1996

[35] Cfr. Sentencia C-365 de 2012

[36] En sentencia C- 468 de 2009, dijo la Corte: “La jurisprudencia ha venido sosteniendo frente a los límites a los que se encuentra sometido el legislador en el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, que éstos son de dos órdenes: explícitos e implícitos. En cuanto hace a los límites explícitos, por expresa disposición constitucional, al legislador le está prohibido establecer las penas de muerte, destierro, prisión perpetua o confiscación, así como también someter a cualquier persona a torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Tratándose de los límites implícitos, en el ejercicio de la facultad para tipificar delitos y fijar penas, el legislador debe propender por la realización de los fines esenciales del Estado, de manera que, en desarrollo de tal atribución, debe garantizar y respetar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y asegurar la vigencia de un orden justo.”

[37] Cfr. Sentencia C-083 de 2013, en la cual se indica que el proceso de despenalización es admisible “cuando con ello no comprometa la integridad de los valores, principios y derechos establecidos por la Constitución.”

[38] “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.”

[39] En la sentencia C-205 de 2003, la Corte señaló que “Si bien es cierto que el legislador goza de un margen de configuración normativa al momento de definir qué comportamiento social reviste tal grado de lesividad para determinado bien jurídico que merezca ser erigido en tipo penal, decisión política adoptada con fundamento en el principio democrático y que

refleja los valores que rigen a una sociedad en un momento histórico determinado, este margen de discrecionalidad no es ilimitado, por cuanto el bloque de constitucionalidad constituye el límite axiológico al ejercicio del mismo, razón por la cual la definición de tipos penales y de los procedimientos penales debe respetar en un todo el ordenamiento superior en cuanto a los derechos y la dignidad de las personas, tal y como en numerosas ocasiones y de tiempo atrás lo viene señalando esta Corporación en su jurisprudencia.”.

[40] “2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.”

[41] “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.”

[42] “1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello. 2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.”

[43] Cfr. sentencia C-559 de 1999, MP Alejandro Martínez Caballero.

[44] Sentencia C-559 de 1999

[45] Sentencia C- 843 de 1999 y en el mismo sentido, C-820 de 2005. Y, recientemente, en la sentencia C-083 de 2013, esta Corte reiteró que: “En aplicación del principio de estricta legalidad, esta Corporación ha sostenido (i) que la creación de tipos penales es una competencia exclusiva del legislador (reserva de ley en sentido material)[45] y que (ii) es obligatorio respetar el principio de tipicidad: “nullum crimen, nulla poena, sine lege previa,

scripta et certa”.[45] De manera que el legislador está obligado no sólo a definir la conducta punible de manera clara, precisa e inequívoca,[45] sino que además debe respetar el principio de irretroactividad de las leyes penales (salvo favorabilidad)..

[46] Sentencia C-475 de 2004 “El principio de legalidad de las sanciones exige: (i) que el señalamiento de la sanción sea hecho directamente por el legislador; (ii) que este señalamiento sea previo al momento de comisión del ilícito y también al acto que determina la imposición de la sanción; (iii) que la sanción se determine no sólo previamente, sino también plenamente, es decir que sea determinada y no determinable. Obviamente, esto no impide que el legislador diseñe mecanismos que permitan la gradación de la sanción, como el señalamiento de topes máximos o mínimos.”

[47] Cfr. Sentencias C-818 de 2010 y C-250 de 2012

[48] Artículo 66 del Decreto 100 de 1980. Agravación punitiva. Son circunstancias que agravan la pena, siempre que no hayan sido previstas de otra manera: ...2. Los deberes que las relaciones sociales o de parentesco impongan al delincuente respecto del ofendido o perjudicado o de la familia de éstos. 3. El tiempo, el lugar, los instrumentos o el modo de ejecución del hecho, cuando hayan dificultado la defensa del ofendido o perjudicado en su integridad personal o bienes, o demuestren una mayor insensibilidad moral en el delincuente....5. Abusar de las condiciones de inferioridad del ofendido”.

[49] En la sentencia T-133 de 2004, la Corte reseñó la protección excepcional dada por el juez constitucional en casos de violencia intrafamiliar antes de su regulación penal, así: “Antes de la Ley 294 de 1996, esta Corporación admitió que el maltrato físico o moral al interior de la familia comporta una situación de indefensión para las víctimas (Sentencias T-529-92 y T-487-94) y reconoció que en razón del maltrato pueden vulnerarse los derechos a la vida y a la integridad personal de aquellos miembros de la familia que son sometidos por la violencia física o moral (Sentencias T-529-92 y T-552-94). De allí que en esos supuestos, sin desconocer el alcance de instituciones propias del derecho de familia, penal o policivo, aceptó la procedencia del amparo constitucional para proteger los derechos fundamentales de las víctimas de esa modalidad de violencia.”

[50] Gaceta del Congreso No.164, septiembre 29 de 1994. Exposición de motivos del proyecto de ley que dio lugar a la Ley 294 de 1996.

[51] Artículo 23. Maltrato constitutivo de lesiones personales. El que mediante violencia física o síquica, trato cruel o intimidatorio o degradante, cause daño en el cuerpo o en la salud sicológica a un integrante de su grupo familiar, incurrirá en la pena privativa de la libertad prevista para el respectivo delito, aumentada de una tercera parte a la mitad.

Parágrafo. Para los efectos de este artículo, obligar o inducir al consumo de sustancias sicotrópicas a otra persona o consumirlas en presencia de menores, se considera trato degradante.

[52]La violencia familiar en sus distintas manifestaciones no está tipificada en nuestro Código Penal como delito, siendo un comportamiento que afecta la misma esencia jurídica de la organización familiar”. Gaceta del Congreso No. 164, septiembre 29 de 1994, Exposición de motivos del proyecto de ley.

[53] Artículo 1°. El artículo 229 de la Ley 599 de 2000 quedará así: Violencia Intrafamiliar. El que maltrate física o sicológicamente 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.

[54] Artículo 14. Las penas previstas en los tipos penales contenidos en la Parte Especial del Código Penal se aumentarán en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo. En todo caso, la aplicación de esta regla general de incremento deberá respetar el tope máximo de la pena privativa de la libertad para los tipos penales de acuerdo con lo establecido en el artículo 2° de la presente ley.

[55] Cfr. Sentencia T-133 de 2004

[56] Diario Oficial N°46.673 del 28 de julio de 2007.

[57] Gaceta del Congreso N|250 de 2006. Proyecto de ley 23 de 2006 Cámara.

[58]<http://www.medicinalegal.gov.co/images/stories/root/FORENSIS/2012/3%20violencia%20intrafamiliar%20forensis%202012.pdf> , forensis 2012, Instituto Nacional de Medicina legal y Ciencias forenses

[60] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N. 54/01, Caso 12.051, Maria da Penha Maia Fernandes, Brasil, 16 de abril de 2001.

[61] Disponible en: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs150/es/>

[62] http://www.who.int/ageing/projects/elder_abuse/alc_toronto_declaration_es.pdf?ua=1

[63] Sanción que se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes cuando la conducta recaiga sobre un menor, una mujer, una persona mayor de sesenta y cinco (65) años o que se encuentre en incapacidad o disminución física, sensorial y psicológica o quien se encuentre en estado de indefensión.

[64] En la sentencia C- 285 de 1997, dijo la Corte: Si bien el derecho penal constituye el mecanismo de control más gravoso para la libertad de las personas, es también la forma de tutela más eficaz de los bienes y derechos fundamentales de los individuos”.

[65]Cfr. Sentencia T-629 de 1995

[66] Artículo 61. Fundamentos para la individualización de la pena. Efectuado el procedimiento anterior, el sentenciador dividirá el ámbito punitivo de movilidad previsto en la ley en cuartos: uno mínimo, dos medios y uno máximo.

El sentenciador sólo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias de atenuación punitiva, dentro de los cuartos medios cuando concurren circunstancias de atenuación y de agravación punitiva, y dentro del cuarto máximo cuando únicamente concurren circunstancias de agravación punitiva.

Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la

necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.

Además de los fundamentos señalados en el inciso anterior, para efectos de la determinación de la pena, en la tentativa se tendrá en cuenta el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo y en la complicidad el mayor o menor grado de eficacia de la contribución o ayuda.

[67] LA INTEGRIDAD PERSONAL -CAPITULO III. -DE LAS LESIONES PERSONALES

ARTICULO 111. LESIONES. El que cause a otro daño en el cuerpo o en la salud, incurrirá en las sanciones establecidas en los artículos siguientes.

ARTICULO 112. INCAPACIDAD PARA TRABAJAR O ENFERMEDAD. <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> Si el daño consistiere en incapacidad para trabajar o en enfermedad que no pase de treinta (30) días, la pena será de prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses.

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

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

ARTICULO 113. DEFORMIDAD. <Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 1639 de 2013. El nuevo texto es el siguiente:> Si el daño consistiere en deformidad física transitoria, la pena será de prisión de dieciséis (16) a ciento ocho (108) meses y multa de veinte (20) a treinta y siete punto cinco (37.5) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

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

Si el daño consistiere en deformidad física causada usando cualquier tipo de ácidos; álcalis; sustancias similares o corrosivas que generen daño o destrucción al entrar en contacto con el tejido humano, incurrirá en pena de prisión de setenta y dos (72) a ciento veintiséis (126) meses y multa de treinta y cuatro punto sesenta y seis (34.66) a cincuenta y cuatro (54) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

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

ARTICULO 114. PERTURBACION FUNCIONAL. <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> Si el daño consistiere en perturbación funcional transitoria de un órgano o miembro, la pena será de prisión de treinta y dos (32) a ciento veintiséis (126) meses y multa de veinte (20) a treinta y siete punto cinco (37.5) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si fuere permanente, la pena será de cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión y multa de treinta y cuatro punto sesenta y seis (34.66) a cincuenta y cuatro (54) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

ARTICULO 115. PERTURBACION PSIQUICA. <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> Si el daño consistiere en perturbación psíquica transitoria, la pena será de prisión de treinta y dos (32) a ciento veintiséis (126) meses y multa de treinta y cuatro punto sesenta y seis (34.66) a sesenta (60) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si fuere permanente, la pena será de cuarenta y ocho (48) a ciento sesenta y dos (162) meses de prisión y multa de treinta y seis (36) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

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

ARTICULO 117. UNIDAD PUNITIVA. Si como consecuencia de la conducta se produjeren varios de los resultados previstos en los artículos anteriores, sólo se aplicará la pena

correspondiente al de mayor gravedad.

ARTICULO 118. PARTO O ABORTO PRETERINTENCIONAL. Si a causa de la lesión inferida a una mujer, sobreviniere parto prematuro que tenga consecuencias nocivas para la salud de la agredida o de la criatura, o sobreviniere el aborto, las penas imponibles según los artículos precedentes, se aumentarán de una tercera parte a la mitad.

ARTICULO 119. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA. <Artículo modificado por el artículo 200 de la Ley 1098 de 2006. Rige a partir del 8 de mayo de 2007. Ver Legislación anterior para texto vigente antes de esta fecha. El nuevo texto es el siguiente:> Cuando con las conductas descritas en los artículos anteriores, concorra alguna de las circunstancias señaladas en el artículo 104 las respectivas penas se aumentarán de una tercera parte a la mitad.

Cuando las conductas señaladas en los artículos anteriores se cometan en niños y niñas menores de catorce (14) años las respectivas penas se aumentaran <sic> en el doble.

[68] Así se observa en los siguientes artículos de la ley 599 de 2000: Artículo 145. Actos de barbarie. Artículo 153. Obstaculización de tareas sanitarias y humanitarias. , Artículo 154. Destrucción y apropiación de bienes protegidos., Artículo 184. Constreñimiento para delinquir., Artículo 192. Violación ilícita de comunicaciones., Artículo 194. Divulgación y empleo de documentos reservados, entre muchas otras descripciones típicas.

[69] Artículo 31 de la Ley 599 de 2000

[70] Sentencia de la Corte Constitucional: C - 730 de 2005, MP: Dr. Álvaro Tafur Galvis. En el mismo sentido: T-079 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-565 de 1993, M.P. Hernando Herrera Vergara; C-591 de 1993 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-139 de 1994, M.P. Antonio Barrera Carbonell; C-308 de 1994, M.P. Antonio Barrera Carbonell; C-428 de 1994, M.P. Antonio Barrera Carbonell; T-146 de 1995, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa; T-155 de 1995, M.P. Fabio Morón Díaz; C-1339 de 2000, M.P. Antonio Barrera Carbonell; SU.1722 de 2000 MP(e):Dr. Jairo Charry Rivas; C-710 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-974 de 2001, M.P. Alvaro Tafur Galvis; C-312 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-433 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-1064 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; C-530 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-499 de 2003, M.P. Alvaro Tafur Galvis; C-431

de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-1001 de 2005, M.P. Alvaro Tafur Galvis; T-284 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-649 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-072 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-433 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-864 de 2004, M.P. Jaime Araújo Rentería; C-897 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-391 de 2007 M.P. Manuel Jose Cepeda Espinosa; C-117 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-040 de 2006, M.P. Jaime Araújo Rentería; T-171 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-370 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Alvaro Tafur Galvis; T-1249 de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-1198 de 2008, M.P. Nilson Pinilla Pinilla; C-801 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-200 de 2010 M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto; C-936 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; C-442 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[71] Sentencias de la Corte Constitucional: C-872 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C - 730 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis. En igual sentido: C-1173 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-334 de 2007, M.P. Nilson Pinilla Pinilla; C-491 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-186 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[72] Sentencia de la Corte Constitucional C-238 de 2005, M.P. Jaime Araujo Renteria.

[73] Sentencias de la Corte Constitucional: C-843 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-1144 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-198 de 2002, M.P. Clara Ines Vargas Hernández; C - 925 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. En el mismo sentido: C-1080 de 2002, M.P. Alvaro Tafur Galvis; C-238 de 2005, M.P. Jaime Araujo Renteria; C-820 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-996 de 2000, M.P. Antonio Barrera Carbonell; C-1260 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-676 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[74] Sentencia de la Corte Constitucional C - 925 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. En igual sentido: C-371 de 2011, M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.

[75] Sentencias de la Corte Constitucional: C-996 de 2000, M.P. Antonio Barrera Carbonell; C-1144 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-198 de 2002, M.P. Clara Ines Vargas Hernández; C-1080 de 2002, M.P. Alvaro Tafur Galvis; C - 925 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. En el mismo sentido: T-676 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández;

C-843 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-238 de 2005, M.P. Jaime Araujo Rentería; C-820 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-1260 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[76]Sentencia de la Corte Constitucional C-173 de 2001, M.P. Alvaro Tafur Galvis.

[77]Sentencias de la Corte Constitucional C-047 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil y C-229 de 2008, M.P. Jaime Araujo Rentería.

[78]Sentencia de la Corte Constitucional T-436 de 1995, M.P. Fabio Morón Díaz.

[79] Sentencia de la Corte Constitucional C- 674 del 30 de junio de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.