

VIOLENCIA INTRAFAMILIAR-Definición

CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO-Obligaciones de los Estados

CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER-Obligaciones de los Estados

VIOLENCIA INTRAFAMILIAR-Medidas específicas encaminadas a prevenirla, combatirla y a atender a las víctimas

Para enfrentar el fenómeno de la violencia intrafamiliar los distintos Estados han adoptado en sus legislaciones medidas específicas encaminadas a prevenirla, combatirla, y a atender a las víctimas. Cabe señalar que esas medidas, en el ámbito jurídico, podrían clasificarse entre las penales, por un lado, y las de otra naturaleza, por otro, y que, en general, la legislación específica en materia de violencia intrafamiliar, se orienta a la regulación de las medidas no penales de protección, tales como, asistencia, asesoramiento y protección a las víctimas, así como medidas preventivas frente a los agresores, todo sin perjuicio de las medidas ordinarias de carácter penal que resulten aplicables.

VIOLENCIA INTRAFAMILIAR-Régimen legal

VIOLENCIA INTRAFAMILIAR-Distinción entre maltrato y lesiones

VIOLENCIA INTRAFAMILIAR-Mecanismos para enfrentarla

En Colombia, para enfrentar la violencia intrafamiliar se cuenta con diversos mecanismos: En primer lugar, los tipos penales que protegen la vida y la integridad personal, la libertad individual y otra garantías, así como los que protegen la libertad la integridad y la formación sexuales, tienen plena aplicación en el ámbito familiar, e incluso, la calidad de la víctima como parte del núcleo familiar del agresor puede constituir una causal de agravación punitiva. En segundo lugar, las manifestaciones de violencia entre los miembros de la familia que no tengan prevista en el ordenamiento penal una sanción mayor, se reprimen a través del tipo específico de violencia intrafamiliar, como modalidades de maltrato físico o

sicológico. Finalmente, en tercer lugar, frente a todas las expresiones de violencia y de maltrato, tanto las que quepan en los mencionados tipos penales, como las que queden excluidas de ellos, se han previsto medidas de prevención, asesoramiento, asistencia y protección para las víctimas.

DELITOS DE RESULTADO Y DELITOS DE MERA CONDUCTA-Diferencias

VIOLENCIA INTRAFAMILIAR-Exclusión del maltrato sexual como elemento del tipo penal/LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL-Exclusión del maltrato sexual como elemento del tipo penal de violencia intrafamiliar

Si bien la disposición demandada excluyó la referencia al maltrato sexual como modalidad específica del tipo penal de la violencia intrafamiliar, en aquellos casos en los que una conducta de agresión sexual no pueda subsumirse en tipos delictivos que tengan prevista una pena mayor, la ilicitud de la misma se derivaría de su carácter violento, y, por consiguiente, ella se encuadraría, de manera necesaria, en los conceptos de maltrato físico o psicológico. De esta manera, la exclusión de la expresión “sexual” como modalidad del maltrato dentro del tipo de la violencia intrafamiliar, sólo dejaría por fuera del tipo conductas no violentas, las cuales serían enfrentadas a través de los instrumentos no penales que el ordenamiento ha previsto para el efecto. Así, la diferente naturaleza de las conductas y de los bienes jurídicos presentes en el maltrato físico y psíquico, por un lado, y el maltrato sexual, por otro, explica la diferencia de régimen jurídico. Las modalidades de maltrato que pueden presentarse en el seno de la familia remiten a problemas distintos, para los cuales el legislador ha previsto soluciones también distintas, sin que pueda señalarse que, por imperativo constitucional, el tratamiento que debe darse a las distintas modalidades de violencia sea idéntico. Cae dentro del ámbito de configuración legislativa el desarrollo de la mejor respuesta para enfrentar las situaciones marginales de maltrato sexual, que no quepan dentro de los tipos penales de violación y de actos sexuales abusivos y que tampoco pueden encuadrarse como maltrato físico o psicológico, sin que, en principio, pueda decirse que por imperativo constitucional, tales conductas deban ser objeto de sanción penal.

VIOLENCIA INTRAFAMILIAR-Tipo penal subsidiario

El tipo de la violencia intrafamiliar es un tipo penal subsidiario, que remite a los tipos generales de delitos contra la vida, la integridad personal, la autonomía personal y la

libertad, integridad y formación sexuales, y, por otro, porque las conductas de maltrato sexual que no quepan en esos tipos, en cuanto tengan connotaciones violentas, comportan también una afectación física o sicológica, sancionable dentro del tipo específico de la violencia intrafamiliar.

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL-Alcance

OMISION LEGISLATIVA-Despenalización del maltrato sexual en el ámbito familiar

Para llegar a la conclusión de que el legislador habría incurrido en una omisión legislativa al despenalizar determinadas manifestaciones residuales y sutiles de maltrato sexual en el ámbito familiar, sería necesario mostrar que la criminalización de esas conductas obedece a un imperativo constitucional, y que los bienes jurídicos que están en juego, como consecuencia de la medida legislativa, habrían quedado desprovistos de toda protección. Sin embargo, se tiene que la exclusión de esas conductas del ámbito penal no comporta omisión del deber de brindar especial protección a la mujer, a la familia, a los niños y niñas, al adolescente, a las personas de la tercera edad y a los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos. Porque, el ordenamiento penal protege a todas las personas, por su mera condición de tales, contra las conductas que resulten lesivas de su libertad, integridad y formación sexuales. Adicionalmente, la ley penal protege la unidad familiar, al establecer, por un lado, causales de agravación punitiva en los tipos de delitos sexuales, en las que cabe el hecho de que la víctima haga parte del núcleo familiar del agresor, y al configurar, por otro, como modalidad delictiva autónoma, la violencia intrafamiliar. El mandato de protección contenido en la Constitución y en los instrumentos internacionales vinculantes para Colombia, no comporta necesariamente una respuesta de tipo penal, y, en adición a las medidas de protección penal que se han enunciado, existen en el ordenamiento jurídico colombiano otros medios de protección, no penales, para atender todo tipo de maltrato sexual, incluso el que pueda quedar por fuera de las categorías que son objeto de reproche penal.

MALTRATO INTRAFAMILIAR DE NATURALEZA SEXUAL-Niveles de protección para enfrentarlo

Para enfrentar el maltrato intrafamiliar de naturaleza sexual, tal como se ha puesto de presente, el ordenamiento jurídico ha previsto tres niveles de protección, al, (i) penalizar de manera general la violación y los actos sexuales abusivos, (ii) penalizar de manera autónoma

y subsidiaria la violencia sexual intrafamiliar que se manifieste como maltrato físico o psíquico, y (iii) establecer herramientas no penales de protección para prevenir expresiones menores y marginales de maltrato sexual que no puedan encuadrarse en los anteriores niveles, y brindar la asistencia, asesoría y apoyo a las víctimas.

ACCION PUBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD-No es la vía para la corrección de errores legislativos que no constituyan por si mismos vicios de inconstitucionalidad

Referencia: expediente D-5529

Demandada de inconstitucionalidad contra el artículo 1 (parcial) de la ley 882 de 2004 “Por medio de la cual se modifica el artículo 229 de la Ley 599 de 2000”.

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Bogotá, D. C., treinta (30) de junio de dos mil cinco (2005).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

La ciudadana y defensora Delegada para Asuntos Constitucionales y Legales de la Defensoría del Pueblo Karin Irina Kuhfeldt Salazar, haciendo uso de las facultades que le son conferidas en el literal C, numeral 4.2.2 del Instructivo General para el Sistema de Atención Integral adoptado por el Defensor del Pueblo, demandó el artículo 1 (parcial) de la Ley 882 de 2004, “Por medio de la cual se modifica el artículo 229 de la Ley 599 de 2000”.

Mediante Auto del 29 de noviembre de 2004, el magistrado sustanciador en el asunto de la referencia admitió la demanda y ordenó comunicarla al Presidente del Congreso de la Republica, al Ministro del Interior y de Justicia, al Fiscal General de la Nación, al Director de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, al Director del Instituto Colombiano de Derecho

Procesal, a la Directora del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), al Director de la Comisión Colombiana de Juristas, a los Decanos de las Facultades de Derecho de las Universidades del Rosario y Nacional para que intervengan impugnando o defendiendo la disposición acusada. Así mismo, se dio traslado de la demanda al Señor Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de su cargo.

Una vez cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución Política y en el Decreto 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la demanda de la referencia.

II. TEXTO DE LAS NORMAS ACUSADAS

A continuación se transcribe el texto de las disposiciones acusadas, conforme a su publicación en el Diario Oficial número 45.568 de 3 de junio de 2004. Se subrayan y resaltan los apartes demandados.

LEY 882 DE 2004

(Junio 2)

Por medio de la cual se modifica el artículo 229 de la Ley 599 de 2000.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

ARTÍCULO 1o. 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.

III. LA DEMANDA

La actora considera que la disposición acusada vulnera lo dispuesto en los artículos 13, 29, 42, 43, 44, 45, 46 y 47 de la Constitución Política, así como los pactos internacionales sobre derechos humanos a los que alude el artículo 93 de la misma.

3.1. Fundamentos de la demanda

De manera preliminar, la demandante presenta una serie de cifras estadísticas y de consideraciones orientadas a mostrar, fundamentalmente, la situación de violencia contra la mujer que existe en el país. Pone de presente que la alta prevalencia de la violencia intrafamiliar constituye, no solo un serio problema de salud pública, sino también un obstáculo para el desarrollo y una clara violación de los derechos humanos.

En segundo lugar, luego de hacer una comparación entre el texto del artículo 229 del Código Penal tal como estaba previsto en la Ley 599 de 2000, que incluía el maltrato sexual como una modalidad específica de violencia intrafamiliar, y la manera como quedó por efecto de la norma demandada, que excluyó del tipo penal la referencia a la modalidad sexual del maltrato, señala que en el nuevo ordenamiento, la violencia intrafamiliar que se origine en un ataque sexual, siempre y cuando no configure un delito sancionado con una pena mayor, es conforme a derecho, por no ser ni típica, ni antijurídica, ni culpable.

Aclara la demandante que el tipo penal en cuestión ampara dos bienes jurídicos diferentes: por una parte se ampara la libertad, la integridad y la formación sexuales, y por otra, se ampara la familia. Así pues, si el abuso sexual ocurre por fuera del núcleo familiar, solo se afecta un bien jurídico tutelado en el Título IV del Código Penal, mientras que si el abuso se origina en el ámbito familiar se afecta además a la familia como bien jurídico tutelado en el Título VI del Código Penal.

En ese contexto, la demandante sostiene que el primer inciso demandado, en cuanto comporta una despenalización de la agresión sexual como modalidad de la violencia intrafamiliar, siempre y cuando no se esté en presencia de un hecho punible sancionado con una pena mayor, es contrario a la Constitución, por dos motivos: porque viola la igualdad y porque incurre en inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa.

En relación con la igualdad, la accionante, después de presentar unas consideraciones generales sobre el alcance del principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución, expresa que la despenalización del maltrato sexual intrafamiliar rompe el principio de igual consideración, y en consecuencia hay discriminación, porque la norma protege o beneficia a varias poblaciones o sujetos pasivos de agresiones, pero excluye a otros, a quienes no se extiende la protección o beneficio.

Señala que no obstante que podría argumentarse que la violencia sexual es un atropello tanto físico como psicológico, debe tenerse en cuenta que a esa conclusión se llega por inferencia y no por exégesis, y que en materia penal no es posible ampliar los tipos penales para cobijar casos por analogía o por extensión. Estima que, por lo tanto, en desarrollo del principio de legalidad penal, que se traduce en la denominada tipicidad, conforme a la cual “la ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal”, es necesario consignar por escrito la expresión violencia sexual, para complementar el tipo penal de la violencia intrafamiliar.

No hacerlo así permitiría que el abogado defensor de una persona a la que se le imputa el delito de violencia intrafamiliar por agresión sexual, argumente a su favor que esta modalidad de violencia fuera derogada y que por lo tanto no hace parte del tipo, con lo cual, además, se beneficiaría del principio *in dubio pro reo*, si se suscita alguna duda sobre si hubo o no despenalización del maltrato sexual.

Por este medio, sostiene, se abriría el camino a la impunidad en las pequeñas causas del maltrato sexual y se dejaría expósitas a las víctimas de violencia sexual intrafamiliar.

Agrega que el punto central a analizar es, sin embargo, que resulta discriminatorio sancionar el maltrato del marido a su esposa, la tortura del padre al menor, pero no sancionar el comportamiento sexual agresivo del marido a la esposa o de padre a hijo (a).

Finalmente, respecto a este punto aclara la demandante que el hecho de que el tipo penal de la violencia intrafamiliar sea subsidiario, no es relevante desde esta perspectiva. Pone de presente que el Código Penal tipifica el acceso carnal violento y el acto sexual violento; que igualmente lo hace con los hechos punibles relacionados con actos sexuales abusivos con menores o personas incapaces de resistir y que, puesto todos estos delitos son sancionados con penas mayores a las de la violencia intrafamiliar, por efecto de la subsidiariedad de este tipo el mismo es desplazado.

Igualmente, expresa que en Colombia se ha tipificado el maltrato físico, como lesiones personales, y el maltrato psicológico, ora como tortura, ora como constreñimiento ilegal, los cuales tienen penas mayores a las de la violencia intrafamiliar. “Entonces, si el criterio para excluir la violencia sexual intrafamiliar fuese el hecho de que es un tipo subsidiario y hay delitos afines con penas más graves, no se entiende por qué se conservó el tipo para las violencias física y psicológica, que también tienen hechos punibles afines que tienen penas más graves”.

Así mismo, la eliminación del maltrato sexual intrafamiliar, dejaría sin sanción penal lo que se denomina las “pequeñas causas”, que no tienen magnitud de acceso carnal o de acto sexual violentos, pero que se manifiestan a través de chantajes, miedos, y toda suerte de presiones sexuales sutiles.

A continuación, la demandante entra a analizar la inconstitucionalidad por omisión legislativa.

Expresa, en primer lugar, que “[l]a inconstitucionalidad por omisión legislativa puede ser definida como el retiro del ordenamiento de una norma que no cumple un expreso deber constitucional de adelantar una acción determinada.”

En este sentido, anota, la Corte ha diferenciado dos tipos de omisión legislativa: la denominada absoluta, que es aquella donde no hay ley, y la relativa, donde hay ley pero se omite algo. Prosigue advirtiendo que a cada una de esas modalidades la Corte le asignó efectos jurídicos diversos, pues la primera no genera inconstitucionalidad alguna, mientras que la segunda si.

Pone de presente que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la inconstitucionalidad

por omisión legislativa tiene unos requisitos para su procedencia: primero, que haya un expreso deber de acción; segundo, que ese deber este consagrado en la Constitución; y, tercero, que el legislador profiera una ley que no cumpla con ese deber.

Por otro lado, agrega que en la inconstitucionalidad por omisión relativa la solución no siempre ha sido retirar la norma del mundo jurídico, sino integrar las hipótesis omitidas mediante una sentencia integradora, en desarrollo del principio de conservación del derecho.

Expresa que en el caso concreto de la Ley 882 de 2004, nos encontramos frente a una inconstitucionalidad por omisión relativa. Para establecerlo, transcribe, en primer lugar, las distintas disposiciones constitucionales que establecen abundantes deberes expresos para que el Estado trate por igual, no discrimine y proteja a mujeres, niños y niñas, adolescentes, adultos y adultas mayores y personas que se halla en condiciones de discapacidad. Señala, así mismo, que en el artículo 42 de la Constitución obra el deber expreso de garantizar “la protección integral de la familia”, pues “cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley”. En segundo lugar, manifiesta que la norma demandada incumple estos deberes constitucionales, pues solamente ha regulado algunas relaciones dejando por fuera otros supuestos análogos, pues penaliza algunas formas de violencia intrafamiliar tales como el maltrato físico y psicológico, y excluye una tercera, la propia del maltrato sexual.

Así pues, en criterio de la demandante, es claro que la norma acusada cumple todos los requisitos de la inconstitucionalidad por omisión legislativa, de suerte que debe ser retirada del ordenamiento jurídico, a efectos de que reviva el inciso derogado.

En cuanto a la expresión “del que habla el artículo anterior”, manifiesta que, claramente la misma es un error de la ley, puesto que el artículo anterior del Código Penal, el 228, al que remitiría la expresión acusada, hace referencia a las imputaciones de litigantes, que hace parte de otro capítulo e incluso de otro título del Código Penal y que, no tiene nada que ver con la violencia intrafamiliar, pues se refiere a las injurias de los abogados en sus memoriales.

A ese respecto expresa que tal y como se mencionó anteriormente, la tipicidad hace parte del derecho al debido proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución, de

suerte que es constitucionalmente necesario que los tipos penales no sean abiertos o en blanco, sino claramente delimitados.

Así las cosas, al hacer esta norma alusión a un artículo inexistente, deja aparentemente en el limbo la aplicación del agravante, pues el maltrato a menores, ancianos, mujeres, personas en situación de discapacidad o indefensión, no está contenido en el “artículo anterior”. Aunque es claro que para un buen entendedor, la referencia que el inciso segundo hace es al “inciso anterior”, a esta conclusión se llega por inferencia, no por exégesis, y puede crear controversia en un momento determinado, teniendo en cuenta lo que se ha dicho de la tipicidad, pues ésta debe ser expresa y clara. Así, en la medida en que la norma demandada, no solo introduce confusión sino que, además, conduciría a mayor impunidad, porque el error aludido dejaría sin efecto el único agravante hoy existente, que es el maltrato realizado sobre un menor, la misma debe ser eliminada del mundo jurídico.

IV. INTERVENCIONES

1. Intervención de la Fiscalía General de la Nación.

El Fiscal General de la Nación intervino en el asunto de la referencia con el fin de solicitar a esta Corporación que declare la exequibilidad de las normas demandadas.

En opinión del interviniente, el artículo 1º de la Ley 882 de 2004 debe ser declarado exequible, por cuanto al penalizar una conducta que atenta contra el bien jurídico de la armonía e integridad de la familia, realiza y desarrolla los postulados del Estado Social de Derecho.

Adicionalmente, en su criterio, la norma demandada cumple con los cometidos referentes a la protección de la familia como núcleo de la sociedad; a la igualdad de los derechos entre las mujeres y los hombres; a la garantía de los derechos fundamentales de los niños; al respeto por los derechos de los adolescentes; a la protección y asistencia de las personas de la tercera edad y de la familia, y a la protección de la población que sufre de disminución física, sensorial y psíquica.

Señala el Fiscal General de la Nación que el Congreso de la Republica ha expedido varias

normas con el fin de prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar. Específicamente, en relación con el artículo 1º de la Ley 882 de 2004, en el cual no se incluyeron expresamente los mencionados maltratos sexuales, señala que el propósito del legislador no fue el de despenalizar los maltratos sexuales que se produzcan en el seno de la familia, sino que, por el contrario, fue el de continuar reprimiendo penalmente esas conductas que sin duda son contrarias a la armonía e integridad de la familia.

La no inclusión de la figura de los maltratos sexuales en el tipo penal de la violencia intrafamiliar encuentra explicación, sostiene, en que ese tipo de agresiones que pueden darse en el seno de la familia, cuando no configuran delitos sancionados con pena mayor, como ocurre con las distintas formas de violación o de actos sexuales abusivos previstas en el Capítulo primero del Código Penal, constituyen por su propia naturaleza agresiones de carácter físico o psicológico que se encuentran expresamente consagradas como delictivas en aquella disposición.

Así las cosas, agrega, la no inclusión de la expresión “maltrato sexual” en el tipo penal de violencia familiar deviene inocua, por cuanto la conducta continua siendo punible, por constituir necesariamente una forma de maltrato físico o psicológico, razón por la que carece de fundamento alegar la inconstitucionalidad de la mencionada disposición por violación al principio de igualdad o por omisión legislativa, pues las agresiones de carácter sexual como formas de violencia intrafamiliar no han sido despenalizadas.

Por otra parte, en lo que se refiere a la expresión “artículo anterior”, la Fiscalía General de la Nación observa que efectivamente existe un error de técnica legislativa por parte del Congreso de la Republica, toda vez que no se trata del artículo anterior, sino del inciso anterior, deducción que no requiere mayores elucubraciones y por lo tanto la norma debe ser declarada exequible en el entendido anteriormente explicado.

El apoderado del Ministerio del Interior y de Justicia intervino en el asunto de la referencia, con el fin de oponerse a la demanda de inconstitucionalidad del Artículo 1º de la Ley 882 de 2004.

Después de hacer algunas consideraciones sobre la potestad de configuración normativa que

tiene el legislador, el interviniente expresa que al efectuar un estudio integral del Código Penal se puede observar que de ninguna manera se abre paso a la impunidad en aquellos eventos en los que existen de por medio circunstancias catalogadas como de violencia sexual intrafamiliar, sino que, por el contrario, el legislador ha querido sancionar esas conductas de una forma mas severa que aquella prevista para el maltrato físico o psicológico, tal y como se percibe con las penas correspondientes al acceso carnal violento, al acto sexual con persona incapaz de resistirse, o al acceso carnal abusivo con menor de 14 años. Adicionalmente, indica, debe tenerse en cuenta la agravación consagrada por el legislador cuando dicha violencia recae sobre los miembros de la familia.

Manifiesta que, si bien es cierto que el legislador ha considerado adecuado dar un trato diferente a distintos tipos de violencia que tienen lugar en el seno familiar, es pertinente traer a colación que el legislador dentro de su potestad de configuración normativa, goza del derecho a establecer condiciones diferenciales, siempre y cuando ellas se encuentren constitucionalmente validadas.

Así las cosas, desde el punto de vista del Ministerio interviniente, no resulta contrario a la Constitución dar un trato diferencial a la violencia sexual intrafamiliar, de aquel dado a la violencia intrafamiliar física y psicológica.

Se refiere a continuación el interviniente, al cargo relacionado con la equivocada remisión al “artículo anterior”, el cual aborda desde la perspectiva del principio de legalidad. A este respecto señala este principio está conformado, a su vez, por otros dos principios, el de reserva legal y el de tipicidad. De conformidad con el primero, prosigue, sólo el legislador está constitucionalmente autorizado para establecer los delitos y las penas, al paso que, de acuerdo con el segundo de los componentes, el legislador está obligado a describir la conducta o comportamiento que se considera ilegal o ilícito, en la forma más clara y explícita posible.

En el presente caso, observa, la remisión efectuada en el inciso segundo del Artículo 1º de la Ley 882 de 2004 es incorrecta. No obstante, señala, una vez interpretada la norma en forma integral, se concluye de manera inequívoca que la intención del legislador era sancionar de forma más severa la misma conducta descrita en el inciso precedente cuando ella tenga como sujeto pasivo a los niños, las mujeres y los ancianos, lo cual se puede constatar con la

lectura de las ponencias rendidas durante el curso del proyecto de ley de la norma en cuestión. En consecuencia, se trata de un error mecanográfico subsanable, que no puede poner en tela de juicio la exequibilidad de la disposición demandada.

Por lo tanto, considera el Ministerio que no es procedente declarar la inexequibilidad del inciso 2º del artículo 1º de la Ley 882 de 2004, en la medida que el mismo no infringe ninguna disposición constitucional.

4.3. Intervención del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBCF)

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por intermedio de la Jefe de su Oficina Jurídica, intervino de manera extemporánea dentro del presente proceso de constitucionalidad, con el fin de solicitar a la Corte Constitucional que declare la inexequibilidad de las disposiciones demandadas.

Considera el ICBF que el legislador incurrió en una grave omisión legislativa, de importantes repercusiones sociales, puesto que la despenalización de la violencia sexual intrafamiliar deja desprotegidas a las víctimas y propicia el camino de la impunidad, olvidando que la violencia doméstica se reconoce como un problema de salud pública, no solo en Colombia, sino en muchos ordenamientos jurídicos.

Por otra parte, en cuanto a la ampliación de los afectados y los agravantes extensivos, el Instituto expresa que se aparta de las consideraciones de la demandante, pues la Constitución ordena de manera especial la protección a las personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta, y por lo tanto el texto del inciso tercero del artículo 1º de la Ley 882 de 2004 es constitucional, salvo la expresión “del que habla el artículo anterior”.

Así las cosas, concluye, por un lado, que la omisión en la Ley 882 del texto relacionado con la agresión sexual, dada su incidencia y estrecha relación con la violencia intrafamiliar y los abusos que se cometan contra niños y niñas y las mujeres, es abiertamente contraria a la protección que para la familia consagra la Carta Política, y, por otro, que la referencia que se hace en la norma demandada al “artículo anterior”, es un claro error en la ley, y que, por consiguiente, tal expresión debe ser declarada inexequible, para que opere el agravante de la pena cuando las víctimas son las enunciadas en el inciso final de la misma norma.

1. . Intervención de la Comisión Colombiana de Juristas

El subdirector de la Comisión Colombiana de Juristas intervino, de manera extemporánea, con el fin de solicitar a esta Corporación que declare la inconstitucionalidad de las normas acusadas.

En su escrito, el interviniente, luego de presentar los cargos formulados en la demanda, realiza una “conceptualización de la violencia contra las mujeres, los niños, las niñas y otras personas que hacen parte del grupo familiar, a la luz de los instrumentos internacionales de derechos humanos” y esboza los alcances de los compromisos asumidos por el Estado colombiano en esta materia.

A renglón seguido, expresa que el tipo penal de la violencia intrafamiliar desconoce el deber constitucional de proteger a la familia contra cualquier forma de violencia, porque no sanciona los maltratos sexuales que no encuadran dentro de los ‘delitos sexuales’. Señala que bajo la redacción del tipo penal acusado, no se castigan las agresiones de carácter sexual perpetradas contra los miembros del núcleo familiar y por lo tanto, aquellas conductas que no puedan encuadrarse dentro de los delitos contra la libertad, integridad, y formación sexuales, en razón a su intensidad o perjuicio, quedarán en la impunidad.

En este sentido, algunas de las conductas que, en su criterio, quedan impunes, son la desnudez forzada, el acoso sexual por cualquier miembro del grupo familiar, los tratos verbales con connotación sexual, entre otros actos que no tendrían la entidad suficiente para ser penalizados como delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales.

En esta misma dirección, comparte el interviniente el argumento de la demandante que se refiere a la impunidad de las pequeñas causas, pues cuando el actuar del agresor no alcance a configurar una de las conductas descritas en los artículos referidos contra la libertad, integridad y formación sexuales, escapará del control judicial y será imposible iniciar un juicio de reproche y obtener la reparación de la víctima.

Por otra parte, en relación con el carácter subsidiario del tipo penal de la violencia intrafamiliar, señala que el maltrato sexual y los delitos sexuales tienen la misma relación de

subsidiariedad existente entre el maltrato físico y las lesiones personales, que son conductas que se sancionan por separado. En este caso, indica, es preciso tener en cuenta que existen conductas sexuales ofensivas o agresivas que por su entidad se escapan al ámbito de aplicación de los delitos sexuales, pero que implican un acto de agresión contra la persona. Entonces, las normas penales en cuestión castigan conductas diferentes y, en todo caso, excluyentes entre si, evitándose la configuración de un conflicto de leyes aplicables a un caso concreto.

Por lo tanto, concluye el interviniante, es necesario que la norma que sanciona los maltratos dentro de la familia contemple la agresión sexual, para así ofrecer una completa protección a los integrantes del grupo familiar.

Considera, por otra parte, que suprimir el castigo del maltrato sexual dentro de la familia es pretexto de que tal conducta ya está sancionada por los delitos sexuales, es desconocer la razón de existencia del delito de violencia intrafamiliar, cuya tipificación obedece al interés del legislador de brindar una protección especial a los bienes jurídicos de la armonía y la unidad de la familia. Señala que el derecho penal tiene como función, entre otras, la de prevenir la comisión de conductas dañinas a la sociedad, para lo cual se definieron los tipos penales que sancionan aquellas conductas por medio de las cuales se pueda inferir daño a los bienes jurídicos elegidos por la sociedad como dignos de protección. En el caso concreto, la norma demandada al despenalizar los maltratos sexuales, no está cumpliendo con el fin para el cual fue creada, es decir, no está protegiendo eficazmente la familia.

Agrega el interviniante que en razón a que el derecho penal tiene, entre otras, una función de prevención general, la despenalización del maltrato sexual como modalidad de la violencia intrafamiliar, puede ser vista como una autorización a los miembros de la familia para realizar maltratos de tipo sexual. Se estaría creando una norma permisiva a partir de la falta de castigo de la violencia sexual, norma implícita que atenta contra los derechos de la familia.

Por lo anterior, se considera necesario declarar la inexistencia de la norma demandada ya que permite interpretaciones adversas al ordenamiento constitucional.

Finalmente, expresa que, a partir de un detallado recuento del trámite del respectivo proyecto de ley, es claro que el propósito del legislador al expedir la Ley 882 de 2004, fue el

de ampliar el ámbito de protección del delito de violencia intrafamiliar para amparar a aquellos que estuviesen en una posición de vulnerabilidad. Agrega que el argumento central para suprimir en el tipo la referencia a los maltratos sexuales fue el de que "... siempre que se está frente a una conducta injuriosa de tipo sexual se configura un delito sexual." Pone de presente, que, en su criterio, ello no es así, porque no todo daño a la integridad sexual puede considerarse como delito sexual y porque, además, los bienes jurídicos protegidos por los delitos sexuales son diferentes al bien jurídico tutelado por la violencia intrafamiliar, lo cual, a su vez, ocasiona un juicio de reproche diferente. Así, concluye, la modificación del tipo penal de la violencia intrafamiliar respondió más a imprecisiones conceptuales que a la intención del legislador de autorizar la comisión de maltratos sexuales al interior de la familia.

Por todo lo anteriormente expuesto, manifiesta, "...es claro que el artículo acusado es inconstitucional pues deja en la impunidad aquellas conductas lesivas de índole sexual cometidas en el seno familiar, además, porque no responde adecuadamente al deber estatal de protección integral de la familia contra todas las formas de violencia y, por último, porque implícitamente autoriza a los integrantes de la familia a ejercer maltratos de tipo sexual contra sus parientes...".

Después de hacer una serie de consideraciones en torno a las condiciones de procedencia de un juicio de constitucionalidad por omisión legislativa, las cuales considera se cumplen en este caso, y de expresar el que en su criterio debe ser el alcance del fallo que emita la Corte, dada la incidencia que sobre el caso tiene el principio de legalidad en materia penal, el interveniente concluye señalando que la inexequibilidad de la norma acusada "... deviene del incumplimiento del deber expreso dispuesto por el constituyente y la normatividad internacional de brindar a la familia, a las mujeres, niños y niñas, y demás miembros del grupo familiar, la mayor protección posible frente a cualquier tipo de violencia."

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El señor Procurador General de la Nación, en su concepto de rigor, solicita a la Corte declarar la inexequibilidad del inciso primero del artículo 1º de la Ley 882 de 2004 y la exequibilidad condicionada de la expresión "del que habla el artículo anterior" contenida en el inciso segundo de la misma disposición.

Expresa el señor Procurador que, en desarrollo del principio de igualdad material, cuando el

legislador adopte una medida a favor de personas que se encuentren en especial situación de vulnerabilidad, los beneficios de la misma deben hacerse extensivos a todas las personas que se encuentren en idéntica situación. En su criterio, la norma demandada, efectivamente desconoce el principio de igual trato o consideración, al castigar ciertas conductas que atentan contra la familia, mientras excluye otras conductas también reprochables, que afectan igualmente a los miembros de esa institución que se encuentran en estado de vulnerabilidad.

Manifiesta, por otra parte el Procurador General de la Nación, que el maltrato sexual no puede asimilarse a las nociones genéricas de maltrato físico o psíquico, y que cabe considerar las “pequeñas causas” referidas por la demandante, aclarando que éstas son aquellas conductas agresivas que no tienen ni la identidad ni la intensidad de las otras conductas más graves como el acceso carnal violento, pero que generan malestar de contenido específicamente sexual.

Agrega que tales modalidades de maltrato son sutiles, y pueden darse en el contexto de lo que en la tradición patriarcal del país se conoce como el “débito conyugal”, o mediante la práctica de “... lo que la técnica socioanalítica ha denominado ‘perversiones sexuales’ y que se traducen en la imposición de prácticas sexuales no deseadas, por medio del chantaje, del miedo y otros medios de presión en el campo de la sexualidad.” Esas modalidades, prosigue, en el ámbito familiar se han constituido en una serie de conductas agresivas que no solo desconocen los bienes jurídicos tutelados por la Constitución y por la ley penal en materia sexual, sino que también vulneran la armonía y el respeto debido a la dignidad humana de los integrantes de la familia.

Adicionalmente expresa el Procurador General de la Nación que, precisamente el carácter sutil del maltrato familiar que tiene lugar en el seno de la familia, hace que su presencia sea difícil de establecer, lo que no ocurre con las conductas atinentes a la violencia o el abuso sexuales, cuya realización es más fácil de detectar. Así, señala, siguiendo a Ferrajoli, el elemento objetivo en el delito de maltrato sexual depende necesariamente de la valoración de la parte ofendida, que es la única que puede calificar un hecho como violencia o como molestia sexual. Por ello, en su concepto, no es de recibo suponer que en la noción del maltrato físico y psicológico queda comprendido el maltrato sexual.

El maltrato específicamente sexual, observa, y su carácter de modalidad de conducta reprochable dentro del núcleo familiar, aparece registrada en el ordenamiento jurídico colombiano en virtud de la figura del bloque de constitucionalidad, por virtud de lo dispuesto en la Convención de Belem do Pará, adoptada en Colombia mediante Ley 248 de 1995 y que de manera expresa incluye la violencia y el abuso sexuales entre las formas de violencia contra la mujer.

Con la despenalización del maltrato penal sexual como modalidad del tipo penal de la violencia intrafamiliar, se desconocería el principio de tipicidad, pues este principio no puede ser reducido a una inferencia que se haga de conductas expresamente consagradas como punibles, toda vez que la analogía no es un método de interpretación de recibo en la ley penal por razones de seguridad jurídica.

“Luego, la hipótesis según la cual el maltrato físico o psicológico implica el maltrato sexual intrafamiliar y, como consecuencia puede considerarse como una conducta ya penalizada, va en contravía del principio de tipicidad, toda vez que ella da lugar a tipos penales implícitos, lo cual riñe abiertamente con la prescripción de estirpe constitucional consistente en que la ley penal ha de definir de manera inequívoca, expresa y clara las características fundamentales del tipo penal”.

En virtud de lo anterior, considera el Ministerio Público que como consecuencia de la despenalización del maltrato sexual como modalidad del tipo de violencia intrafamiliar, quedaría impune el maltrato sexual en sus más pequeñas manifestaciones y se dejarían desprotegidos ciertos miembros de la institución familiar, desconociendo el principio de igualdad.

Por otra parte, el Procurador General de la Nación considera que con la expedición del inciso primero de la Ley 882 de 2004, el legislador vulneró la Constitución Política por haber incurrido en una omisión legislativa relativa al excluir del tipo penal de violencia intrafamiliar el maltrato sexual, toda vez que al expedir una norma con el fin de modificar otra “... excluyó de la norma modificatoria lo que en la norma modificada era el cabal desarrollo de un deber constitucional y de normas internacionales, vulnerando con ello el principio de igualdad”.

Así, el legislador al excluir el maltrato sexual como modalidad de conducta punible en el tipo penal de violencia intrafamiliar, desatendió la protección que la Carta le ha concedido a la

institución de la familia y el mandamiento constitucional expreso conforme al cual cualquier forma de violencia en la familia será sancionada conforme a la ley (C.P. Art. 42), así como la obligación de proteger a los niños contra toda forma de violencia física o moral (C.P. Art. 44). Se desconocen, del mismo modo, imperativos contenidos en instrumentos internacionales vinculantes para Colombia, como la Convención de Belem do Pará, que establecen el deber de los Estados de proteger a la mujer contra todas las formas de violencia, entre las cuales, de manera expresa, se incluye el maltrato sexual.

Señala, por otra parte, que la noción de maltrato moral contenida en la Constitución, es distinta del maltrato físico y psicológico, y que el maltrato sexual puede considerarse una forma de violencia moral, razón por la cual su exclusión del tipo penal resulta contraria al artículo 44 superior.

Indica que, además, la omisión del legislador resulta discriminatoria por cuanto desprotege a la mujer, que tradicionalmente ha sido víctima de los maltratos sexuales.

Pone de presente el Ministerio Público que al declarar la inconstitucionalidad del primer inciso demandado, la consecuencia debe ser la de que reviva en su integridad el artículo 229 del Código Penal, que contemplaba el maltrato sexual como modalidad del tipo penal de la violencia intrafamiliar.

Finalmente, solicita el Ministerio Público que se declare la constitucionalidad condicionada de la expresión “del que habla el inciso anterior” contenida en el inciso segundo del artículo 1º de la Ley 882 de 2004, señalando que la alusión allí hecha se refiere al inciso anterior del artículo 229 del Código Penal y no al artículo anterior del artículo 1º de la Ley 882 de 2004, el cual no existe. Además de las razones expuestas en la demanda, manifiesta que la intervención de la Corte se hace necesaria, por cuanto el evidente error en el que incurrió el legislador afecta derechos fundamentales como el de la libertad de las personas.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 241 numeral 4º de la Constitución Política, esta Corte es competente para conocer y decidir sobre la demanda de inconstitucionalidad

de la referencia puesto que las disposiciones parcialmente demandadas forman parte de una ley de la República.

2. Materia sujeta a examen

Corresponde a la Corte determinar si resulta contrario a la Constitución que la ley, al modificar el contenido del artículo 229 de la Ley 599 de 2000, que tipifica el delito de violencia intrafamiliar, haya suprimido la referencia al maltrato sexual como elemento del tipo penal.

Para la demandante, algunos intervenientes y el Ministerio Público, la norma demandada resulta contraria al principio de igualdad, por cuanto protege a determinados sujetos pasivos de agresiones en el seno de la familia, pero excluye de esa protección a otros sujetos que se encontrarían en las mismas condiciones. En la misma infracción se incurría al no brindar una protección adecuada a quienes tienen la calidad de sujetos de especial protección. Del mismo modo, la norma resultaría contraria a la Constitución por cuanto incurre en una omisión legislativa relativa debido a que, al desarrollar los mandatos de protección de adultos, mujeres, niños y niñas y personas que se hallen en condiciones de discapacidad, lo ha hecho frente a algunas relaciones, dejando por fuera supuestos análogos, puesto que penaliza únicamente dos formas de maltrato familiar, -el físico y el psíquico- y excluye una tercera -el sexual-. Para la demandante, finalmente, la referencia al “artículo anterior” contenida en el segundo inciso de la norma demandada, es un evidente error del legislador, porque es claro que el reenvío normativo era al inciso anterior, sin embargo, y dado que en virtud de la exigencia del principio de legalidad, no cabe en este caso aplicar inferencias, esa equivocación trae consigo un menor nivel de protección, porque no sólo haría inane la norma, en cuanto que se quedaría sin efecto la ampliación de la población en estado de vulnerabilidad, sino que además dejaría sin efecto también el único agravante que con anterioridad existía, que era el maltrato realizado contra un menor, razones por las cuales la mencionada expresión debe ser retirada del ordenamiento.

Por otro lado, la Fiscalía y quien interviene por el Ministerio del Interior y de Justicia consideran que la norma demandada se desenvuelve en el ámbito de la potestad de configuración de legislador, que de ella no puede predicarse que desconoce el principio de igualdad, porque la ley puede tratar de manera diferente supuestos que son diferentes, y

que, en todo caso, la norma acusada no despenaliza el maltrato sexual intrafamiliar, porque, por un lado, esa modalidad de maltrato se encuentra sancionada con penas mayores, en los tipos de violación o de actos sexuales abusivos, que prevén como causal de agravación el hecho de que la agresión se dirija contra un miembro del núcleo familiar¹, y por otro, las conductas da maltrato sexual que no puedan subsumirse en los referidos tipos, constituyen, por su propia naturaleza, agresiones de carácter físico o psicológico, que se encuentran expresamente consagradas como delictivas en la disposición acusada. Coinciden estos intervenientes en aceptar que la referencia al “artículo anterior” presente en la norma demanda es equivocada, pero consideran que es claro que ella se refiere en realidad al inciso anterior, razón por la cual la norma debe declararse exequible, aunque, en criterio de la Fiscalía, con un condicionamiento que haga claridad sobre el particular.

De este modo, debe la Corte resolver los siguientes problemas jurídicos:

- 2.1. ¿Resulta contrario al principio de igualdad que la norma acusada haya excluido la referencia al maltrato sexual dentro del tipo de la violencia intrafamiliar?
- 2.2. ¿La exclusión de la referencia al maltrato sexual como modalidad del tipo penal de la violencia intrafamiliar da lugar a una omisión legislativa relativa, por incumplimiento de los imperativos constitucionales relacionados con la protección a la familia y a sus distintos integrantes?
- 2.3. ¿La errónea remisión al “artículo anterior” contenida en el segundo inciso de la norma demandada, resulta contraria al principio de tipicidad en materia penal y por consiguiente, contraria al principio de legalidad?

Para abordar los anteriores problemas la Corte procederá a i) hacer una aproximación general al tema de la violencia intrafamiliar, para luego, ii) hacer un recuento de la legislación vigente sobre la materia, y, iii) a partir de las anteriores consideraciones, hacer el análisis de los específicos problemas de constitucionalidad planteados por la demanda.

3. La violencia intrafamiliar

Tal como se pone de presente por la demandante, la violencia familiar es un grave problema social que afecta a amplios segmentos de la población y que constituye una clara violación

de los derechos humanos de las víctimas. Los distintos Estados, tanto en sus ordenamientos internos, como en instrumentos internacionales, han venido desarrollando medidas orientadas a prevenir todas las modalidades de violencia intrafamiliar y a proteger a las víctimas de las mismas.

En ese contexto, “[p]or 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.”²

Cabe destacar que, como regla general, la descripción del fenómeno desde una perspectiva jurídica se inclina a ser lo más comprensiva posible, tanto en relación con el tipo de conductas o de omisiones que pueden considerarse constitutivas de maltrato, como en relación con el ámbito espacial y personal en el que se desenvuelven.

Los sectores más vulnerables a este tipo de violencia son las mujeres, los menores, las personas de la tercera edad y las personas con discapacidad. En ese contexto, esta Corte ha puesto de presente que la legislación de los Estados orientada a erradicar toda forma de violencia intrafamiliar, se inscribe en el marco de instrumentos internacionales, que, de manera general, proscriben cualquier tipo de violencia, incluyendo la que se produce en el núcleo familiar, y que se orientan a establecimiento de medidas de protección en beneficio de quienes se encuentran en condiciones de especial vulnerabilidad.

Así, por ejemplo, en relación con los menores y con las mujeres, la Corte, en la Sentencia C-059 de 2005, expresó:

“Es así como en relación con los niños, la Convención Internacional de los Derechos del Niño³ en su artículo 19 dispone:

“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 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”.

En relación con las mujeres, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, suscrita en la ciudad de Belén Do Para, Brasil, el 9 de junio de 1994, aprobada por la Ley 248 del 29 de 1995, dispuso, entre otros, como deber de los Estados “incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso” (art. 7 lit. c). Tal compromiso fue confirmado en la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer adoptada por la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2000/454.

Como se ha señalado, la violencia intrafamiliar comprende todo tipo de violencia y en particular las modalidades de violencia física, sicológica y sexual, que están presentes en distintos ordenamientos internacionales, aunque, dentro de la diversidad de aproximaciones que es posible encontrar sobre la materia también se han aislado otras modalidades de maltrato que podrían ser objeto de una aproximación específica, como el maltrato económico o el maltrato social.

Para enfrentar el fenómeno de la violencia intrafamiliar los distintos Estados han adoptado en sus legislaciones medidas específicas encaminadas a prevenirla, combatirla, y a atender a las víctimas. Cabe señalar que esas medidas, en el ámbito jurídico, podrían clasificarse entre las penales, por un lado, y las de otra naturaleza, por otro, y que, en general, la legislación específica en materia de violencia intrafamiliar, se orienta a la regulación de las medidas no penales de protección, tales como, asistencia, asesoramiento y protección a las víctimas, así como medidas preventivas frente a los agresores, todo sin perjuicio de las medidas

ordinarias de carácter penal que resulten aplicables.⁵ Esto es, de ordinario, si bien se ha identificado la categoría de violencia intrafamiliar como asunto que requiere particular atención del Estado, en materia penal es necesario acudir a los tipos generales de delitos que protegen bienes jurídicos como la vida y la integridad física, o la libertad, la integridad y la formación sexuales.

Así, como quiera que el problema de la violencia intrafamiliar abarca toda expresión de violencia entre integrantes de la familia, independientemente de su gravedad, es posible encontrar situaciones que solo ameritan el recurso a medidas administrativas de protección, al paso que, en otros casos, esas medidas administrativas tendrán un alcance complementario y cautelar frente a manifestaciones de violencia que se dan en el seno de la familia y que están sometidas a sanción penal.

En ese contexto, el fenómeno de la violencia intrafamiliar comprende todo acto de maltrato que recaiga sobre un integrante del núcleo familiar del agresor, sin hacer distinción en cuanto a su gravedad. De este modo conductas tipificadas de manera general como el homicidio o las lesiones personales se integran al ámbito de la violencia intrafamiliar cuando se cometen contra integrantes de ese núcleo. En ese sentido, por ejemplo, la Corte Constitucional⁶, consideró que no resultaba admisible constitucionalmente diferenciar del tipo penal de la violación uno específico de violación entre cónyuges, para hacer menos severa la sanción aplicable en el segundo, porque la afectación del bien jurídico era la misma en ambos casos. Así, en el ámbito de la familia tiene plena aplicación el derecho penal que protege la vida y la integridad personal e, incluso, de ordinario, la condición de la víctima como integrante del núcleo familiar se toma como una circunstancia de agravación punitiva.

De esta manera se tiene que, en general, si bien se ha identificado la categoría de violencia intrafamiliar como asunto que requiere particular atención, y de hecho se han adoptado por las legislaciones medidas específicas encaminadas a prevenirla, combatirla, y a atender a las víctimas, en materia penal, es necesario acudir a los tipos generales de delitos previstos para la protección de bienes jurídicos como la vida, la integridad física, la libertad, la integridad y la formación sexuales, la autonomía personal o la libertad individual.⁷

Sin embargo, de manera relativamente reciente, se ha producido un movimiento orientado a la diferenciación de la violencia intrafamiliar como tipo delictivo autónomo, en razón a la

existencia de manifestaciones de maltrato que afectan a los integrantes del grupo familiar, en particular a quienes dentro del mismo se encuentran en condiciones de especial vulnerabilidad, que tienen repercusiones sobre la armonía doméstica y la unidad familiar y que, sin embargo, no caben dentro de los tipos generales de los delitos que se han previsto para la protección de otros bienes jurídicos.⁸

La tipificación autónoma de tales conductas se orienta a la protección del bien jurídico de la unidad familiar, no obstante lo cual, la misma siempre tiene un carácter subsidiario, en la medida en que conductas de mayor gravedad que, por supuesto, también afectan la unidad familiar, se encuentran previstas en tipos específicos, que protegen bienes como la vida, la integridad personal, la libertad, la integridad y la formación sexuales, o la autonomía personal, y que contemplan sanciones más severas.

Es preciso tener en cuenta, en todo caso, que la diferenciación de un tipo penal específico de violencia intrafamiliar no afecta el concepto como tal de la violencia intrafamiliar, pues el mismo continúa siendo comprensivo de todo tipo de violencia que se produzca en el ámbito familiar, sólo que, en ese contexto, es necesario distinguir entre las conductas de violencia intrafamiliar que se sancionan de acuerdo con los tipos ordinarios, las que se sancionan por el tipo específico, y las que están excluidas de sanción penal y se manejan con mecanismos distintos, como ayuda sicológica para víctimas y agresores, medidas de prevención, de educación, de asistencia, etc.

Por otro lado, debe señalarse que el maltrato sexual ha sido, de tiempo atrás, objeto de regulación específica en los ordenamientos penales, sin perjuicio de la reciente evolución hacia una más adecuada identificación de los bienes jurídicos que deben ser objeto de protección. Resulta en esta materia relevante destacar que el maltrato sexual tiene distinta connotación según se trate de conductas entre adultos, o eventos en los que haya participación de menores, en la medida en que, entre adultos, la afectación del bien jurídico se produce, fundamentalmente, por la ausencia de consentimiento, al paso que, tratándose de menores, el ordenamiento se orienta a la proscripción general de toda conducta de índole sexual por incapacidad de consentir. De allí se desprende una diferencia en la configuración de los tipos penales y en la extensión de los mismos, de modo que, para las conductas que tienen lugar entre adultos se tiende a describir de manera más precisa las conductas que, en ausencia de consentimiento, son objeto de reproche penal, mientras que tratándose de

menores, el enunciado tiende a ser más comprensivo.⁹

En todo caso, los desarrollos en materia de violencia intrafamiliar, incorporan la consideración del maltrato sexual, superando estadios culturales en los cuales, a partir de instituciones tales como el débito conyugal, ello no ocurría así. Como se verá en el acápite siguiente, en Colombia, tanto la legislación como la jurisprudencia se han movido en una dirección contraria a ese entorno de desamparo de los integrantes del núcleo familiar, particularmente las mujeres, frente a las conductas de agresión sexual intrafamiliar.

1. El régimen legal de la violencia intrafamiliar en Colombia

Tal como se ha puesto de presente por la Corte, nuestra Constitución, en consonancia con distintos instrumentos internacionales, dispuso en su artículo 42 que el Estado y la sociedad deben garantizar la protección integral de la familia, y que cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad y será sancionada conforme a la ley. Del mismo modo, en el artículo 44 de la Carta, con el propósito de brindar una protección especial y prevalente a los niños y niñas, se consagraron como fundamentales un conjunto de derechos entre ellos los derechos a tener una familia y a no ser separados de ella, y al cuidado y al amor. En la misma norma se dispuso, además, que los niños serán protegidos contra toda forma de violencia física o moral, y abuso sexual.¹⁰

En ese contexto, la Ley 294 de 1996 adoptó una legislación especial para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar. Dicha ley, que fue luego modificada por la Ley 575 de 2000, se expidió con el propósito de dar un tratamiento integral de las diferentes modalidades de violencia en la familia, a efecto de asegurar su armonía y unidad, y en ella se establecen medidas de protección para las víctimas de daños físicos o psíquicos, amenaza, agravio, ofensa o cualquier otra forma de agresión por parte de otro miembro del grupo familiar, sin perjuicio de las actuaciones penales a que hubiere lugar (Art. 4). Dichas medidas se orientan principalmente hacia el agresor, a quien se le puede ordenar desalojar la vivienda, asumir el costo de los gastos médicos que requiera la víctima, o acudir a tratamiento reeducativo y terapéutico, entre otras medidas. En caso de ser necesario, la norma también dispone una protección temporal especial de la víctima por parte de las autoridades de policía, tanto en su domicilio como en su lugar de trabajo, si lo tuviere.

Adicionalmente, se previeron medidas de asistencia a las víctimas, conforme a las cuales, las autoridades de policía les prestarán toda la ayuda necesaria para impedir la repetición de los hechos, remediar las secuelas físicas y sicológicas que se hubieren ocasionado y evitar retaliaciones por tales actos (arts. 20 y ss). Tales medidas incluyen la conducción de la víctima hasta el centro asistencial más cercano, aunque las lesiones no fueren visibles, o acompañarla hasta un lugar seguro; el asesoramiento en la preservación de las pruebas de los actos de violencia y el suministro de la información pertinente sobre sus derechos y sobre los servicios gubernamentales y privados disponibles para las víctimas del maltrato intrafamiliar. Se dispuso, así mismo, que corresponde al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar diseñar políticas, planes y programas para prevenir y erradicar la violencia intrafamiliar, y que las autoridades departamentales y municipales podrán conformar Consejos de Protección Familiar para adelantar estudios y actividades de prevención, educación, asistencia y tratamiento de los problemas de violencia intrafamiliar dentro de su jurisdicción (art. 28).

En la misma ley, en su artículo 6, se dispone que todas las medidas de protección en ella previstas se entienden sin perjuicio de las correspondientes acciones penales, cuando a ello hubiere lugar, y que cuando el hecho objeto de la queja constituyere delito o contravención, el funcionario de conocimiento, adoptará las medidas de protección consagradas en ella, y remitirá las diligencias adelantadas a la autoridad competente.

La anterior disposición remitía, tanto a los delitos que de manera general se han previsto en el ordenamiento penal para enfrentar las distintas modalidades de violencia, como a las medidas específicas de carácter penal que se incluyeron en la propia ley, bajo el acápite “delitos contra la armonía y la unidad familiar”, y que consagraban los delitos de violencia intrafamiliar, de maltrato mediante restricción a la libertad física y de violencia sexual entre cónyuges.

La Corte Constitucional, en Sentencia C-285 de 1997, declaró inexistente el artículo 25 de la Ley 294 de 1996, que establecía el delito de violencia sexual entre cónyuges, por considerar que “[l]a consagración de un tipo penal privilegiado para los delitos de acceso y acto carnal violento, cuando se ejecutan contra el cónyuge, o la persona con quien se coabite o haya cohabitado o con quien se haya procreado un hijo es desproporcionada, y en consecuencia, vulnera el derecho a la igualdad.” En esa sentencia la Corte, en doctrina expresada a

propósito de la violencia sexual entre cónyuges, pero que resulta igualmente aplicable en relación con delitos que afecten otros bienes jurídicos, como la vida y la integridad personal, señaló que “[a]signar 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. La consideración que la libertad sexual es menor, no es de recibo pues la existencia de un vínculo legal o voluntario no comporta la enajenación de la persona, máxime cuando dicho vínculo ya no existe. La libertad sexual no admite gradaciones, pues ello implicaría considerar a algunas personas menos libres que otras y por tanto desconocer los principios constitucionales de la dignidad humana y la igualdad de todas las personas. Por tanto, la distinción hecha por el legislador en este punto resulta ilegítima.” Estimó la Corte, que cuando la conducta delictiva tiene lugar en el ámbito familiar, la lesividad del hecho es aún mayor por cuanto puede afectar no sólo a la persona misma que sufre la afrenta, sino también incidir en la ruptura de la unidad familiar o al menos producir graves disfunciones en la misma, lo que afectará a los demás miembros que la integran, y particularmente a los menores. Y agregó que “[t]ampoco 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.”

De esta manera es claro que los delitos que de manera general se han previsto para la protección de la persona en su vida, su integridad física, su autonomía o su libertad, integridad y formación sexuales, tienen plena aplicación en el ámbito familiar, sin que quepa, en razón de esta última circunstancia, una tratamiento más benigno para el agresor, sino que por el contrario lo que procede es tenerla como una causal de agravación punitiva.

En la sentencia C-285 de 1997 la Corte también se pronunció en relación con el delito de violencia intrafamiliar, tal como había sido inicialmente configurado en la Ley 294 de 1996, para señalar que no era de recibo el cargo entonces presentado, y conforme al cual la disposición demandada contemplaba un tipo penal abierto que podía abarcar desde conductas inocuas hasta violaciones graves a la libertad física, síquica o sexual de las personas y, en consecuencia, cuando los sujetos pasivos del hecho fuesen familiares del agresor, éste recibiría una sanción menor a la prevista para los mismos hechos contemplados

en el Código Penal, lo cual resultaba desproporcionado. Señaló la Corte que “[m]ediante 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 Penal¹¹, 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.” Agregó que los elementos constitutivos del tipo de maltrato son distintos a los de las lesiones, por cuanto el maltrato implica un acto de agresión contra la persona que no altere su integridad física, síquica o sexual, mientras que las lesiones precisan del daño en la salud. Junto con otras consideraciones acerca de la diferencia en los bienes jurídicos protegidos, la Corte precisó que el tipo penal descrito por la norma acusada no era abierto, como se afirmaba en la demanda, por cuanto las expresiones contenidas en la norma debían ser entendidas en su sentido natural, y correspondería al juez, al resolver sobre la responsabilidad de acusado, definir “... si la conducta es inocua, constitutiva de maltrato o de lesiones personales, para lo cual se ha de valer de todos los medios de prueba aceptados legalmente, y en particular del concepto del médico legista.”

Debe observarse que el delito de violencia intrafamiliar fue inicialmente establecido en la Ley 294 de 1996, bajo la consideración de que hay conductas que por sus características o por su magnitud no encajan en los tipos penales que de manera general sancionan la violencia, pero que, sin embargo, cuando se producen en el ámbito familiar, deben ser objeto de sanción penal. En su concepción inicial el tipo penal tenía el siguiente tenor: “ARTÍCULO 22. VIOLENCIA INTRAFAMILIAR. El que maltrate física, síquica o sexualmente a cualquier miembro de su núcleo familiar, incurrirá en la prisión de uno (1) a dos (2) años.”. El tipo delictivo fue luego incorporado al Código Penal por la Ley 599, de la siguiente manera: “Artículo 229. 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.” Se introdujo así, de manera expresa, la subsidiariedad en el tipo penal, y se agregó la causal de agravación punitiva cuando la víctima sea un menor.

Posteriormente, la Ley 882 de 2004 dispuso que el artículo 229 de la Ley 599 de 2000 quedaría así:

“Artículo 229. 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.”

La Ley 882 de 2004 se expidió con el propósito de ampliar la protección que el tipo de la violencia intrafamiliar brindaba a la mujer, al incluirla como víctima en la causal de agravación punitiva inicialmente prevista en beneficio de los menores.¹² En el curso de los debates se suprimió la expresión “sexual” contenida en el primer inciso del artículo en discusión, con la consideración de que toda conducta de maltrato sexual cabe en las hipótesis de actos sexuales o violentos o abusivos.¹³

Cabe observar que si bien, como se ha señalado, la Corte, en la Sentencia C-285 de 1997, precisó que era posible consagrar de manera autónoma el delito de violencia intrafamiliar, fundó su decisión, entre otras razones, en la consideración de que el tipo específico remitía a formas de maltrato que no produjesen lesiones y que como tales no estuviesen comprendidas dentro de otros tipos penales. La razón expresada por el legislador para excluir la expresión sexual del tipo de la violencia intrafamiliar sería indicativa de que, en su criterio, en materia de maltrato sexual, existía un concurso ideal de leyes, en la medida en que la misma conducta, y sin que existiesen criterios objetivos de diferenciación, podría encuadrarse en tipos penales diversos.

Finalmente, en este somero repaso sobre el régimen de la violencia intrafamiliar en Colombia, se tiene que, por otro lado, la Ley 575 de 2000, reformó parcialmente la Ley 294 de 1996, entre otros asuntos, para establecer mecanismos alternos y complementarios de solución de conflictos de violencia intrafamiliar. Sobre este particular, la Corte, en la Sentencia C- 059 de 2005, expresó:

“Puede afirmarse entonces que el propósito del constituyente de proteger y amparar a la familia debe traducirse en la adopción de políticas Estatales que incluyan la creación de herramientas no sólo de carácter punitivo o represivo sino de otras de carácter preventivo y

correctivo, a fin de permitir a los miembros de la familia superar sus conflictos de forma pacífica, en este caso con la intervención de un tercero en el plano de la administración de justicia, mediante el ofrecimiento y puesta en marcha de mecanismos alternativos y complementarios que incluyan la posibilidad de soluciones conciliadas haciendo partícipe, en cuanto sea posible, a la propia comunidad¹⁴."

De este modo, se tiene que en Colombia, para enfrentar la violencia intrafamiliar se cuenta con diversos mecanismos:

En primer lugar, los tipos penales que protegen la vida y la integridad personal, la libertad individual y otra garantías, así como los que protegen la libertad la integridad y la formación sexuales, tienen plena aplicación en el ámbito familiar, e incluso, la calidad de la víctima como parte del núcleo familiar del agresor puede constituir una causal de agravación punitiva.

En segundo lugar, las manifestaciones de violencia entre los miembros de la familia que no tengan prevista en el ordenamiento penal una sanción mayor, se reprimen a través del tipo específico de violencia intrafamiliar, como modalidades de maltrato físico o sicológico.

Finalmente, en tercer lugar, frente a todas las expresiones de violencia y de maltrato, tanto las que quepan en los mencionados tipos penales, como las que queden excluidas de ellos, se han previsto medidas de prevención, asesoramiento, asistencia y protección para las víctimas

A partir de las anteriores consideraciones, procede la Corte al análisis de los problemas de constitucionalidad planteados por la demanda.

4. Análisis de los cargos

1. La norma demandada no es contraria al principio de igualdad

Para la demandante, algunos intervenientes y el Ministerio Público, la norma demandada resulta contraria al principio de igualdad, por cuanto protege a determinados sujetos pasivos de agresiones en el seno de la familia, pero excluye de esa protección a otros sujetos que se

encontrarían en las mismas condiciones. En esa infracción se incurría también por el hecho de que al despenalizar el maltrato sexual intrafamiliar se dejaría de brindar una protección adecuada a quienes, por su situación de particular vulnerabilidad, tienen, de acuerdo con la Constitución, la calidad de sujetos de especial protección.

Encuentra la Corte que el planteamiento del problema de igualdad que se hace en la demanda presenta dificultades, por cuanto, en principio, la norma acusada se orienta a proteger a todos los integrantes del núcleo familiar, en igualdad de condiciones. Así, desde el punto de vista preventivo, que se ha identificado por alguno de los coadyuvantes de la demanda como el más significativo para este tipo delictivo, no cabe señalar una diferencia de trato en la norma acusada, porque los integrantes del núcleo familiar, reciben, todos, idéntica protección, y si, de aceptarse el criterio de la demandante, la norma acusada implicase reducir ese nivel de protección, tal reducción afectaría por igual a todos los miembros del grupo familiar.

La demanda, sin embargo, puede interpretarse en dos líneas alternativas, conforme a las cuales las diferencias de trato, por una parte, se producen desde la perspectiva de las víctimas, y, por otra, se desprenden de la distinta regulación de fenómenos que son sustancialmente iguales. Así, en el primer caso, mientras que las víctimas de maltrato físico y psíquico en la familia, gozarían de la protección que brinda el derecho penal, no ocurriría lo mismo con las víctimas de maltrato sexual en ese mismo ámbito. En el segundo caso, resulta, en criterio de la actora, contrario a la igualdad que se sancione penalmente el maltrato físico y psíquico, pero que no ocurra lo propio con el maltrato sexual.

Para la demandante el problema de desigualdad que considera existe en la norma, no se subsana por el carácter subsidiario del tipo de la violencia intrafamiliar, porque, así como el Código Penal tipifica delitos de orden específicamente sexual, también tipifica delitos de maltrato físico y psíquico, sin que exista justificación para excluir del tipo penal la violencia sexual intrafamiliar, pero mantener el maltrato físico y el psíquico.

Ese planteamiento del problema de la igualdad remite al examen de un aspecto de la regulación penal de estas modalidades delictivas que es pasado por alto por la actora: La diferencia entre tipos de resultado y tipos de actividad o de mera conducta.

En la medida en que la norma acusada establece un tipo subsidiario no cabe hacer un análisis aislado de la misma. La consideración en su conjunto de los tipos penales relevantes, muestra que no cabe señalar, desde una perspectiva dogmática penal, que las materias objeto de los mismos deban tratarse de idéntica manera.

En las hipótesis de maltrato físico y psíquico, la subsidiariedad es un elemento integrante del tipo de la violencia intrafamiliar, porque complementa la descripción de la conducta que es objeto del mismo. Así, el delito de violencia intrafamiliar se refiere al maltrato físico y psicológico que no esté sancionado con pena mayor. Ello remite, primordialmente, a los delitos contra la vida y la integridad personal, que son delitos de resultado. Esto es, la ley describe de manera taxativa el resultado que hace parte del tipo. Así, en el homicidio, la muerte de la víctima, y en las lesiones personales, la deformidad (Art. 113 C.P.), la perturbación funcional (Art. 114 C.P.), la perturbación psíquica (Art 115 C.P.) o la pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro (Art.116 C.P.). El primer enunciado del tipo de violencia intrafamiliar es abierto, puesto que se refiere a cualquier forma de maltrato físico o psicológico. Sin embargo, el tipo se determina cuando se precisa que las conductas que lo integran son aquellas que no constituyen delito sancionado con pena mayor. Esto es, las conductas de maltrato físico o psicológico que no conduzcan a la muerte de la víctima, ni le ocasionen lesiones de las características enunciadas en los tipos de lesiones personales. Hay unas conductas objetivamente determinables que satisfacen esa doble condición: son maltrato pero no cumplen las condiciones objetivas de los tipos de lesiones o de homicidio. Se trata, por consiguiente, de situaciones excluyentes. Quien incurre en una conducta de lesiones personales, está por fuera del tipo de violencia intrafamiliar, y viceversa, un caso de maltrato que se inscriba en el tipo de la violencia intrafamiliar, no podría subsumirse en los tipos de homicidio o de lesiones personales.¹⁵

Se trata de ámbitos separados, de manera que una conducta que en el ámbito de la familia es delictiva, no tiene reproche penal si se realiza por fuera de ese ámbito. El tipo, de este modo, se configura como autónomo y orientado a la protección de un bien jurídico -la unidad familiar- distinto del propio de los tipos de homicidio y lesiones. Así, una conducta que no es objeto de reproche penal desde la perspectiva de los bienes de la vida y la integridad personal, si lo es dentro del propósito de proteger a la familia. Se conjugan así dos clases distintas de tipos penales, una de tipos de resultado, para la protección de la vida y la integridad personal, y otra, con un tipo de mera conducta, para la protección de la familia.

Dentro de la línea argumentativa que en el Congreso de la República dio lugar a la exclusión del maltrato sexual como modalidad específica del tipo de la violencia intrafamiliar, podría sostenerse que en relación con el maltrato sexual la situación es distinta a la predictable del maltrato físico y psíquico. De este modo, podría señalarse que los tipos relevantes de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, son tipos de actividad o de mera conducta y que, por consiguiente, no sería posible hacer, entre las conductas que se adecuen a la descripción típica, una distinción de categorías sujeta a parámetros normativos, para señalar que algunas conductas de maltrato sexual deban tratarse dentro de los tipos de los actos sexuales violentos o abusivos, al paso que otras deban serlo dentro del tipo de la violencia intrafamiliar. El elemento de subsidiariedad en este último tipo, no tendría una connotación descriptiva y complementaria del tipo y remitiría a una mera valoración y discrecionalidad judicial. Así, correspondería al juez determinar, por ejemplo, qué conductas realizadas con menores y que tengan connotación de maltrato sexual deben sancionarse por el tipo de actos sexuales abusivos y cuales de esa conductas deberían serlo por el tipo de la violencia intrafamiliar. La descripción típica sería coincidente, porque, con exclusión de las conductas de acceso carnal, que tienen una descripción específica en los tipos de violación y actos sexuales abusivos, toda conducta de maltrato sexual encajaría en la descripción de los actos sexuales, diversos del acceso carnal, violentos o abusivos.

Sin embargo, encuentra la Corte que el asunto no puede plantearse en términos absolutos. Así, si bien es cierto que toda conducta de maltrato sexual que pueda encuadrarse en los tipos de violación y actos sexuales abusivos, no puede subsumirse en el tipo de la violencia intrafamiliar, no es exacto decir que toda conducta de maltrato sexual cabe en esos tipos generales. Ello remite a un análisis particularizado. Ciertamente es difícil imaginar una conducta que constituya maltrato sexual y que no pueda encuadrarse en el tipo de actos sexuales abusivos con menores de 14 años. Si se considera que el tipo es omnicomprensivo de las conductas de maltrato sexual distintas del acceso carnal, no habría espacio para un tipo autónomo. Así, el artículo 209 del Código Penal, establece tres modalidades de conducta para este delito: a) realizar actos sexuales diversos del acceso carnal, con persona menor de catorce años; b) realizar esta misma clase de actos, en presencia del menor, y c) inducir al menor a prácticas sexuales. En esas tres modalidades cabe incluir cualquier conducta de naturaleza sexual que afecte a un menor de 14 años.

Lo propio puede decirse en relación con el tipo del acto sexual violento, puesto que todo acto

sexual, distinto del acceso carnal, que se realice sin el consentimiento del sujeto pasivo capaz de consentir, se encuadra dentro del tipo penal del acto sexual violento.

De este modo, en relación con estas conductas, hay quienes consideran que la inclusión del maltrato sexual dentro del tipo de la violencia intrafamiliar, conduciría a un concurso ideal de leyes, puesto que la misma conducta sería susceptible de encuadrarse en el tipo de violencia intrafamiliar, en la modalidad de maltrato sexual, y en los tipos de violencia sexual. No habría en el tipo de la violencia intrafamiliar un elemento que completara la descripción de la conducta de tal manera que se pudiese encontrar una diferencia normativamente pre establecida entre aquellas que encajan en el tipo de violencia intrafamiliar y aquellas que remiten a los tipos de violación y actos sexuales abusivos. Ese concurso haría imperativo un particular análisis sobre el grado de lesividad de la conducta, en orden a establecer cual sería el tipo penal aplicable. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en ese examen, si se encuentra que la conducta lesiona el bien jurídico protegido hay delito, y si no lesiona el bien jurídico, la conducta no puede ser objeto de sanción penal, sin que le corresponda al juez establecer niveles de lesividad para disponer el tipo aplicable. El nivel de reproche penal está establecido por la ley, que establece un rango punitivo, dentro del cual debe darse la valoración judicial. El juez establece en cada caso si hay o no hay lesión y si la hay, se remite a ese rango definido por el legislador, sin que quepa que sea el juez el que defina el tipo penal aplicable según su propia valoración de la conducta. Para resolver ese conflicto de normas, sería necesario acudir a criterios objetivos y uno de ellos sería el de especialidad. Así, como los tipos de violación y actos sexuales abusivos, son generales, al paso que el de violencia intrafamiliar es especial, en la medida en que remite al mismo tipo de conductas pero realizadas en un escenario en particular, habría de aplicarse la norma especial sobre la general, con la consecuencia de que en los eventos de actos sexuales distintos del acceso carnal, realizados dentro de la familia y que constituyan maltrato sexual habría de aplicarse la sanción prevista en el tipo de violencia intrafamiliar que es mucho menos severa que la prevista en los tipos de violación y actos sexuales abusivos.

La hipótesis del concurso ideal de normas, sin embargo, estaría conjurada por el carácter subsidiario expreso del tipo de la violencia intrafamiliar. En ese caso, entonces, el problema sería la inocuidad de la norma, porque si las conductas a las que ella remite son lesivas de los bienes jurídicos de la libertad, la integridad y la formación sexuales, estarían sancionadas con base en los tipos penales específicos, y si no son lesivas de tales bienes, no serían objeto

de reproche penal.¹⁶

Con todo, cabría señalar que es posible encontrar conductas de maltrato sexual, que no puedan subsumirse en los tipos de los delitos sexuales, y que sin embargo sean merecedoras de reproche penal. Un ejemplo podría ser una conducta, realizada entre adultos, que no obstante su connotación sexual, no implique contacto físico y que se realice sin el consentimiento del sujeto pasivo capaz de otorgarlo¹⁷. Es podría ser el caso, por ejemplo, de la persona que, mediante el empleo de alguna forma de violencia, sea sometida a presenciar actividades de contenido sexual explícito. Tal hipótesis implicaría el empleo de violencia sobre la víctima, y como quiera que la violencia que se ejerce sobre las personas solo puede ser, o física, o psíquica, ello permitiría encuadrar la conducta en el tipo de la violencia intrafamiliar, como maltrato físico o psicológico, según sea el caso. Debe observarse, que entre adultos capaces de consentir, las conductas sexuales no pueden ser, per se, objeto de sanción penal, y que la ilicitud de las mismas depende de la modalidad de la conducta, bien sea porque se recurre a la violencia, física o sicológica, o porque se pone a la víctima en incapacidad de resistir.

Las anteriores consideraciones imponen la conclusión de que, si bien la disposición demandada excluyó la referencia al maltrato sexual como modalidad específica del tipo penal de la violencia intrafamiliar, en aquellos casos en los que una conducta de agresión sexual no pueda subsumirse en tipos delictivos que tengan prevista una pena mayor, la ilicitud de la misma se derivaría de su carácter violento, y, por consiguiente, ella se encuadraría, de manera necesaria, en los conceptos de maltrato físico o psicológico. De esta manera, la exclusión de la expresión “sexual” como modalidad del maltrato dentro del tipo de la violencia intrafamiliar, sólo dejaría por fuera del tipo conductas no violentas, las cuales, en una consideración estricta del tipo penal -que incorpora, tanto en su título, como en el capítulo del que hace parte- la expresión violencia intrafamiliar, estarían excluidas de manera general. Dichas conductas, por otra parte, en cuanto que puedan considerarse como una expresión de maltrato, serían enfrentadas a través de los instrumentos no penales que el ordenamiento ha previsto para el efecto.

Así, la diferente naturaleza de las conductas y de los bienes jurídicos presentes en el maltrato físico y psíquico, por un lado, y el maltrato sexual, por otro, explica la diferencia de régimen jurídico. En relación con el maltrato físico y psicológico, la ley establece, por un lado, unos delitos de resultado que penalizan las conductas que produzcan la muerte de la víctima o le occasionen lesiones físicas o psíquicas de cierta entidad, y, por otro, un delito de mera conducta que se materializa en el maltrato penalizado a través del tipo de la violencia intrafamiliar. En el maltrato sexual, el ordenamiento penal establece como delitos de mera conducta, con una descripción bastante comprensiva, los previstos en los tipos de violación y actos sexuales abusivos, y no hace una referencia expresa al maltrato sexual en el tipo de violencia intrafamiliar.

Considera la Corte que esa diferencia de tratamiento legislativo, per se, no es contraria a la Constitución, y que debe examinarse si existe un imperativo constitucional de penalización de cierta clase de conductas sexuales que no quepan en los tipos de los delitos sexuales, ni tampoco en el de violencia intrafamiliar, ni en ningún otro tipo penal, pero que puedan considerarse como una forma de maltrato, asunto que se abordará a continuación, al estudiar el cargo por omisión legislativa.

En síntesis, el examen del cargo de igualdad propuesto no puede hacerse en la consideración aislada de la norma demandada, sino que el problema debe mirarse desde el conjunto de normas que regulan la materia. En ese contexto se tiene que las modalidades de maltrato que pueden presentarse en el seno de la familia remiten a problemas distintos -tanto así, que la propia demanda parte de enfatizar la diferencia que existe entre el maltrato sexual y los otros tipos de maltrato-, para los cuales el legislador ha previsto soluciones también distintas, sin que pueda señalarse que, por imperativo constitucional, el tratamiento que debe darse a las distintas modalidades de violencia sea idéntico. En ese contexto, el legislador ha previsto unos tipos penales diferenciados para enfrentar las distintas modalidades de violencia, y cae dentro del ámbito de configuración legislativa el desarrollo de la mejor respuesta para enfrentar las situaciones marginales de maltrato sexual, que no quepan dentro de los tipos penales de violación y de actos sexuales abusivos y que tampoco pueden encuadrarse como maltrato físico o psicológico, sin que, en principio, pueda decirse que por imperativo constitucional, tales conductas deban ser objeto de sanción penal.

De este modo, frente al cargo por violación del principio de igualdad, se tiene que el

legislador ha regulado de distinta manera situaciones que son distintas, sin que, por consiguiente, tal diferencia pueda ser considerada, per se, como contraria a la Constitución.

Enfatiza la Corte que si bien, en atención al conjunto de consideraciones que se han presentado, es posible concluir que la norma demandada no es contraria al principio de igualdad, ello no significa que, como se asume en la demanda y en algunas de las intervenciones, se de vía libre a una cierta tolerancia en materia de violencia intrafamiliar. Por el contrario, la Corte reitera el compromiso plasmado en la Constitución para la erradicación de todo tipo de violencia en el ámbito de la familia, lo cual no quiere decir, sin embargo, que, en cuanto se respete ese propósito, el legislador no pueda acudir a distintas formulaciones normativas desde la perspectiva dogmática penal y de política criminal.

4.2. La disposición acusada no comporta una omisión legislativa contraria a la Constitución

Para la demandante la norma acusada resulta contraria a la Constitución por cuanto incurre en una omisión legislativa relativa debido a que, al desarrollar los mandatos de protección de adultos, mujeres, niños y niñas y personas que se hallen en condiciones de discapacidad, lo ha hecho frente a algunas relaciones, dejando por fuera supuestos análogos, puesto que penaliza únicamente dos formas de maltrato familiar, -el físico y el psíquico- y excluye una tercera -el sexual-.

El cargo por omisión legislativa que se ha planteado en la presente demanda parte del presupuesto de que la norma acusada despenalizó el maltrato sexual intrafamiliar. Así, la demandante señala que la norma acusada comporta una despenalización de la agresión sexual como modalidad de la violencia intrafamiliar cuando no se esté en presencia de un hecho punible sancionado con una pena mayor. La Comisión Colombiana de Juristas, a su vez, señala que bajo la redacción del tipo penal acusado no se castigan las agresiones de carácter sexual perpetradas contra los miembros de núcleo familiar. Aunque en ambos casos se da cuenta del carácter subsidiario del tipo de la violencia intrafamiliar, la argumentación en torno a su inconstitucionalidad se construye, exclusivamente, en atención a la que consideran una despenalización del maltrato sexual intrafamiliar.

Esa aproximación al tema impone la necesidad de hacer una diferenciación, puesto que una

cosa es que -como efectivamente ha ocurrido- la disposición demandada haya excluido la referencia al maltrato sexual como modalidad específica del tipo penal de la violencia intrafamiliar, y otra muy distinta -que no surge de la norma acusada- que con ello se haya despenalizado toda forma de maltrato sexual cuando la misma tenga lugar en el seno de la familia.

Tal como se ha señalado en esta providencia, la segunda de las anteriores apreciaciones no es correcta, al menos por dos razones. Por un lado, porque, como lo ponen de presente los propios censores, el tipo de la violencia intrafamiliar es un tipo penal subsidiario, que remite a los tipos generales de delitos contra la vida, la integridad personal, la autonomía personal y la libertad, integridad y formación sexuales, y, por otro, porque las conductas de maltrato sexual que no quepan en esos tipos, en cuanto tengan connotaciones violentas, comportan también una afectación física o sicológica, sancionable dentro del tipo específico de la violencia intrafamiliar.

En el primer caso se podría argumentar que, como quiera que se excluyó el maltrato sexual de la estructura del tipo de la violencia intrafamiliar, la remisión subsidiaria a los delitos con penas más graves no cabría en relación con las conductas que se produzcan en el seno de la familia y tengan connotación sexual. Se trata, sin embargo, de una interpretación extremadamente forzada, conforme a la cual, en aplicación de la disposición acusada, ni la violación, ni los actos sexuales abusivos estarían sujetos a sanción penal cuando la víctima sea un integrante del núcleo familiar. La realidad es otra, puesto que los referidos tipos penales, que se orientan a la protección de unos bienes jurídicos de mayor entidad -en cuanto que atienden a la persona en cuanto que tal-, no distinguen en razón de la calidad de la víctima y, por consiguiente, no solamente tienen plena aplicación cuando la agresión se produce dentro del núcleo familiar, sino que, además, esa circunstancia puede tomarse como un elemento de agravación punitiva. Sobre este particular se pronunció la Corte en la Sentencia C-285 de 1997, al señalar que los delitos que de manera general se hayan previsto para la protección de la persona, no pueden tener una consideración distinta, más benigna, cuando se cometan en el ámbito familiar, sin perjuicio de la agravación punitiva que quepa establecer.

De esta manera, resulta claro que en el ordenamiento jurídico colombiano hay un primer nivel de protección penal contra el maltrato sexual que tenga lugar en el seno de la familia,

que se aplica a todas aquellas conductas susceptibles de ser subsumidas dentro de los tipos de violación y de actos sexuales abusivos.

En segundo lugar, un subsiguiente nivel de protección contra el maltrato sexual se da dentro del tipo de la violencia intrafamiliar, cuando la agresión sexual se manifiesta en conductas de violencia física o psíquica. No cabe decir que un acto sexualmente agresivo, que produzca una afectación física o psíquica en la víctima, no sea susceptible de encuadrarse en el tipo de la violencia intrafamiliar porque éste no se refiere expresamente al maltrato sexual. En criterio de la accionante, que es compartido por el Ministerio Público, ese encuadramiento no sería posible debido a la rígida exigencia de la tipicidad clara y cerrada en materia penal, que impide ampliar los tipos penales por analogía o por extensión. La verdad, sin embargo, es precisamente la contraria. Nada autoriza al intérprete para excluir del ámbito del tipo de violencia intrafamiliar una conducta que constituya maltrato físico o psíquico con el argumento de que la misma tiene connotación sexual. No cabría allí un argumento de interpretación histórica, para decir que, conforme a la ley basta que una conducta agresiva tenga connotación sexual, para que se considere excluida del tipo, independientemente de la afectación física o psíquica que sea capaz de producir en la víctima. No solo porque el tipo no permite tal distinción, sino porque, además, la interpretación histórica remitiría a las razones del legislador, que claramente se orientó a proteger a los miembros de la familia contra todo tipo de violencia.

En esta materia es preciso tener en cuenta que la violencia que se aplica sobre las personas puede ser, o física, o psíquica, sin que, desde una perspectiva jurídica las conductas sexuales puedan considerarse, per se, como un tipo de violencia. Esto es, para que pueda hablarse de violencia sexual, se requiere que la conducta sexual haya estado acompañada de algún tipo de fuerza, sea física o psíquica, hipótesis en la cual, si la conducta no está sancionada con pena mayor, se encuadra en el tipo de la violencia intrafamiliar, como maltrato físico o psíquico.

En ese contexto, encuentra la Sala que el problema de tipicidad podría surgir en el extremo opuesto al planteado en la demanda, puesto que la amplitud de los tipos penales que protegen a las personas, en cuanto que tales y como integrantes de la familia, contra todo

tipo de violencia en el campo sexual, reduce el ámbito de las conductas que puedan tener connotación de maltrato sexual y que no sean susceptibles de encuadrarse en ellos y las deja en un nivel de indeterminación difícilmente conciliable con las exigencias de la tipicidad en materia penal.

Lo anterior puede constatarse al analizar el régimen legal de los delitos de contenido sexual. Así, en primer lugar, en los delitos de violación sexual la descripción contenida en los tipos penales remite a conductas precisas, con circunstancias de modo también precisas. Los respectivos tipos exigen la existencia de acceso carnal, o de acto sexual diverso al acceso carnal -que implica contacto corporal-, mediante violencia, o en persona puesta en incapacidad de resistir. Los actos sexuales abusivos, a su vez, tienen una descripción más amplia de las conductas, cuya ilicitud proviene de la condición de la víctima como menor de catorce años, o como incapaz de resistir. En todo caso, el proceso de adecuación típica de los actos sexuales abusivos se realiza conforme a los precisos elementos descriptivos contenidos en la ley: Tratándose de conductas que afecten menores, se requiere que exista acceso carnal, o acto sexual distinto del acceso carnal, realizado con el menor o en su presencia, o inducción a prácticas sexuales, todo en relación con menores de 14 años. Si se trata de una persona en incapacidad de resistir, el tipo implica el acceso carnal o la realización de actos sexuales diversos de él, en persona en estado de inconsciencia, o que padezca trastorno mental o que esté en incapacidad de resistir.

No obstante la amplitud de los anteriores tipos penales, que permiten encuadrar en ellos prácticamente toda conducta de violencia que tenga connotación sexual, cabría señalar que es posible aislar conductas de maltrato sexual que no sean susceptibles de subsumirse en ellos. En tales hipótesis, y en la medida en que el maltrato sexual se manifieste de manera violenta en los ámbitos físico o psicológico, el mismo sería reprimido como violencia intrafamiliar.

Siguiendo las consideraciones de la demanda podría señalarse que sería posible, aún, identificar conductas que puedan tener una connotación de maltrato sexual y que no puedan encuadrarse tampoco en la violencia intrafamiliar. Para ello sería necesario que las mismas estuviesen desprovistas de toda manifestación violenta. La demandante se refiere, por

ejemplo a “presiones sexuales sutiles” o a la “imposición de comportamientos sexuales no deseados”; en el concepto del Ministerio Público se alude a “la práctica de lo que la técnica sicoanalítica ha denominado como ‘perversiones sexuales’ y que se traducen en la imposición de prácticas sexuales no deseadas, por medio del chantaje, del miedo y otros medios de presión en el campo de la sexualidad”, y en la intervención de la Comisión Colombiana de Juristas se señalan “...la desnudez forzada, el acoso sexual por cualquier miembro del grupo familiar y los tratos verbales con connotación sexual entre otros ...”.

En tales hipótesis, si las conductas se manifiestan mediante violencia física o psíquica, estarían penalizadas dentro del tipo de la violencia intrafamiliar. Pero, supuesta la ausencia de violencia, para la determinación de la ilicitud de la conducta habría que acudir a una valoración de la lesividad de la misma, desde la perspectiva de las víctimas, en los ámbitos de la libertad, la integridad y la formación sexuales. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que si las víctimas son menores o personas en incapacidad de resistir, esa afectación de los mencionados bienes jurídicos reconduciría la conducta a los tipos de actos sexuales abusivos que desplazan al tipo de la violencia intrafamiliar, dado su carácter subsidiario. Cuando las conductas ocurran entre adultos, y por sus características no quepan en los tipos de violación o de violencia intrafamiliar, ciertamente habría un problema de tipicidad por la ausencia de criterios para establecer cuales de esas conductas serían sancionadas penalmente y cual el contenido de ilicitud de las mismas.

Con todo, podría decirse que, finalmente, en un tercer nivel, sería posible identificar algunas conductas que tengan entidad como maltrato sexual pero que están desprovistas de violencia y no puedan considerarse constitutivas de maltrato físico o psicológico, o, al menos, que no tengan en esos ámbitos una entidad suficiente como para ser sancionadas como tales. En ese evento podría decirse que el legislador habría optado por no penalizar esas conductas y que las medidas de protección para las víctimas actuales o potenciales tendrían sólo carácter preventivo, correctivo o reparador.

En este contexto, el cargo por omisión legislativa, conforme al cual, contrariando expresos mandatos constitucionales, se habría despenalizado el maltrato sexual intrafamiliar, se aplicaría, exclusivamente, en relación con unas conductas residuales y sutiles, exentas de violencia, y respecto de las cuales habría que concluir que el legislador optó por excluir la

sanción penal.

Así planteado el problema, debe concluir la Corte que dicha decisión legislativa no es inconstitucional, porque no se ha establecido que exista un imperativo derivado de la Carta y conforme al cual tales conductas deban ser objeto de sanción penal y, por el contrario, aparece que la definición del tipo de respuesta que el ordenamiento debe ofrecer para tales conductas se inscribe en el ámbito de configuración de legislador.

Sobre este particular, de manera general, la Corte ha señalado que, para garantizar la efectividad de determinados bienes jurídicos, se desprende de la Constitución la obligación de que se establezcan distintos medios de protección, que pueden ser alternativos, concurrentes o subsidiarios, de acuerdo con la valoración que sobre la materia se haga por el legislador.¹⁸

En ese escenario, dijo la Corte, corresponde al legislador la valoración en torno a los bienes jurídicos que ameritan protección penal, las conductas susceptibles de producir lesiones en tales bienes, el grado de gravedad de la lesión que de lugar a la aplicación del *ius puniendi*, y el quantum de la pena que deba aplicarse.¹⁹

Destacó la Corte que sobre la materia existe una amplio margen de configuración legislativa y que “[e]n principio, no existe, de manera expresa, un imperativo constitucional según el cual determinados bienes jurídicos deban, necesariamente, protegerse a través del ordenamiento penal.”²⁰ Y agregó que, “[p]or el contrario, dentro de una concepción conforme a la cual sólo debe acudirse al derecho penal, con su efecto limitativo de las libertades individuales, cuando no exista otro medio de protección de los bienes jurídicos que resulte menos invasivo, la criminalización de una conducta solo puede operar como *ultima ratio*.²¹

Preciso la Corte que, en esta materia, la potestad de configuración del legislador se mueve dentro de dos extremos, uno en el cual la criminalización de ciertas conductas es un imperativo constitucional, y otro conforme al cual determinados comportamientos se encuentran constitucionalmente excluidos de la posibilidad de ser objeto de sanción penal. Así, hay casos en los que, tanto la naturaleza de los bienes jurídicos que se afectan, como la gravedad de las conductas cuya exclusión se impone como medida para la protección de los mismos, hacen imperativa, desde la perspectiva del ordenamiento constitucional, incluidos

en él los tratados que forman parte del bloque de constitucionalidad, la criminalización de tales conductas. Por el contrario, expresó la Corte, en el otro extremo se encontrarían aquellas conductas que, dado que se desenvuelven en ámbitos de libertad constitucionalmente garantizados, estarían constitucionalmente excluidas de la posibilidad de ser objeto de sanción penal.

Entre esos dos extremos el legislador, dentro de los límites generales que el ordenamiento constitucional le impone en materia penal, cuenta con un amplio espacio de configuración legislativa en orden a determinar los bienes jurídicos que son susceptibles de protección penal, las conductas que deben ser objeto de sanción, y las modalidades y la cuantía de la pena. Sobre este particular la Corte señaló que la decisión legislativa de criminalizar una conducta, implica que el legislador ha considerado que para la protección de cierto bien jurídico es necesario acudir a mecanismos comparativamente más disuasivos que otros que podrían emplearse, no obstante su efecto limitativo de la libertad personal.

Si bien es cierto que de la Constitución se deriva el imperativo de que las autoridades del Estado adopten las medidas necesarias y suficientes para la protección de los derechos de las personas, la valoración en torno a cuales deban ser esas medidas entra dentro de un amplio ámbito de configuración del legislador.

Corresponde, pues, al legislador realizar un ejercicio de ponderación en orden a establecer cual es la medida de protección más adecuada, ponderación que, como se señaló por la Corte, adquiere particular relevancia cuando por virtud de un cambio legislativo se disminuye el grado de protección de un derecho fundamental o se suprime uno de los instrumentos que el ordenamiento había previsto para su defensa.

Sobre el particular dijo la Corte:

“Así, puede ocurrir, por ejemplo, que la nueva ley sea una respuesta a un cambio en la estimación colectiva del bien objeto de protección; o que la variación puede estar en la ponderación sobre lo adecuado de la respuesta o de los instrumentos de protección. O puede tratarse de un cambio de apreciación en torno a la efectividad de los instrumentos de protección, por considerar, por ejemplo, que no por más gravosos para el infractor, los instrumentos penales resultan más efectivos para la protección del derecho, en determinados supuestos.

Dentro de ese ámbito de configuración, el legislador puede reducir la intensidad de ciertos mecanismos de protección de los derechos, o eliminarlos para confiar la protección de los bienes jurídicos a otros instrumentos de garantía. O puede, por el contrario, hacer más intensas las medidas de garantía, cuando parezca que ello es necesario para la preservación de determinados bienes jurídicos.

En este contexto, el legislador puede optar por prescindir de la protección penal, cuando considere que basta con los mecanismos previstos en otros ordenamientos, como v.gr. la nulidad de los actos jurídicos o la indemnización de perjuicios en el derecho civil o la responsabilidad patrimonial y disciplinaria en el derecho administrativo. O puede atenuar las medidas de protección penal, restringiendo el ámbito del tipo penal, o reduciendo el quantum de la pena, o, en fin, excluir la responsabilidad o la punibilidad por consideraciones de tipo preventivo. Y todo dentro de la valoración, también, de la medida en que se estima vulnerado el bien jurídico protegido."

En este caso, entonces, para llegar a la conclusión de que el legislador habría incurrido en una omisión legislativa al despenalizar determinadas manifestaciones residuales y sutiles de maltrato sexual en el ámbito familiar, sería necesario mostrar que la criminalización de esas conductas obedece a un imperativo constitucional, y que los bienes jurídicos que están en juego, como consecuencia de la medida legislativa, habrían quedado desprovistos de toda protección.

Sin embargo, se tiene que la exclusión de esas conductas del ámbito penal no comporta omisión del deber de brindar especial protección a la mujer, a la familia, a los niños y niñas, al adolescente, a las personas de la tercera edad y a los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, por las siguientes razones:

a. Porque, como se ha visto, la legislación penal colombiana protege a los integrantes del núcleo familiar, sin discriminación alguna, contra toda forma de violencia, en particular la que tenga connotación sexual. Así, el ordenamiento penal protege a todas las personas, por su mera condición de tales, contra las conductas que resulten lesivas de su libertad, integridad y formación sexuales. Adicionalmente, la ley penal protege la unidad familiar, al establecer, por un lado, causales de agravación punitiva en los tipos de delitos sexuales, en las que cabe

el hecho de que la víctima haga parte del núcleo familiar del agresor, y al configurar, por otro, como modalidad delictiva autónoma, la violencia intrafamiliar. Esto es, los integrantes del núcleo familiar encuentran protección en el ordenamiento penal contra todas las expresiones de maltrato sexual que puedan subsumirse en los tipos de violación, actos sexuales abusivos y violencia intrafamiliar, en la modalidad de maltrato físico o psíquico.

a. Porque el mandato de protección de esos sujetos contenido en la Constitución y en los instrumentos internacionales vinculantes para Colombia, no comporta necesariamente una respuesta de tipo penal, y, en adición a las medidas de protección penal que se han enunciado, existen en el ordenamiento jurídico colombiano otros medios de protección, no penales, para atender todo tipo de maltrato sexual, incluso el que pueda quedar por fuera de las categorías que son objeto de reproche penal.

Sobre este particular, la Corte, en la Sentencia C-059 de 200522, al referirse al cuestionamiento entonces realizado sobre la asignación de competencia a los Jueces de Paz y a los Conciliadores en Equidad para obtener, con su mediación, que cese la violencia, maltrato o agresión que se hayan producido en el seno de la familia, expresó que “[s]i bien es cierto que por mandato constitucional cualquier forma de violencia en la familia debe ser objeto de sanción conforme a la ley, para lo cual será necesario adoptar medidas de carácter represivo, también lo es que el Estado y la sociedad deben velar por una protección integral de la familia con miras a alcanzar los postulados fundamentales del Estado, la consecución de la paz y la promoción de la prosperidad general (arts. 2, 22 y 95-6 de la CP). Agrego la Corte que lo anterior significa que, “... también por mandatos constitucionales, el Estado debe adoptar otro tipo de medidas de carácter preventivo y correctivo que bien pueden incluir mecanismos alternativos y complementarios para la solución pacífica de conflictos intrafamiliares.”

Por esas razones, en relación con esos casos límite y de carácter marginal, que no caben dentro de los tipos generales de delitos contra la vida y la integridad personal y contra la libertad, la integridad y la formación sexuales, y tampoco pueden encuadrarse como maltrato físico o psicológico, considera la Corte que corresponde al legislador el diseño de los instrumentos más adecuados de respuesta del ordenamiento jurídico, sin que dicha

respuesta, por imperativo constitucional, deba ser, necesariamente, de carácter penal. Por consiguiente, no se presenta una omisión legislativa cuando el legislador, al regular el delito de violencia intrafamiliar, decide no diferenciar el maltrato sexual como una modalidad específica del tipo penal.

4.3. El error en la remisión normativa

Tal como se pone de presente por la demandante, la referencia al “artículo anterior” contenida en la disposición acusada obedece a un evidente error del legislador y es claro que, en realidad, se quería significar el “inciso anterior”. Sin embargo, la acción de inconstitucionalidad no es la vía para la corrección de los errores en los que incurra el legislador, cuando ellos, en si mismos considerados, no constituyan un vicio de inconstitucionalidad, bien sea por defecto de trámite o por manifestarse en una disposición contraria a la Constitución. En el presente caso se está ante un problema de aplicación de la norma, para lo cual los operadores jurídicos deberán tener en cuenta que existió claridad en el propósito legislativo, en la medida en que la ley se introdujo precisamente con el propósito de establecer unos agravantes punitivos al tipo preexistente de la violencia intrafamiliar, y que no obstante el error en la remisión, es evidente que ellos se predican de las conductas descritas en el mismo artículo, en su inciso primero.

No observa la Corte que de ese defecto formal de la ley se derive un problema de inconstitucionalidad, y por ello la expresión acusada habrá de declararse exequible, por el cargo presentado.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero. Declarar la EXEQUIBILIDAD del inciso primero del artículo 229 de la Ley 599 de 2000, tal como fue modificado por el artículo 1º de la Ley 882 de 2004, por los cargos estudiados.

Segundo. Declarar la EXEQUIBILIDAD de la expresión “, del que habla el artículo

anterior”, contenida en el inciso segundo del artículo 229 de la Ley 599 de 2000, tal como fue modificado por el artículo 1º de la Ley 882 de 2004, por el cargo presentado.

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

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Presidente

CON ACLARACIÓN DE VOTO

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

CLARA INES VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

ACLARACIÓN PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

A LA SENTENCIA C-674 de 2005

MALTRATO SEXUAL-Penalización en el contexto del maltrato físico y psicológico/VIOLENCIA INTRAFAMILIAR-No despenalización del maltrato sexual (Aclaración parcial de voto)

El artículo demandado no ha despenalizado el maltrato sexual ya que éste es una forma de violencia al interior de la familia que se concreta a través de actos físicos o psicológicos que constituyen, a la vez, un maltrato sexual. Por lo tanto, la relación sexual es el ámbito dentro del cual sucede el maltrato, que siempre va a implicar un acto físico o psicológico penalizado por el artículo 229 acusado. El maltrato sexual se manifiesta de diversas formas. Algunas de ellas están cobijadas por tipos como el acceso carnal violento, el acto sexual violento, el acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir, la inducción a la prostitución y el constreñimiento a la prostitución entre otros. Cuando la conducta no se adecue a estos tipos que protegen la vida, la integridad, la libertad y la autonomía, ello no significa que el maltrato sexual este permitido. Las formas de maltrato sexual no sancionadas con una pena mayor en otros tipos, quedan cobijadas por el maltrato físico o psicológico en las relaciones sexuales. De ahí que no se este despenalizando el maltrato sexual al suprimir en la nueva redacción la palabra “sexual”. O sea que los contextos sexuales no dan carta blanca para maltratar. El maltrato físico o psicológico en dichos contextos también esta sancionado por el artículo 229 acusado.

VIOLENCIA SEXUAL-Definiciones (Aclaración parcial de voto)

DERECHO A LA INTIMIDAD FAMILIAR-Alcance (Aclaración parcial de voto)

INTERVENCION DEL ESTADO EN RELACIONES FAMILIARES-Alcance (Aclaración parcial de voto)

Referencia: expediente D-5529

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1 (parcial) de la Ley 882 de 2004 “Por medio de la cual se modifica el artículo 229 de la Ley 599 de 2000”.

Actor: Karin Irina Kuhfeldt Salazar

Magistrado Ponente:

RODRIGO ESCOBAR GIL

Con el acostumbrado respeto aclaro parcialmente el voto. Si bien comparto la declaratoria de exequibilidad de los contenidos normativos acusados considero que se deben hacer unas precisiones: i) las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado colombiano han ordenado la condena de todo acto de violencia al interior de la familia, dentro de los cuales se encuentra el maltrato sexual; ii) todo acto de violencia intrafamiliar está sancionado y siendo el maltrato sexual una forma de violencia al interior de los hogares, es una conducta reprochable y penalizada; iii) los jueces, al aplicar la norma declarada exequible, deben analizar si se encuentran frente a un maltrato en un contexto sexual; iv) en el juzgamiento de esa conducta por parte de la justicia es necesario aclarar que si bien el derecho a la intimidad debe ser respetado éste no puede ser invocado para desproteger a una víctima de maltrato sexual.

1. Obligaciones internacionales adquiridas en relación a la proscripción de todo acto de violencia al interior de la familia, lo que comprende el maltrato sexual.

El Estado colombiano ha adquirido una serie de obligaciones internacionales que prescriben la protección de la familia y excluyen el uso de la violencia en el ámbito intrafamiliar. Entre otros, se encuentran los siguientes instrumentos internacionales, vinculantes para el Estado

colombiano, que establecen la protección contra la violencia intrafamiliar:

1. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue firmado por el Estado colombiano el 29 de octubre de 1969, ratificado el 29 de octubre de 197923.
2. El Pacto internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales ratificado por el Estado colombiano el 29 de octubre de 196924.
4. La Convención de los Derechos del Niño ratificada por el Estado colombiano el 28 de enero de 199127.
5. La Convención Americana de Derechos Humanos firmada por el Estado colombiano el 22 de noviembre de 1969 y ratificada el 28 de mayo de 197328.
6. La Convención de Belem do Pará ratificada por el Estado colombiano el 15 de noviembre de 199529.

Los anteriores instrumentos internacionales han establecido que la violencia intrafamiliar es una violación al derecho a la vida, la integridad personal y la seguridad personal.

Así mismo, la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución 58/501 de 2004 sobre la eliminación de la violencia contra la mujer en el hogar, reconoció que:

- a. La violencia en el hogar se produce en el ámbito privado, generalmente entre personas relacionadas por vínculos de sangre o intimidad;
- b. La violencia en el hogar es una de las formas más comunes y menos visibles de violencia contra la mujer, y sus consecuencias afectan muchos ámbitos de la vida de las víctimas;
- c. La violencia en el hogar puede adquirir muchas formas diferentes, incluidas la violencia física, sicológica y la sexual;
- d. La violencia en el hogar es motivo de preocupación pública y requiere que los Estados adopten medidas serias para proteger a las víctimas y prevenirla;
- e. La violencia en el hogar puede incluir privaciones económicas y aislamiento, y ese tipo de comportamiento puede constituir un peligro inminente para la seguridad, la salud o el

bienestar de la mujer.³⁰

En armonía con lo anterior la Asamblea General de las Naciones Unidas ha recomendado a los Estados parte que deben:

1. Adoptar legislaciones que prohíban la violencia en el hogar, prescriba medidas punitivas y establezca una protección jurídica adecuada contra la violencia en el hogar;
2. Tipificar como delito penal la violencia sexual en el hogar, y garantizar una investigación y procesamiento adecuados de los culpables;
3. Intensificar las medidas encaminadas a prevenir la violencia en el hogar.
4. Garantizar una mayor protección a la mujer mediante órdenes, entre otras medidas, que impidan la entrada de los compañeros violentos en el hogar familiar o que les prohíban ponerse en contacto con la víctima;
5. Proporcionar o facilitar asistencia a las víctimas de la violencia en el hogar para que presenten denuncias ante la policía y reciban tratamiento y apoyo, lo que podría incluir el establecimiento de oficinas de centralización de trámites, así como la creación de refugios y centros seguros para las víctimas de la violencia en el hogar;
6. Proporcionar o facilitar una capacitación adecuada (entre otras, concienciación sobre cuestiones de género) a todos los profesionales que se ocupen de la violencia en el hogar, en particular de sus víctimas, incluidos los oficiales de policía, el personal judicial y jurídico, el personal de salud, los educadores, los que apoyan a los jóvenes y los trabajadores sociales;
7. Establecer protocolos y procedimientos de respuesta policial para asegurar que se adopten todas las medidas apropiadas para proteger a las víctimas de la violencia en el hogar y prevenir nuevos actos de violencia en el hogar o fortalecer los existentes;
8. Adoptar medidas para garantizar la protección de las mujeres víctimas de la violencia, su acceso a recursos justos y eficaces, entre otras cosas, mediante la reparación y la indemnización, y su ulterior recuperación; y para rehabilitar a los agresores;
9. Intensificar los esfuerzos para despertar a nivel personal y colectivo mayor conciencia de

la violencia contra la mujer, incluso mediante la educación en materia de derechos humanos. Insistir en la función de los hombres y los niños en la prevención y eliminación de la violencia en el hogar contra la mujer, y alentar y apoyar las iniciativas que promuevan cambios de actitudes y conductas en los autores de actos de violencia contra la mujer y su rehabilitación; y

10. No invocar ninguna costumbre, tradición o consideración religiosa para eludir su obligación de eliminar la violencia contra la mujer³¹.

Igualmente, la Comisión de Derechos Humanos ha efectuado varios pronunciamientos sobre las normas relativas a la violencia intrafamiliar y los actos que éstas comprenden:

Adicionalmente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se pronunció en 2001 sobre un caso de violencia intrafamiliar³³ en el que se buscaba establecer la responsabilidad de Brasil por la violencia perpetrada contra la señora Maria da Penha Maia Fernández por su marido durante los años en que mantuvieron un vínculo matrimonial. La Comisión, en dicha oportunidad, estableció que el Estado brasileño 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.

En el anterior contexto es claro que existe una obligación para el Estado colombiano, consistente en adoptar medidas encaminadas a la proscripción de cualquier tipo de violencia intrafamiliar dentro de la cual se encuentra el maltrato sexual que es una forma de agredir.

2. La penalización del maltrato sexual en el contexto del maltrato físico y psicológico del artículo 229 de la Ley 599 de 2000.

Como quedó establecido en la sentencia, el artículo demandado no ha despenalizado el maltrato sexual ya que éste es una forma de violencia al interior de la familia que se concreta a través de actos físicos o psicológicos que constituyen, a la vez, un maltrato sexual. Por lo tanto, la relación sexual es el ámbito dentro del cual sucede el maltrato, que siempre va a implicar un acto físico o psicológico penalizado por el artículo 229 acusado.

El maltrato sexual se manifiesta de diversas formas. Algunas de ellas están cobijadas por tipos como el acceso carnal violento³⁴, el acto sexual violento³⁵, el acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir³⁶, la inducción a la prostitución³⁷ y el constreñimiento a la prostitución entre otros³⁸. Cuando la conducta no se aadecue a estos tipos que protegen la vida, la integridad, la libertad y la autonomía, ello no significa que el maltrato sexual este permitido. Las formas de maltrato sexual no sancionadas con una pena mayor en otros tipos, quedan cobijadas por el maltrato físico o psicológico en las relaciones sexuales. De ahí que no se este despenalizando el maltrato sexual al suprimir en la nueva redacción la palabra “sexual”. O sea que los contextos sexuales no dan carta blanca para maltratar. El maltrato físico o psicológico en dichos contextos también esta sancionado por el artículo 229 acusado.

Es así como todo “maltrato sexual” se encuentra penalizado, ya sea en la norma declarada exequible, como tipo subsidiario, o en aquellos tipos generales contra la vida, la integridad personal, la autonomía personal y la libertad, integridad y formación sexuales. Por lo tanto, la declaratoria de exequibilidad del artículo 229 acusado no significa que la Corte haya dado un aval para la despenalización de los maltratos sexuales.

3. Los jueces, al aplicar la norma declarada exequible, deben analizar si se encuentran frente a un maltrato con connotación sexual.

El juez, al aplicar la norma declarada exequible, debe analizar si se encuentra frente a un maltrato sexual perpetrado por medios físicos o psicológicos. O, de otro lado, si se usa la sexualidad para producir maltrato físico o psicológico. Para delimitar el maltrato, el juez debe tener en cuenta que, como lo ha dicho la Corte en anterior oportunidad, el maltrato se trata de una forma de agresión³⁹. La agresión que el juez debe analizar puede darse en un contexto sexual mediante formas de maltrato físico o psicológico. En ese orden de ideas, se debe tener en cuenta lo que se entiende por violencia sexual en sentido lato, ya que el maltrato es una forma de violencia. Aún cuando no existe una definición común de la violencia sexual, las siguientes ofrecen parámetros para su delimitación. Por ejemplo, el Reportero Especial de las Naciones Unidas en 1998 en su informe final sobre Formas Contemporáneas de Esclavitud: Violación Sistemática, Esclavitud Sexual y Esclavitudes Similares durante el Conflicto Armado definió la violencia sexual como “cualquier violencia, física o sicológica llevada a cabo a través de medios sexuales o que tenga como objeto la

sexualidad"⁴⁰. Igualmente, la Organización Mundial de la Salud en el año 2002 definió la violencia sexual como "todo acto sexual, la tentativa de consumar un acto sexual, los comentarios o insinuaciones sexuales no deseados, o las acciones para comercializar o utilizar de cualquier otro modo la sexualidad de una persona mediante coacción por otra persona, independientemente de la relación de esta con la víctima, en cualquier ámbito, incluidos el hogar y el lugar de trabajo."⁴¹

Adicionalmente, el artículo 229 de la Ley 599 de 2000, modificado, comprende la posibilidad de que la valoración del juez no solo incluya la apreciación de un maltrato sexual como conducta reprochable mediante el empleo de agresiones físicas o psíquicas, sino que también valore situaciones de agresión física o psíquica instrumentalizadas mediante la coacción, el maltrato económico, la privación arbitraria de la libertad, e inclusive la amenaza de cualquiera de éstas para intimidar o someter a una persona en un contexto sexual.

Así, lo sexual en el maltrato puede expresarse por diferentes vías: por el contexto, cuando la agresión física o psíquica sucede en un contexto sexual; por los medios, cuando se instrumentaliza la relación sexual para producir maltrato físico o psíquico; por los fines, cuando la agresión física o psicológica apunta a intimidar o someter a una persona en una relación sexual.

4. El derecho a la intimidad y la protección del Estado a la familia.

La Constitución de 1991 ubica a la familia en una categoría constitucional especial que comprende la protección frente a todo tipo de violencia al interior de los hogares. Cuando la violencia aparece en las relaciones familiares o en el ámbito doméstico, espacios tradicionalmente asociados a la esfera de lo privado, lo que era meramente privado adquiere connotaciones públicas y cabe una intervención del Estado en razón a la disposición constitucional (artículo 42 C.P.)

Sobre el tema la Corte se ha pronunciado en varias oportunidades estableciendo que si bien el derecho a la intimidad debe ser respetado, existen situaciones, que aunque se den en contextos privados, vulneran derechos fundamentales de sujetos especialmente protegidos o en circunstancias de debilidad manifiesta, lo cual justifica la intervención estatal para evitar abusos en las relaciones desequilibradas de poder al interior de la familia. La Corte lo expresó de la siguiente manera:

La intimidad familiar está protegida constitucionalmente. El artículo 15 de la Carta establece que “Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar”. 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.

En otros términos, la protección que el Estado debe brindar a las personas no puede quedar reducida al ámbito de lo público, se extiende también al espacio privado, como lo ordena el artículo 42 de la Carta, según el cual “Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley”.

Dicha protección tiene por objeto, además de garantizar los derechos de los miembros más débiles de la población (menores, ancianos, mujeres), 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 paz⁴².”⁴³

Sobre la intervención de las autoridades en las relaciones familiares también se ha pronunciado la Corte señalando que en virtud de los artículos 5 y 42 de la Constitución “la institución de la familia merece los mayores esfuerzos del Estado para garantizar su bienestar y por lo tanto corresponde a las autoridades intervenir en las 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.”⁴⁴

Por lo tanto, el juez debe tener en consideración esa posibilidad de intervención en los espacios donde se ha producido violencia, siempre respetando los derechos de las víctimas, para apreciar el tipo de maltrato que afecte al sujeto pasivo, ya sea física o psíquicamente, lo que puede suceder en un contexto sexual, puede tener finalidades sexuales o puede realizarse por medios sexuales.

Fecha ut supra,

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

1 Quien interviene por el Ministerio del Interior y Justicia precisa que la agravación de la pena cuando la conducta recae sobre miembros de la familia se deriva de la disposición normativa conforme a la cual la pena se aumenta de una tercera parte a la mitad cuando el responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le de particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza, y cuando se realice contra el cónyuge o sobre con quien se cohabite o se haya cohabitado, o con la persona con quien se haya procreado un hijo.

2 Sentencia C-059 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández

3 La Convención Internacional de los Derechos del Niño fue aprobada por nuestro país mediante la Ley 12 de 1992

4 Aprobada sin votación, en la 61^a sesión, del 20 de abril de 2000

5 Una muestra aleatoria sobre la legislación relativa a la violencia intrafamiliar en diversos Estados permite observar que, de ordinario, la misma se orienta a regular medidas administrativas de protección, incluso con intervención judicial, y remite a la legislación general para la regulación de los asuntos penales. Así, por ejemplo en Ecuador la “Ley contra la violencia a la mujer y la familia”, que contiene un completo régimen en materia de violencia intrafamiliar, no incluye los tipos penales que pueden resultar aplicables, sino que de manera general, en su artículo 23, dispone que “[e]l juzgamiento de los actos de violencia física y sexual que constituyan delitos, y que sean cometidos en el ámbito intrafamiliar, corresponderá a los jueces y a los tribunales de lo penal, sujetándose a las normas previstas en el Código de Procedimiento Penal”; en México, en el Estado de Sonora, la “Ley de prevención y atención de la violencia intrafamiliar” expedida con el objeto de “... establecer las bases y procedimientos para la prevención y atención de la violencia intrafamiliar en el Estado de Sonora a efecto de erradicar esta práctica dentro de la familia”, dispone que la

aplicación de las previsiones contenidas en la misma se hará independientemente de las sanciones civiles, penales o administrativas que se impongan por la autoridad competente.

6 Sentencia C-285 de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz

7 En América Latina, por ejemplo, Argentina, Brasil, Costa Rica, Chile, Ecuador, Guatemala, Panamá, Perú y Uruguay, entre otros Estados, no tenían, para el año 2002, un tipo penal autónomo de violencia intrafamiliar. En las legislaciones de esos Estados, de manera general, la sanción de las conductas de violencia intrafamiliar, se realiza por la vía de la remisión a los tipos penales que protegen la vida y la integridad personal y la libertad, integridad y formación sexuales. En algunos casos la condición de la víctima como integrante del grupo familiar del agresor se toma como circunstancia de agravación punitiva. Otra modalidad aplicable en ciertos eventos es que el incumplimiento de las medidas administrativas de prevención y protección si se sanciona penalmente.

8 Así, por ejemplo, en España, el primer antecedente específico en materia de un tipo penal para la violencia doméstica estaría en la Ley Orgánica 3 de 1989. En el Código Penal de 1995 la descripción de la conducta de violencia en el seno familiar se limitaba a la violencia física y en 1999 se agregó al tipo la modalidad de violencia psíquica. (Sobre este punto puede verse “El delito de malos tratos familiares, Nueva regulación” de Emilio Cortés Bechiarelli, Marcial Pons, Madrid, 2000). En América Latina, Colombia, desde 1996, Bolivia, Honduras y Paraguay, entre otros Estados, contemplan en su legislación tipos penales específicos de violencia intrafamiliar. (Ver “Derechos, género e infancia, Mujeres, niños, niñas y adolescentes en los Códigos Penales de América Latina y el Caribe Hispano” UNIFEM, Universidad Nacional, Bogotá, 2002.)

9 Así, en el ordenamiento penal colombiano, para los tipos de violación, es necesario que exista, o acceso carnal o acto sexual distinto del acceso carnal, lo cual implica, necesariamente, contacto personal. Los actos sexuales abusivos, que se predican en relación con menores de 14 años, incluyen no solo el acceso carnal y los actos sexuales distintos al acceso carnal, sino también, la realización de actos de contenido sexual en presencia de menores o la inducción al menor a prácticas sexuales.

10 La legislación en materia de prevención y protección de la violencia intrafamiliar se

desenvuelve en el contexto de los instrumentos internacionales que abordan el problema en relación con los sujetos más vulnerables a ese tipo de violencia, como son las mujeres, los menores, los ancianos y los discapacitados. Así, por ejemplo, en relación con los niños, la Convención Internacional de los Derechos del Niño, aprobada por Colombia mediante Ley 12 de 1992, en su artículo 19 dispone: 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 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". En relación con las mujeres, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, suscrita en la ciudad de Belén Do Para, Brasil, el 9 de junio de 1994, aprobada por la Ley 248 del 29 de 1995, dispuso, entre otros, como deber de los Estados "incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso" (art. 7 lit. c). Dicha convención es sus artículos 1 y 2 define la violencia contra la mujer así: ARTÍCULO 1o. Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado. / ARTÍCULO 2o. Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: / a) Que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual; / b) Que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y / c) Que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, dondequiera que

ocurra.

11 “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.

12 Ver Proyecto de Ley No. 18 de 2002 Senado, Gaceta del Congreso No. 304 de 2002, p. 21.

13 Ver debate en la Plenaria de la Cámara de Representantes. Gaceta del Congreso 514 de 2003 p. 23

14 Este criterio ya fue expuesto anteriormente por la Corte en Sentencia C-273 de 1998, donde la declarar inexistente el desistimiento tácito de la víctima en los procesos de violencia intrafamiliar. Dijo la Corte: “...en principio es legítimo que se logren acuerdos conciliados en este campo, puesto que la Carta en manera alguna excluye que se establezcan mecanismos consensuales, en vez de dispositivos exclusivamente sancionatorios, para resolver los conflictos intrafamiliares. La figura que se retira del ordenamiento es el desistimiento tácito, pues la Constitución exige una protección integral y efectiva de los derechos de la víctima de la violencia interfamiliar, mientras que esa figura, en nombre de la celeridad de la justicia, contribuía, paradójicamente, a fomentar una acrecentada desprotección, por ende una desigualdad material, en perjuicio de la parte más débil del conflicto familiar”.

15 Un análisis similar habría de hacerse en relación con otros tipos penales, como el que consagra la tortura, para identificar los elementos objetivos presentes en ellos que den lugar a la aplicación de la subsidiariedad.

16 Debe observarse que no es de recibo el planteamiento que se hace en la demanda y que se realiza también en la intervención de la Comisión Colombiana de Juristas y conforme a la cual es posible hacer un paralelismo entre la subsidiariedad que se predica del maltrato físico y psicológico frente a los tipos penales de lesiones personales y la que cabría predicar del maltrato sexual frente a los llamados delitos sexuales. En este último caso, en criterio de la Comisión Colombiana de Juristas, la opción por uno u otro tipo penal estaría determinada

por la intensidad de la conducta lesiva y que, tal como habría sido expresado por la Corte en la Sentencia C-285 de 1997, la gravedad de la injuria sería el factor para determinar el tipo penal aplicable. Sin embargo, como se ha puesto de presente en esta providencia, la subsidiariedad en materia de maltrato físico o psicológico, se produce por el carácter de delitos de resultado que tienen los de lesiones, aspecto que en la Sentencia C-285 de 1997 la Corte expresó en estos términos: “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.” Hay, pues, una diferencia de elementos constitutivos y no simplemente un problema de intensidad sujeto a discrecionalidad judicial.

17 La ausencia de contacto físico es determinante, porque, de haberlo se entraría en el ámbito de los actos sexuales violentos, sancionados como delito sexual.

18 Ver Sentencia C-489 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil

19 Ibid.

20 Ibid.

21 Ibid.

22 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

23 Ley 74 de 1978. Los artículos 6, 7 y 9 establecen la protección de los derechos a la vida, la integridad y la seguridad. Adicionalmente el Comité de Derechos Humanos se pronunció en su Comentario General No. 28 señalando la necesidad para el Comité de recibir información de sus estados parte sobre el ordenamiento nacional en relación a la violencia intrafamiliar.

24 Ley 74 de 1978. El artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 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.

25 El 18 de diciembre de 1979, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que entró en vigor como tratado internacional el 3 de septiembre de 1981 tras su ratificación por 20 países.

26 Ley 51 de 1981. El artículo 1 proscribe cualquier forma de discriminación contra la mujer lo que incluye la violencia basada en el género (cualquier acto o amenaza que afecte física, síquica o sexualmente a la mujer). Los artículos 2 y 3 de la Convención establecen la obligación de eliminar todas las formas de discriminación contra la mujer para lo cual se deben tomar todas las medidas para eliminar la violencia. Dentro de las recomendaciones del Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer ha establecido que la coerción económica también es una forma de violencia doméstica. En sus recomendaciones también se ha señalado la necesidad de la penalización de la violencia doméstica con compensaciones económicas. (Recomendación General No. 19). Sobre el caso colombiano el Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer se ha pronunciado en 1995 y 1999.

27 Ley 12 de 1991. Los artículos 19, 34 y 39 establecen la especial protección de los niños contra la violencia de todo tipo. El Comité para los Derechos de los Niños se pronunció sobre el caso colombiano en el 2000 señalando su preocupación por la práctica común de abuso físico y sexual en el contexto familiar.

28 Ley 16 de 1972. Los artículos 4, 5 y 17 establecen la protección de los derechos a la vida, la integridad y la seguridad.

29 Ley 248 de 1995. El artículo 1 define la violencia contra la mujer, el artículo 2 establece como violencia dentro de la familia o unidad doméstica la violencia física, sexual y sicológica, el artículo 4 establece el derecho a la vida, integridad y seguridad personales entre otros, el artículo 6 establece el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia

31 Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas: Declaración sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer 48/104 del 20 de diciembre de 1993; Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas: Eliminación de la Violencia Contra la Mujer en el Hogar; 19 de febrero de 2004. UN Doc A/58/501

32 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.

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

34 Ley 599 de 2000. Artículo 205. Acceso carnal violento. El que realice acceso carnal con otra persona mediante violencia, incurrirá en prisión de ocho (8) a quince (15) años.

Artículo 208. Acceso carnal abusivo con menor de catorce años. El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años.

35 Ley 599 de 2000. Artículo 206. Acto sexual violento. El que realice en otra persona acto sexual diverso al acceso carnal mediante violencia, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años.

Artículo 209. Actos sexuales con menor de catorce años. El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de tres (3) a cinco (5) años. Si el agente realizare cualquiera de las conductas descritas en este artículo con personas menores de catorce años por medios virtuales, utilizando redes globales de información, incurrirá en las penas correspondientes disminuidas en una tercera parte.

36 Ley 599 de 2000. Artículo 207. Acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir. El que realice acceso carnal con persona a la cual haya puesto en incapacidad de resistir o en estado de inconsciencia, o en condiciones de inferioridad síquica que le impidan comprender la relación sexual o dar su consentimiento, incurrirá en prisión de ocho (8) a quince (15) años.

Si se ejecuta acto sexual diverso del acceso carnal, la pena será de tres (3) a seis (6) años.

Artículo 210. Acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir. El que acceda carnalmente a persona en estado de inconsciencia, o que padezca trastorno mental o que esté en incapacidad de resistir, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años.

Si no se realizare el acceso sino actos sexuales diversos de él, la pena será de tres (3) a cinco (5) años de prisión.

37 Ley 599 de 2000. Artículo 213. Inducción a la prostitución. El que con ánimo de lucrarse o para satisfacer los deseos de otro, induzca al comercio carnal o a la prostitución a otra persona, incurrirá en prisión de dos (2) a cuatro (4) años y multa de cincuenta (50) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

38 Ley 599 de 2000. Artículo 214. Constreñimiento a la prostitución. El que con ánimo de lucrarse o para satisfacer los deseos de otro, constriña a cualquier persona al comercio carnal o a la prostitución, incurrirá en prisión de cinco (5) a nueve (9) años y multa de cincuenta (50) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

39 Sentencia C-285 de 1997 MP: Carlos Gaviria Díaz. La sentencia revisó la constitucionalidad de los artículos 22 y 25 de la Ley 294 de 1996 que penalizan la violencia intrafamiliar y el maltrato sexual entre cónyuges. En la sentencia se dijo lo siguiente sobre la diferencia entre los tipos penales de maltrato y de lesiones personales: "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 [2], 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".

Por último se destaca que el tipo penal no es abierto como lo afirma la demandante. Las expresiones contenidas en la norma deben ser entendidas en su sentido natural, y será el juez al resolver sobre la responsabilidad de acusado, el que defina si la conducta es inocua, constitutiva de maltrato o de lesiones personales, para lo cual se ha de valer de todos los medios de prueba aceptados legalmente, y en particular del concepto del médico legista.

En síntesis, el artículo 22 de la Ley 294 de 1996 constituye un tipo penal autónomo, que no vulnera la Constitución.”

40 United Nations, Contemporary Forms of Slavery: Systematic Rape, Sexual Slavery and Slavery-like Practices during Armed Conflict, Final Report submitted by Ms. Gay J. McDougall, Special Rapporteur (New York: United Nations, 1998), E/CN.4/Sub. 2/1998/13, pp. 7-8. Traducción libre. El texto original dice: “Sexual violence is an overarching term used to describe “[a]ny violence, physical or psychological, carried out through sexual means or by targeting sexuality.”40 Sexual violence includes rape and attempted rape, and such acts as forcing a person to strip naked in public, forcing two victims to perform sexual acts on one another or harm one another in a sexual manner, mutilating a person’s genitals or a woman’s breasts, and sexual slavery.”

41 Organización Mundial de la Salud. Reporte Mundial sobre la Violencia y la Salud. 2002. Capítulo 6. P.2

Adicionalmente la definición señala: “La coacción puede abarcar una amplia gama de grados de uso de la fuerza. Además de la fuerza física, puede entrañar la intimidación psíquica, la extorsión u otras amenazas, como la de daño físico, la de despedir a la víctima del trabajo o de impedirle tener el trabajo que busca. También puede ocurrir cuando la persona agredida no está en condiciones de dar su consentimiento, por ejemplo porque está ebria, bajo los efectos de un estupefaciente o dormida o es mentalmente incapaz de comprender la situación.”

42 No habrá paz mientras no haya paz familia. El ciudadano que proviene de un hogar violento es igualmente violento en su comportamiento social, como lo evidencian las investigaciones sobre la materia”. Gaceta del Congreso No.164, septiembre 29 de 1994. Exposición de motivos del proyecto de ley.

43 Sentencia C-285 de 1997 MP: Carlos Gaviria Díaz. La sentencia revisó la constitucionalidad de los artículos 22 y 25 de la Ley 294 de 1996 que penalizan la violencia intrafamiliar y el maltrato sexual entre cónyuges. Los artículo eran considerados inconstitucionales por no cumplir con los objetivos de

de “prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar”, que inspiraron su creación, ni proteger “la armonía y la unidad de la familia”, bienes jurídicos que están llamadas a garantizar, dado que la leve sanción punitiva genera, como efecto negativo, un estímulo a la comisión de las conductas proscritas en las normas acusadas. La Corte declaró la exequibilidad del artículo 22 de la Ley 294 de 1996 que penaliza la violencia intrafamiliar por considerarla ajustada a la Carta. En cuanto al artículo 25 demandado, la Corte lo declaró inexequible pues “la consagración de un tipo penal privilegiado para los delitos de acceso y acto carnal violento, cuando se ejecutan contra el cónyuge, o la persona con quien se coabite o haya cohabitado o con quien se haya procreado un hijo es desproporcionada, y en consecuencia, vulnera el derecho a la igualdad.”

44 La sentencia C-652 de 1997 MP: Vladimiro Naranjo Mesa revisó la constitucionalidad del artículo 9º (parcial) de la Ley 294 de 1996 que establecía un término de 8 días después de los sucesos para solicitar una medida de protección en violencia intrafamiliar. La Corte declaró exequible la expresión “y deberá presentarse a más tardar dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes a su acaecimiento”, contenida en el inciso segundo del artículo 9º de la Ley 294 de 1996. La sentencia señaló lo siguiente sobre la debida protección de la familia por parte del Estado: “La familia como manifestación primaria de la naturaleza social del hombre, es un factor esencial en la organización socio-política del Estado y presupuesto básico de su existencia. Esto explica por qué la Constitución de 1991, que propugna por el respeto y protección de los derechos y valores del ser humano, la define como el “núcleo fundamental de la sociedad” y, a su vez, le impone al Estado y a la sociedad misma, el deber de garantizar su protección integral y el respeto a su dignidad, honra e intimidad intrínsecas, promoviendo la igualdad de derechos y deberes en las relaciones familiares y el respeto recíproco entre sus integrantes (arts. 5º, 15 y 42 C.P.).

En relación con la familia como institución básica de la sociedad, señaló esta Corporación: “La sociedad natural es la familia, y en tal sentido sobre ella se levanta la solidez de la sociedad civil; el Estado y la sociedad no pueden ser, por tanto, indiferentes ante la

supervivencia o no de la estructura familiar.

“La familia es una comunidad de intereses, fundada en el amor, el respeto y la solidaridad. Su forma propia, pues, es la unidad; unidad de vida o de destino -o de vida y de destino, según el caso- que liga íntimamente a los individuos que la componen. Atentar contra la unidad equivale a vulnerar la propiedad esencial de la familia. Siempre la familia supone un vínculo unitivo.” (Sentencia T-447/94, M.P. doctor Vladimiro Naranjo Mesa) En reciente pronunciamiento reiteró:

“Partiendo del enfoque personalísimo de la nueva Carta Fundamental de 1991, que busca el respeto, la protección y dignificación de la persona humana, la familia adquiere una especial connotación como núcleo fundamental de la sociedad para la existencia tanto de aquella como de la organización política y social, configurándose, entonces, en sujeto de amparo y protección especial por parte del Estado, como institución básica de la sociedad (art. 5o.). De esta manera, el Constituyente de 1991 retomó los avances jurídicos alcanzados hasta el momento en materia civil frente a esa realidad profundizando en el tratamiento de la familia respecto de su origen y de la igualdad de derechos y obligaciones de sus miembros.” (Sentencia C-314 de 1997, M.P. doctor Eduardo Cifuentes Muñoz)

Así las cosas, 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. Así se deduce del contenido del artículo 42 de la Carta cuando señala: “Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley.” Adicionalmente, la sentencia C-271 de 2003 MP: Rodrigo Escobar Gil revisó la constitucionalidad del numeral 8º del artículo 140 del Código Civil que establece el conyugicidio como una causal de nulidad del matrimonio. La Corte declaró exequible el numeral demandado condicionado “a que se entienda que la nulidad del matrimonio civil por conyugicidio se configura cuando ambos contrayentes han participado en el homicidio y se ha establecido su responsabilidad por homicidio doloso mediante sentencia condenatoria ejecutoriada; o también, cuando habiendo participado solamente un contrayente, el cónyuge inocente proceda a alegar la causal de nulidad dentro de los tres meses siguientes al

momento en que tuvo conocimiento de la condena.” En dicha oportunidad la Corte reforzó la intervención estatal en las relaciones familiares al señalar que “Siguiendo el criterio hermenéutico fijado por esta Corporación, no cabe duda que “toda manifestación de violencia [materializada para este caso en el conyugicidio] causa necesariamente un daño, casi siempre irreparable, en el seno del hogar, pues aparte de las consecuencias materiales que apareja el acto violento en lo que respecta a la integridad de las personas, lesiona gravemente la estabilidad de la familia, ocasiona rupturas entre sus miembros, interrumpe la paz y el sosiego domésticos y afecta particularmente el desarrollo psicológico de los menores, inoculando perniciosas tendencias hacia comportamientos similares” (Sentencia T-489 de 1994, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.). Por eso, se insiste, es apenas consecuente con ese objeto de protección constitucional -la familia-, que el legislador sancione civilmente el conyugicidio al consagrarlo como una causal de nulidad del matrimonio civil.