

## Los principios de proporcionalidad y necesidad de la pena frente al delito de violencia intrafamiliar

*The principles of the punishment proportion and need in front of the family violence offence*

Rafael Ricardo Hernández Barrera\*, María Angélica Bosigas León\*, Diana Soraya Jiménez Salcedo\*\*, Oscar Benjamín Galán González\*\*\*

### **Resumen**

Esta investigación es el fruto del estudio de algunas sentencias condenatorias en los juzgados penales de Tunja, durante los años 2006 y 2007, para verificar la aplicación judicial de los principios de proporcionalidad y necesidad de la pena frente al delito de violencia intrafamiliar.

### **Palabras clave:**

Violencia intrafamiliar, principio de proporcionalidad, principio de necesidad de la pena, análisis de los juzgados penales de Tunja.

---

Grupo de Investigación: Vexata Questio – Sala Penal – Consultorio Jurídico de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.

\* Estudiante 10º semestre.

\*\* Monitora Consultorio Jurídico.

\*\*\* Docente Área Penal.

**Abstract**

This investigation is the product of studying some condemnatory verdicts in the penal courts of Tunja, during the years 2006 and 2007, in order to verify the judicial application of the principles of the punishment proportion and need in front of the family violence offence.

**Key words:**

Family violence, proportion principle, punishment need principle, penal courts analysis.

**Título de la investigación realizada:** la aplicación judicial de los principios de proporcionalidad y necesidad de la pena, frente al delito de violencia intrafamiliar.

**Preámbulo:** el presente documento recoge los principales hallazgos realizados por el grupo de investigación después de hacer el respectivo análisis académico, de acuerdo con los objetivos trazados en su momento, dentro de los cuales se encontraba la verificación de la aplicación judicial de los principios de proporcionalidad y necesidad de la pena, a la hora de justificar la imposición de la consecuencia punitiva por el delito de violencia intrafamiliar.

Para llevar a cabo el estudio mencionado, se recolectó un número significativo de sentencias condenatorias de primera y segunda instancia, proferidas por los jueces penales de Tunja durante los años 2006 y 2007, las cuales fueron sometidas al estudio correspondiente, previa identificación de ciertos tópicos que desarrollan y concretan los mentados principios.

## 1. Los principios de proporcionalidad y necesidad de la pena frente al delito de violencia intrafamiliar

Por *Oscar Benjamín Galán González*  
Profesor Facultad de Derecho UPTC

El artículo 229 de la ley 599 de 2000, consagra el tipo penal de violencia

intrafamiliar, según el cual, quien maltrate física o psicológicamente a cualquier miembro de su núcleo familiar, y siempre que ese maltrato no constituya otro delito sancionado con pena mayor, incurrirá en pena de prisión que va de uno a tres años, la cual se podrá incrementar, si la víctima del maltrato resulta ser un menor de edad, una mujer, un anciano o una persona que se encuentre en incapacidad o disminución física, sensorial o psicológica, o quien se encuentre en estado de indefensión.

La punición de la conducta mencionada tiene amplio respaldo constitucional, como quiera que desde el preámbulo de la Carta Política, se exalta la protección de la vida y de la convivencia para todos los integrantes de la nación; así mismo, el inciso 2° del artículo 2° de la Constitución menciona lo siguiente:

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra y bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

Por lo tanto, resulta incuestionable que los valores de la vida y la honra tienen rango constitucional, y se justifica su protección a través de los diferentes mecanismos de control social formal<sup>1</sup>, como quiera que la vida, especialmente,

<sup>1</sup> PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando. *Curso de Criminología*, Sexta Edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, página 26: “Entiéndase por control social el conjunto de mecanismos mediante los cuales la sociedad ejerce su dominio sobre los individuos que la componen, y que consigue que éstos

posibilita el ejercicio de los demás derechos<sup>2</sup>. De otra parte, la honra como objeto de protección jurídica, asegura el reconocimiento de la dignidad humana, ya que el patrimonio moral del individuo no puede ser desconocido o afectado por los demás, a menos que el mismo ordenamiento jurídico así lo permita.

El artículo 5º de la Constitución Política reconoce a la familia como institución básica de la sociedad, de manera que puede y debe ser amparada a través del ordenamiento jurídico; pues el núcleo familiar, promueve la convivencia no solo entre sus miembros, sino que posibilita la interacción pacífica con los demás, asegurando así los fines del Estado, entre los que se resalta, el reconocimiento y aseguramiento de los derechos fundamentales.

Por último, el artículo 16 de la Constitución Política consagra:

Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.

Lo anterior pone de presente que la libertad para actuar no es absoluta, ya que cada persona tiene el deber de comportarse sin sobrepasar dos límites: los derechos ajenos que se equiparan en materia penal a los bienes jurídicos cuya titularidad está radicada en las otras personas, así como la normatividad vigente que otorga derechos, pero que, a su vez, impone cargas generales e ineludibles, cuando se trata de resguardar la vida, la dignidad humana y la integridad personal, entre otros valores.

Cada individuo tiene el derecho de expresarse de acuerdo con sus personales creencias, siempre que en ese proceso no se lesionen o pongan en peligro los intereses jurídicos de los demás, por cuanto el ordenamiento jurídico desaprueba la intromisión abusiva en la órbita personal de los otros individuos, mucho más, si la intromisión ignora los especiales lazos afectivos, que se supone, unen a quienes conforman un núcleo familiar. En otras palabras, si el ordenamiento jurídico desaprueba la agresión a los demás, la desaprobación se justifica aún más, cuando se

---

*obedezcan sus normas... El control social es formal, como señalábamos, cuando las maniobras hacia el pueblo se realizan por medio del derecho, especialmente el penal, y de las demás instituciones de represión y tratamiento, como el legislador, el policía, el juez, el fiscal y la cárcel. Y es informal o extrapenal si la misma tarea es cumplida por la familia, la escuela, la religión, la opinión pública, los medios de comunicación o la economía".*

<sup>2</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-013 de 1997: "El derecho a la vida aparece como el primero y más importante de los derechos fundamentales y tiene, según el texto de la norma, el carácter de inviolable. La disposición no establece excepciones respecto de su amparo. Se trata, sin duda, de un derecho inalienable de todo ser humano, garantizado además con claridad en los pactos internacionales de derechos, que prevalecen en el orden interno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución. El 94, por su parte, declara sin rodeos que la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Carta y en los convenios internacionales no debe entenderse como negación de otros -la intangibilidad de la vida del nasciturus, por ejemplo- que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos".

menosprecia a un familiar, es decir, cuando se le maltrata física o psicológicamente<sup>3</sup>.

Prueba de lo anterior, son las circunstancias de agravación que consagra nuestro Código Penal para los tipos penales de homicidio y lesiones personales:

Artículo 103. El que matare a otro, incurrirá en prisión de trece (13) a veinticinco (25) años.

Artículo 104. La pena será de veinticinco (25) a cuarenta (40) años de prisión, si la conducta descrita en el artículo anterior se cometiere:

1. En la persona del ascendiente o descendiente, cónyuge, compañero o compañera permanente, hermano, adoptante o adoptivo, o pariente hasta el segundo grado de afinidad.

Artículo 111. El que causare a otro daño en el cuerpo o en la salud,

incurrirá en las sanciones establecidas en los artículos siguientes.

Artículo 119. Cuando con las conductas descritas en los artículos anteriores, concurra alguna de las circunstancias señaladas en el artículo 104 las respectivas penas se aumentarán de una tercera parte a la mitad.

Se justifica el incremento de la pena en estos casos, con base en el principio de igualdad, que no solo recomienda un trato igual en eventos iguales, sino que además, legitima el trato dispar cuando median circunstancias que diferencian dichos eventos, en este caso, los lazos afectivos que supuestamente unen al agresor con sus familiares<sup>4</sup>.

Lo anterior se traduce entonces, en un trato diferente a la hora de fijar las penas, como quiera que el legislador de acuerdo con su potestad configuradora de las leyes, ha estimado que los eventos constitutivos de violencia intrafamiliar,

<sup>3</sup> FERRO TORRES, José Guillermo y otros. *Lecciones de Derecho Penal – Parte Especial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, página 485: “Dentro de los esquemas del moderno derecho penal, la institución familiar goza de una posición cimera e influyente, como que constituye con sobradas razones, y no sólo desde una consideración formal, la base de la sociedad, de cuya existencia, conservación y estructura debe ocuparse el poder estatal de manera prioritaria casi para justificar su razón de ser; dotándola de refuerzos de toda índole entre los cuales sobresalen los normativos; resultando los más radicales los sancionatorios, que en este acápite parecen apuntar hacia la prevención y rechazo de atentados perpetrados desde el interior de la misma institución, a cargo de sus integrantes, pues es a ellos a quienes el legislador ha entregado el poder de mantenimiento de las condiciones que deberán instalarse y conservarse para que la estructura de la organización responda a las funciones primarias que se le adscriben en pro de la obtención de los propósitos del conglomerado”.

<sup>4</sup> GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo y Urbano Martínez José Joaquín. *Lecciones de Derecho Penal – Parte Especial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, página 930: “Las razones de la agravante estriban en que entre familiares cercanos debe existir una mayor cohesión producto de los sentimientos, fundamento espiritual de la familia, pero especialmente deberes de ayuda mutua y colaboración que se repelen por las agresiones contra familiares. En fin, la solidaridad social tiene su origen en el núcleo familiar; de allí nace la solidaridad natural que con el tiempo se va trasuntando en un fenómeno de mayor espectro; por tanto, quien no se detiene ante los lazos familiares merece un mayor reproche retributivo y un mayor juicio preventivo general, toda vez que sus frenos inhibitorios, si no se le anteponen contrainpulsos, funcionarán más débilmente frente a quienes no tengan con él parentela”.

merecen especial reproche, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, consagrado en el artículo 3° de la 599 de 2000.

La Corte Constitucional manifestó lo siguiente, frente al principio de proporcionalidad de las penas:

Sin necesidad de elevar el principio de antijuridicidad (Código Penal, art. 4) al rango de principio suprallegal, bien puede afirmarse que éste tiene su corolario constitucional en el principio de proporcionalidad o 'prohibición de exceso', deducido jurisprudencialmente de los artículos 1° (Estado social de derecho, principio de dignidad humana), 2° (principio de efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución), 5° (reconocimiento de los derechos inalienables de la persona), 6° (responsabilidad por extralimitación de las funciones públicas), 11 (prohibición de la pena de muerte), 12 (prohibición de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes), 13 (principio de igualdad) y 214 de la Constitución (proporcionalidad de las medidas excepcionales).

...El principio de proporcionalidad presupone la ponderación de bienes jurídicos constitucionales. Este sopesamiento asume la forma de un juicio de proporcionalidad de los

medios. Como principio para la delimitación y concretización de los derechos constitucionales, la proporcionalidad exhibe una naturaleza diferencial, o sea, que admite una diversa libertad de configuración legislativa dependiendo de la materia. Así, por ejemplo, en el ejercicio de la reserva legal establecida para la reglamentación de derechos constitucionales, sólo la restricción excesiva e imprevisible de los mismos implica la ilegitimidad del medio escogido para la realización de los fines constitucionales. En términos generales, entre mayor sea la intensidad de la restricción a la libertad mayor será la urgencia y la necesidad exigidas como condición para el ejercicio legítimo de la facultad legal.

...La dosimetría de penas y sanciones es un asunto librado a la definición legal y cuya relevancia constitucional se manifiesta únicamente cuando el legislador incurre en un exceso punitivo del tipo proscrito por la Constitución<sup>5</sup>.

Precisamente, ese principio de la proporcionalidad de las penas, además de tener sustento en la Constitución Política, debe desarrollarse en el marco de la política criminal, entendida esta última, como el programa institucional cuya finalidad, es el "tratamiento" del fenómeno de la violencia que se traduce en criminalidad<sup>6</sup>; de manera que la

<sup>5</sup> Corte Constitucional, sentencia C-070 de 1996, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>6</sup> VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Manual de Derecho Penal – Parte General*, Bogotá, Editorial Temis, 2002, página 17: "Es esta, al lado de la criminología y la dogmática penal, la otra disciplina que completa el conjunto de disciplinas que dan forma al modelo integrado actualmente vigente. En un sentido amplio, puede entenderse la política criminal como la política jurídica en el ámbito de la justicia penal. Y, en sentido estricto, como la ciencia que se ocupa de cómo configurar el derecho penal de la forma más eficaz posible para que pueda cumplir con su tarea de protección de la sociedad".

potestad legislativa en materia penal, también tiene unos límites materiales, en cuanto a la inclusión de las penas –proscripción de la pena de muerte y los tratos crueles–, como también, en la asignación cuantitativa a cada conducta punible –bienes jurídicos más importantes y lesiones más graves–.

Tenemos entonces, que la pena es aquella herramienta institucional que impone el proceso de criminalización, una vez se ha demostrado la existencia de una conducta típica, antijurídica y culpable, dando lugar entonces a la declaratoria de responsabilidad penal, de acuerdo con una serie de principios que deben observarse, tanto a la hora de individualizar el castigo como a la hora de ejecutarlo.

Precisamente esa individualización le exige al operador jurídico, la realización de una serie de valoraciones entorno, por ejemplo, a la entidad del daño producido con la conducta, no solo al titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro, sino también, acerca de la repercusión social. Lo anterior, por cuanto la Carta Política en su artículo 16, consagra los límites que todo individuo debe observar a la hora de actuar y de omitir conductas.

Toda conducta para que sea punible, debe afectar un derecho ajeno sin justificación alguna, y el orden jurídico como mínimo, o de lo contrario el juicio de antijuridicidad arroja un resultado que impide realizar el juicio de reproche (culpabilidad); si, en efecto y como resultado del anterior análisis, el operador jurídico estima satisfecha la antijuridicidad de la conducta, está certificando la violación a los límites materiales que debe observar todo individuo, cuando pretende hacer uso de su derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Es por esto que a la hora de singularizar la pena, el Juez de conocimiento debe estimar entre otras cosas, qué tanto se afectaron los derechos de los demás y qué tanto se ignoró la vigencia del ordenamiento jurídico con la conducta antijurídica exteriorizada u omitida por el sujeto activo, en aras de establecer qué tanta pena le corresponde imponer.

De manera que cada juez debe fundamentar la imposición de la pena, con base en el juicio de proporcionalidad, como quiera que dicho análisis no es facultativo u opcional, sino todo lo contrario, es un parámetro de obligatorio acatamiento<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Manual de Derecho Penal*, Bogotá, Temis, 2002, páginas 35 y 36: “En términos generales puede afirmarse que este aforismo –también denominado como prohibición excesiva, principio de racionalidad o razonabilidad..., está integrado por un conjunto de criterios o herramientas gracias a las cuales es posible sopesar y medir la licitud de todo género de límites normativos de las libertades, así como de cualquier grupo de interpretaciones o aplicaciones de la legalidad que restrinjan su ejercicio, desde un perfil concreto o desde un punto de vista determinado: el de la inutilidad, no necesidad y desequilibrio del sacrificio. A no dudarlo, se trata de un principio de carácter relativo del cual no se desprenden prohibiciones abstractas o absolutas, sino solo por referencia al caso concreto, dependiendo de la relación medio a fin que, eventualmente, guarde el límite o gravamen de la libertad, con los bienes, valores o derechos que pretenda satisfacer; por ello, pues, se dice que es un principio relacional por cuanto compara dos magnitudes: los medios a la luz del fin”.

Muestra de lo anterior son los criterios y reglas para la determinación de la punibilidad que se consagran en los artículos 54 a 62 del Código Penal vigente, cuyo contenido no hace otra cosa que recordarle al juez su obligación de ponderar circunstancias de todo orden: personales, familiares, sociales, etc., a la hora de individualizar la pena. En otras palabras, el ordenamiento jurídico le exige al juzgador, que a la hora de asignar la consecuencia punitiva, ponga en la balanza varios factores, relacionados necesariamente con la vulneración de los derechos ajenos y el desconocimiento del ordenamiento jurídico.

Por ejemplo, el artículo 59 del Código Penal nos dice:

Toda sentencia deberá contener una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena.

De manera que la argumentación sobre el “porqué” de la pena, que entre otras

cosas, vincula al principio de proporcionalidad, no puede omitirse ni tampoco darse por descontada; ya que la legitimidad del castigo que impone el juez penal, depende necesariamente de las razones que justifican su asignación.

Así como existen límites materiales<sup>8</sup> para el legislador, en materia penal se imponen igualmente límites materiales para los jueces que aplican las normas, ya que además de efectuar el juicio de culpabilidad y la valoración de las pruebas, de acuerdo con el debido proceso y el respeto por los derechos humanos del sometido al proceso de criminalización, deben evaluar el merecimiento y la necesidad de la pena, cuyo contenido se clarifica a continuación<sup>9</sup>.

El merecimiento de pena, hace alusión a la verificación de tres juicios de valor diferentes: el juicio sobre la tipicidad de la conducta, es decir, la correspondencia entre la conducta exteriorizada por el sujeto agente y la conducta tipificada por el legislador como delito; el juicio sobre la antijuridicidad de la

<sup>8</sup> Los límites materiales hacen referencia a la protección de los derechos fundamentales y al reconocimiento de la dignidad humana, como deber impostergable de las instituciones que ejercen control social.

<sup>9</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal – *Parte General*, Tomo I – Fundamentos – La Estructura de la Teoría del Delito, Madrid, España, Civitas, 1997, página 983: “Con relativa frecuencia también se distingue entre merecimiento y necesidad de pena, sacando como consecuencia que las condiciones de punibilidad y la ausencia de causas de exclusión de la punibilidad ciertamente no fundamentan el merecimiento de pena, pero sí la necesidad de pena. Así dice Jescheck en relación con las causas de exclusión y su presión de la punibilidad: “En los casos en que concurren tales circunstancias hay que afirmar, en sí mismo, el merecimiento de pena del hecho, pero entonces no son decisivos por sí solos el injusto y la culpabilidad; por el contrario, las excepciones personales suponen como consecuencia que la necesidad de pena para el hecho se excluye de antemano o se suprime posteriormente”... Ahora bien, esto pone de manifiesto que el concepto de necesidad de pena tampoco afecta a las condiciones objetivas de punibilidad y a las causas de exclusión de la punibilidad, sino que abarca sólo aquellos casos en los que una conducta culpable queda impune porque no es necesaria una sanción a efectos de prevención especial ni general”.

conducta típica, que analiza, por un lado, la contradicción entre el ordenamiento jurídico y la conducta exteriorizada por el sujeto activo, y por otro, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado, sin que exista una causal que justifique esa agresión, y finalmente, el juicio de culpabilidad que se le hace al autor de la conducta típica y antijurídica, a quien se le reprocha el no haber actuado conforme a la norma, teniendo la posibilidad y el deber de hacerlo<sup>10</sup>.

Podríamos concluir que el merecimiento de pena certifica la comprobación dogmático – jurídica de la conducta punible, la cual hace posible entrar a valorar si en el caso concreto, es necesario imponerle o no al sujeto activo de la conducta, la consecuencia jurídica prevista en la norma; en consecuencia, la necesidad de la pena que es otro de los límites materiales a tener en cuenta por el operador jurídico, se constituye en un juicio de valor cuya finalidad será determinar si en el caso concreto, se justifica o no imponer la pena, de acuerdo con las razones de prevención general y prevención especial.

El artículo 3° del Código Penal consagra:

La imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.

El principio de necesidad se entenderá

en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan. **(El subrayado no hace parte del texto original)**

Por su parte, el artículo 4° del mismo código menciona:

La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.

La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión. **(El subrayado no hace parte del texto original)**

Ambos límites materiales, que imponen la realización del juicio de valor sobre el merecimiento de la pena y sobre la necesidad de la pena, tienen naturaleza, contenidos y finalidades diferentes, de manera que no pueden superponerse o superponerse, teniendo en cuenta lo siguiente: el merecimiento de pena, es de naturaleza dogmática, se limita a verificar la existencia de los elementos que conforman cada una de las categorías dogmáticas de la conducta punible, y su finalidad es certificar el cumplimiento de los requisitos dogmático – jurídicos, que permiten la imposición de la pena; la necesidad de la pena es un juicio de naturaleza político – criminal, en el que se analiza, desde el punto de vista general y especial de la prevención, la posibilidad de

<sup>10</sup> Los artículos 10, 11 y 12 de la ley 599 de 2000, consagran las tres categorías dogmáticas de la conducta punible: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, que a su vez, constituyen los tres juicios de valor, que dan como resultado el merecimiento de pena.

prescindir o no de la pena en el caso concreto, y su finalidad es tender un puente entre la dogmática penal y la realidad social.

De acuerdo con lo anterior, el juicio de valor sobre el merecimiento de la pena y la necesidad de la pena, frente al delito de violencia intrafamiliar, supone la realización de un análisis dogmático, político – criminal y criminológico, con miras a determinar la legitimidad de la pena en su aspecto cualitativo y cuantitativo, estableciendo igualmente, si los fines atribuidos a la consecuencia jurídica del delito, tienen algún tipo de comprobación empírica, o si por el contrario, son aspectos formales que buscan justificar la imposición de la pena.

## **2. Política social del Estado frente a la familia, y su incidencia en la violencia intrafamiliar**

Por *Diana Soraya Jiménez Salcedo*

La violencia es una forma de relación social y específicamente, de relación de poder que causa daño y privaciones físicas morales y psicológicas a otros. Es diversa en sus manifestaciones y afecta a las personas de manera diferente según género, edad, etc., pero, siempre es una violación de los derechos del otro. Tiene carácter intencional y puede ser de naturaleza física, sexual o psíquica e incluye negligencia y privación, como formas de negación de la vida, tanto

como amenaza e intimidación.

El análisis de la violencia depende de su contenido cultural, social y ético. Puede, entre otras, tipificarse según los actores que la generan, la relación entre victimario y víctima, o la motivación del acto violento (política, institucional, económica, social). Su origen está vinculado a odios y resentimientos sociales por falta de oportunidades, inequidad, falta de reconocimiento y falta de respeto a las diferencias, ya sean raciales o de pensamiento. Surge de prácticas como el castigo corporal a los niños, el abuso sexual y los contextos culturales como el machismo. No obstante, es preciso no generalizar el vínculo entre la violencia y la pobreza, ni entenderla como necesaria en todo conflicto o desacuerdo.

La violencia familiar tiene un claro componente de desigualdad entre los géneros en cuanto se refiere a la violencia en la pareja. La denominación “violencia de género” ha llegado a ser una categoría que describe aquellas formas de violencia ejercidas por los hombres contra las mujeres y que se expresan de forma predominante, aunque no exclusivamente, en el ámbito de la familia y las relaciones de pareja.

En muchos países se ha empezado a legislar específicamente sobre esta forma de violencia. El Informe Mundial Sobre la Violencia y la Salud<sup>11</sup> dedica un capítulo al examen de la violencia en la

<sup>11</sup> ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD, Informe Mundial Sobre la Violencia y la Salud. Washington : PDF, 2003. p.8.

pareja, uno de cuyos factores culturales más importantes es la noción de la masculinidad ligada al uso de la fuerza y la violencia.

La Encuesta Nacional de Demografía y Salud, ENDS de 2005, dedica un capítulo a la violencia intrafamiliar en la cual describe en los siguientes términos:

La violencia intrafamiliar, básicamente, es una situación de abuso de poder o maltrato psíquico o físico, de un miembro de la familia sobre otro. Puede tener diferentes formas de manifestación; a través de golpes e incidentes graves, como también de insultos, manejo económico, amenazas, chantajes, control de actividades, abuso sexual, aislamiento de familiares y amistades, prohibición de trabajar fuera de la casa, abandono físico o afectivo, humillaciones, o no respetar las opiniones de las otras personas.

En términos muy generales, la violencia intrafamiliar se puede agrupar en: Maltrato Físico, que son [sic] actos que atentan o agreden el cuerpo de la otra persona tales como empujones, bofetadas, golpes de puño, golpes con el pie, etc. Maltrato Psicológico, que se puede manifestar a través de actitudes que tienen por objeto causar temor o intimidación en la otra persona, con el fin de poder controlar su conducta, sentimientos y actitudes; usualmente se manifiesta en descalificaciones, insultos y controles. Maltrato o Abuso Sexual, que es la imposición de actos de carácter sexual contra la voluntad de

la otra persona, como puede ser la exposición a actividades sexuales no deseadas, o la manipulación a través de la sexualidad. Maltrato Económico, que consiste en no cubrir las necesidades básicas de la persona o personas a su cargo, y ejercer control a través de los recursos económicos<sup>12</sup>.

Tradicionalmente, Colombia ha sido reconocida a nivel mundial como muy violenta y prueba de ello es el conflicto armado que se vive actualmente; es imposible pretender desvincular la situación que se vive en Colombia de la violencia que tiene lugar en el seno del hogar colombiano. Se ha reconocido que la violencia genera violencia y las personas que la han sufrido en sus hogares de origen, la reproducen en sus propios hogares, en la escuela, en el lugar de trabajo y en donde quiera que entran en contacto con la sociedad.

Las personas violentas desde los padres y adultos en los hogares, los maestros y los niños en las escuelas, se han formado en familias que no han logrado inculcar el respeto y el buen trato hacia las otras personas. Sin embargo, es necesario reconocer que el problema tiene dos vías y no toda la culpa o responsabilidad debe recaer sobre la familia, ya que la estructura social y el ambiente extrafamiliar tienen una significativa incidencia sobre todos los procesos que se viven en el interior del hogar.

Si bien se puede observar que hay algunas tendencias diferenciales según

<sup>12</sup> PROFAMILIA. Encuesta Nacional de Demografía y Salud 2005. [www.profamilia.org.co/encuestas](http://www.profamilia.org.co/encuestas).

factores como la edad, el nivel educativo de las mujeres o el nivel de ingresos, lo cierto es que ningún grupo social se encuentra exento por completo de estas formas de violencia.

Pero la violencia intrafamiliar no es sólo la de la pareja, sino aquella que los padres y otros adultos o hermanos mayores ejercen contra los menores. En los casos más extremos estas formas de violencia son conocidas por los Servicios de Salud o por el Instituto de Medicina Legal, pero en sus formas más leves se trata de un comportamiento oculto en la privacidad de los hogares.

Un movimiento de opinión mundial en cuya cabeza están organizaciones como UNICEF y SAVE THE CHILDREN, hacen esfuerzos por la erradicación de los castigos físicos y en unos pocos países han logrado su prohibición legal.

Las relaciones familiares son el ámbito del aprendizaje inicial de las formas de relación en sociedad, entre ellas la violencia como forma para dirimir los desacuerdos y hacer prevalecer los propios deseos u opiniones. Un amplio consenso internacional señala a la violencia en la familia como la fuente y origen de todas las demás violencias; el catálogo de sus modalidades es conocido, pero su magnitud y gravedad apenas se supone, puesto que por su carácter privado, permanece invisible y se conoce sólo en los casos más extremos, cuando las lesiones o la muerte hacen llegar el caso a manos de los médicos o de la policía y los jueces.

Las relaciones violentas entre los cónyuges, el maltrato de los niños y jóvenes, el abuso sexual, el incesto, la violación al interior de la familia, la agresión y abuso psicológico mediante insultos y sarcasmos, son algunas modalidades de la violencia en la familia. Aunque existen excepciones, lo más frecuente es que los hombres sean los agresores y las mujeres, niños, niñas y adolescentes sean las víctimas.

Con frecuencia las relaciones familiares conflictivas están en la base de procesos como el abandono temprano del hogar, el embarazo de adolescentes, el consumo temprano de alcohol y otras sustancias, la vinculación a pandillas, la exposición a enfermedades de transmisión sexual, la prostitución de niños y jóvenes, y en general, un largo catálogo de problemas sociales.

Es por estas razones que la prevención de la violencia exige caracterizar unos factores de riesgo, una determinada relación entre éstos y la amenaza, y una vulnerabilidad entendida como la probabilidad de padecer o ejecutar hechos violentos. De la misma forma, los factores protectores que reducen la vulnerabilidad y disminuyen o anulan el riesgo y la amenaza, puesto que de su acertado conocimiento depende el disponer de mecanismos preventivos adecuados.

El carácter preventivo de las acciones de intervención social se encuentra en los abordajes priorizados de los proyectos, en la existencia de políticas

públicas, en las acciones públicas que promueven la convivencia y en el desarrollo de entornos favorables, aquellos en los que se estimula el desarrollo de las potencialidades de los miembros de la familia, su inclusión efectiva, y su acceso a oportunidades<sup>13</sup>.

Una estrategia adecuada para la prevención de la violencia, debería partir de un enfoque integral de la problemática sobre la cual se quiere actuar; lo que significa hacer el máximo uso posible del conocimiento disponible acerca de los sujetos y las comunidades con las cuales se va a hacer prevención, así como sobre los factores y circunstancias históricas, económicas, culturales y sociales que deben ser tomados en cuenta.

Al igual que en los procesos de desarrollo social, debe ceñirse por las siguientes reglas básicas: a) determinación de objetivos claros y verificables; b) identificación de la situación de partida o “línea de base” que permita verificar los cambios generados por la acción realizada; c) elección rigurosa de los resultados que se desean conseguir; d) determinación de las actividades que conducen a tales resultados; e) selección de los recursos necesarios para tales actividades, y f) previsión de formas de seguimiento y de tiempos y métodos de evaluación.

En nuestro país, la Constitución Política y las leyes asignan a las instituciones del Estado responsabilidades frente a asuntos o situaciones determinadas, es decir, competencias, y su importancia radica en que constituyen un mandato y pueden ser exigidas; frente a la atención integral de la violencia al interior de la familia, las responsabilidades institucionales están referidas a la obligación de prevenir, detectar, investigar y sancionar este tipo de violencias y restablecer los derechos vulnerados.

Existe además, la obligación constitucional de trabajar de manera organizada y conjunta. De acuerdo con la Constitución Política, “Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines”, por lo que nuestro deber es garantizar a las víctimas una respuesta integral, de calidad, oportuna y eficaz. Los servidores públicos tienen el reto frente a la búsqueda de la garantía y el restablecimiento de los derechos de las víctimas de la violencia al interior de la familia.

Es así como la Procuraduría General de la Nación<sup>14</sup>, ha ejercido algunas funciones de impulso a decisiones de política social, que apuntan a garantizar los derechos de los sujetos que integran la familia, en un contexto que, como el colombiano, dista mucho de ser propicio

<sup>13</sup> Desarrollo juvenil y prevención de la violencia. Gestores juveniles en Cultura y Convivencia. Medellín. 2005.

<sup>14</sup> “Prevención de la violencia, intervención activa de los servidores públicos”. Procuraduría General de la Nación. Bogotá. 2006.

al desarrollo integral de los niños, niñas y mujeres.

Se expidió la Directiva 001 de 2006, la cual insta a todas las entidades del orden nacional, departamental y municipal a emprender acciones urgentes e inmediatas para prevenir la violencia intrafamiliar, el maltrato infantil y el abuso sexual. Otra de las acciones emprendidas por la Procuraduría General de la Nación, con el apoyo del Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA), fue la de vigilar la garantía de los derechos de las mujeres a partir de la revisión del cumplimiento de la normatividad nacional e internacional en la materia, y diseñar un modelo de vigilancia preventiva, que será utilizado de manera sistemática y permanente por el Ministerio Público.

Este modelo de vigilancia busca fundamentalmente:

- Verificar la inclusión de la perspectiva de género en la gestión pública y la situación de los derechos de las mujeres.
- Promover la generación de información desagregada, oportuna y de calidad relativa a los derechos.
- Promover el conocimiento, apropiación y aplicación de las normas internacionales relativas al género y a los derechos de las mujeres.

Un tema crítico respecto de la violencia ocurrida al interior de la familia, es el

de la justicia, porque no solamente se convierte en un desafío para la estructura del sistema judicial, que no cuenta con las herramientas para manejar el evento de manera integral, sino también los imaginarios y prejuicios de los operadores de justicia, lo cual, da como resultado respuestas judiciales que no resuelven la causa de la violencia.

Frente a las violencias económicas al interior de la familia, un aporte de la Procuraduría General de la Nación está representado en la conceptualización de este fenómeno, en el que se han incluido los procesos de alimentos, los ejecutivos de alimentos, la inasistencia alimentaria y las investigaciones de paternidad. Estos procesos reflejan las inequidades de poder desde lo económico y donde nuevamente aparecen las mujeres, los niños y niñas como sus principales víctimas.

Frente a este tipo de violencia no se aprecian, por parte de las instancias competentes, acciones ni medidas dirigidas a intervenir estas prácticas, a promover la paternidad responsable, ni a revisar la efectividad de los mecanismos establecidos para la reclamación de estos derechos. Lo anterior es preocupante porque, primero, cuestiona la eficacia y la efectividad para responder a la garantía de estos derechos; y segundo, evidencia el altísimo costo de agotar diferentes procesos judiciales para garantizar eventualmente el derecho.

Ante el panorama que se muestra, se hace un llamado a las instituciones para que:

- Se garantice la vigencia efectiva del principio de igualdad y no discriminación, mediante una política que incluya medidas y acciones con perspectivas de género.
  - El Estado en general, y cada institución en particular, revisen y ajusten el manejo y uso de la información relativa a los temas de violencia contra la mujer y al interior de la familia, y derechos sexuales y reproductivos, y que de manera sistemática se desglosen, como mínimo por sexo y edad, las estadísticas, se actualicen y se tengan a disposición de las instancias de planeación y vigilancia de las leyes y los derechos.
  - El gobierno y las autoridades intervengan para reducir la violencia contra la mujer, investigar los casos y brindar apoyo a las víctimas de la violencia para el restablecimiento de sus derechos.
  - Todos los casos de violencia por razón de género sean objeto de medidas investigativas rápidas, completas e imparciales, así como el adecuado castigo de los responsables y la reparación a las víctimas.
1. El Plan Nacional de Desarrollo 1998-2002, Plan nacional contra la violencia intrafamiliar. Con el lema: “La paz empieza por mí, la paz empieza en familia”.
  2. Por medio de la ley 51 de 1981, el gobierno colombiano se suscribió a “La convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, aprobada en 1979 por la Asamblea General de las Naciones Unidas y considerada la Declaración Internacional de los Derechos de la Mujer.
  3. Consensos intergubernamentales sobre temáticas de violencia intrafamiliar, violencia sexual y violencia contra la mujeres, en:
    - a) Viena 1993: Declaración y programa de acción de la conferencia internacional sobre derechos humanos.
    - b) Naciones Unidas, 20 de diciembre de 1993: Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer.
    - c) Naciones Unidas 1993: Convención Internacional de Derechos del Niño.
    - d) El Cairo 1994: Plan de acción de la cuarta conferencia internacional sobre la población y el desarrollo.
    - e) Beijing 1995: Plataforma de acción

De igual forma, varias son las políticas nacionales y sectoriales que respaldan los compromisos adquiridos por el gobierno colombiano con las mujeres y con la sociedad a través de ellas<sup>15</sup>:

<sup>15</sup> *Revista Colombia Médica*, Vol. 33, No. 2, 2002, pp. 81-89. Vigilancia del maltrato a la mujer: diseño y aplicación de un procedimiento. María Cristina Ortiz.

de la cuarta conferencia mundial sobre la mujer.

4. La Constitución Política de Colombia 1991. Promueve el respeto y garantía de los derechos humanos fundamentales, iguales e inalienables de las personas, resaltando la libertad y la dignidad humana como inherentes al ser humano, y a la familia como célula de la sociedad.
5. Ley 248 de 1995, que ratifica la Convención de Belén Do Pará para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.
6. Ley 294 de 1996, por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar.
7. Ley 360 de 1997, referente a delitos contra la libertad sexual y la dignidad humana.
8. Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010. Capítulo VII. Dimensiones Especiales del Desarrollo. Equidad de Género y Juventud.
9. Ley 1142 de 2007, que modificó el artículo 229 de la ley 599 de 2000, sobre violencia intrafamiliar.

Igualmente, otros esfuerzos institucionales relevantes en este tema son:

- El sistema nacional contra el maltrato infantil, la violencia intrafamiliar, el abuso sexual y la violencia contra las mujeres.
- Política del Ministerio de Educación: Plan nacional de educación sexual, 1993. Educación para la vida y el amor, 1998.

- Políticas del Ministerio de Salud: Salud para las mujeres, mujeres para la salud. Salud sexual y reproductiva. Vida, salud y paz.

En la década de los años 90, y concretamente, desde el año de 1993, se empezaron a crear las redes de prevención de la violencia intrafamiliar y del maltrato, en donde de forma conjunta gobierno y sector privado, trabajan alrededor de la prevención y la atención de estos problemas.

La suscripción de varios compromisos internacionales por parte de Colombia, tales como la Convención Internacional de los Derechos de los Niños, la Cedaw (Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres), los compromisos adquiridos en la Conferencia de 1994, conocida como la Conferencia del Cairo, en la que se promueven la equidad y la igualdad entre sexos y el reconocimiento de derechos de las mujeres, por mencionar solo algunos; así como la Constitución de 1991, la legislación sobre violencia intrafamiliar, la creación de las primeras Comisarías de Familia, la Defensoría del Pueblo en su oficina delegada de Mujer, Niñez y Ancianos, la Procuraduría Delegada de Familia, junto con una serie de servicios de atención, permiten un avance significativo, hasta llegar en 1997 al PAFI (Plan de Acción a Favor de la Infancia).

Y en el año 2000, Colombia llegó a la formulación de una política pública de Construcción de Paz y Convivencia

Familiar HAZ PAZ, que hoy día es una realidad en algunos municipios del país, como estrategia conjunta de trabajo de diversas instituciones del sector público y del sector privado<sup>16</sup>.

Entre otras muchas acciones que se han adelantado, pueden citarse las siguientes:

- Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer: en el Programa de Renovación de la Administración Pública emprendido por el actual gobierno, se dio continuidad al mecanismo nacional para el adelanto de la mujer.
- El Decreto 519 de 2003 (que establece las funciones de la Consejería) y el Plan Nacional de Desarrollo (Ley 812 de 2003) consignaron en cabeza del mecanismo para el adelanto de la mujer las siguientes responsabilidades: promover la equidad entre mujeres y hombres; coordinar el proceso de concertación que permita la incorporación de la perspectiva de género en las políticas, planes, programas y proyectos; adelantar una política a favor de la mujer.
- El Acuerdo Nacional por la Equidad entre Mujeres y Hombres suscrito en el año 2003, por parte de las tres ramas del poder público, academia y gremios del sector privado, legitimó a la Consejería Presidencial

para la Equidad de la Mujer para consolidar la equidad de género como política de Estado y estableció el compromiso de todas las ramas y entidades firmantes de institucionalizar la perspectiva de género.

- El proceso de transversalidad de género: para incorporar el enfoque de género en las políticas públicas, en los planes, programas, proyectos y presupuestos tanto del nivel central como territorial, la Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer adelanta la siguiente metodología:
  - a. Formulación de la política “Mujeres Constructoras de Paz y Desarrollo” que incluye principios, conceptos básicos, objetivos, áreas programáticas y programas.
  - b. Capacitación en planeación con perspectiva de género y presupuestos sensibles al género, dirigida a funcionarios públicos de 18 entidades del orden nacional.
  - c. Concertación de 20 agendas interinstitucionales.
  - d. Plan de Acciones Positivas a favor de la mujer para intervenir en las áreas de Empleo y Desarrollo Empresarial, Educación y Cultura, Salud, Participación Política, Mujer Rural, Violencias contra las mujeres, Fortalecimiento Institucional.

<sup>16</sup> MORALES, Adela. *La familia: el lugar donde empieza la convivencia*. Bogotá, 2002.

- Trabajo y erradicación de la pobreza: se mencionan como avances legislativos en la materia durante los últimos años: la promulgación de la ley 731 de 2002 que favorece a la mujer rural en materia de empleo y acceso a recursos; la ley 790 de 2002 que establece que las mujeres cabeza de familia sin alternativa económica no podrán ser retiradas de sus empleos dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública y la ley 823 de 2003 (ley de igualdad de oportunidades) que contiene disposiciones que benefician a las mujeres en materia de crédito, empleo y microempresa.
- Plan Nacional de Capacitación Empresarial para Mujeres: este programa tiene por objeto impulsar programas especiales de capacitación técnica, adecuada a la capacidad y vocación productiva de las mujeres, para promover gradualmente oportunidades de acceso a un empleo digno y remunerado, o facilitar el desarrollo de actividades empresariales, que contrarresten las condiciones que propician una mayor pobreza en las mujeres, incidiendo especialmente en zonas deprimidas y de conflicto. Ha contado con el apoyo de: Dansocial, OIT, Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, Secretarías de Agricultura Departamental, UMATAS, PADEMER, Fundación Carvajal y el SENA.
- El Programa “Familias en Acción”: otorga un subsidio monetario directo a cambio del cumplimiento de compromisos en salud y educación. El programa está dirigido a municipios con menos de cien mil habitantes y cuenta con cerca de un millón doscientos mil beneficiarios el 91% de los cuales está por debajo de la línea de pobreza.
- Violencia sexual: en respuesta al fenómeno de violencia sexual, se creó el Centro de Atención Integral a Víctimas de Delitos Sexuales, que atiende a las personas involucradas en delitos contra la libertad sexual, en un marco de respeto por la dignidad humana. La misión del centro consiste en ofrecer a las personas afectadas adecuada y oportuna atención en las áreas psicológica, social, jurídica, médico-legal y de protección, agilizando el procedimiento legal e investigativo de manera que se promueva la recuperación y se generen mecanismos de prevención del delito.
- Política Nacional de Construcción de Paz y Convivencia Familiar “Haz Paz”: cuyo objetivo principal consiste en consolidar familias democráticas, tolerantes de las diferencias, respetuosas de la dignidad y de los derechos de sus miembros sin distinción de edad, género, cultura, o capacidad física o intelectual. La Política Haz Paz se implementa a través de cuatro componentes: prevención, detección temprana y vigilancia, atención y transformación institucional, y se enfoca principalmente a mujeres y niños.

Uno de los proyectos más relevantes que se adelanta es el llamado “Modelos de atención para la detección, prevención y tratamiento de la violencia doméstica”<sup>17</sup>, cuyo objetivo principal es diseñar y construir con las ciudades participantes (Armenia, Pasto y Tunja) un modelo para la vigilancia, detección y atención de la violencia intrafamiliar en el sector salud, con el apoyo de médicos, enfermeras, psicólogos y trabajadores sociales. Y en el sector educativo, con el apoyo de docentes, madres comunitarias, padres, madres y cuidadores.

- Observatorio de Asuntos de Género de la Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer: que dentro del eje temático de “Violencias contra la Mujer”, constituyó unas mesas de trabajo con distintas entidades (del nivel nacional y local) que previenen, atienden y producen información en Violencia Intrafamiliar –VIF. Cuyo propósito es realizar una labor conjunta para la definición de indicadores con sensibilidad de género, que midan el impacto de la VIF, así como un espacio de discusión, para la formulación de recomendaciones en materia normativa y administrativa.
- Educación: en el área de educación se han impulsado cambios, en la búsqueda de un desarrollo humano

sostenible, promoviendo la equidad entre los sexos y la construcción de relaciones de igualdad y solidaridad entre hombres y mujeres.

- Salud Sexual y Reproductiva (SSR): Tiene como propósito mejorar la SSR y promover el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de toda la población con especial énfasis en la reducción de los factores de vulnerabilidad y los comportamientos de riesgo, el estímulo de los factores protectores y la atención a grupos con necesidades específicas.

Tal como se ha evidenciado, la violencia es un asunto extremadamente complejo que involucra muchos niveles de la vida social. En términos de políticas públicas su prevención implica la capacidad de movilizar políticas e intervenciones multisectoriales y de comprometer agencias públicas y organizaciones sociales, cuyos fines y ámbitos de acción en la práctica, pueden ser muy distantes. En Colombia el orden nacional ha demostrado incapacidad para emprender una tarea de esta naturaleza, por cuanto en su estructura pesan demasiado los aparatos sectoriales. Además, la extensión del territorio y el ordenamiento del país en entes territoriales relativamente autónomos, le confieren al orden nacional papeles de formulación de marcos de política, de marcos legislativos, pero cada vez menos de ejecución directa.

<sup>17</sup> “Modelos de atención para la detección, prevención y tratamiento de la violencia doméstica”. Política Nacional de Construcción de Paz y Convivencia Familiar. ICBF –Presidencia de la República-Grupo Haz Paz.

La idea de una prevención integral de la violencia no puede ser confiada exclusivamente a un organismo como el Ministerio de la Protección Social, tampoco al Ministerio de Educación o a las fuerzas de seguridad; todas estas instituciones tienen una vocación sectorial especializada, cuya importancia no se pone en duda, pero que les impide cooperar de una manera sustantiva a la hora de generar respuestas, que además, tengan cobertura importante sobre el territorio nacional.

En el lado opuesto de la jerarquía administrativa del país está el municipio, que se constituye en el lugar de referencia para los ciudadanos y que según la Constitución Nacional, es el responsable del desarrollo social, por lo tanto, parece ser el más indicado para enfocar de una manera integral las políticas de prevención de la violencia.

A su favor tiene los siguientes factores<sup>18</sup>:

- Capacidad de movilizar la totalidad de los esfuerzos de la administración de una manera coordinada.
- Posibilidad de conocer en detalle los conflictos y las historias particulares de los territorios de su jurisdicción.
- Mayor cercanía a los ciudadanos y relación inmediata con las formas de organización y participación de todos los sectores sociales.

- El municipio por su ámbito de competencias tiene capacidad de abordar simultáneamente problemas tan diversos como: el uso del espacio público; las estrategias de control policial del territorio; y el aumento en la cobertura y la calidad de servicios como el educativo, salud, etc.; las instancias de participación de la ciudadanía en el debate sobre los asuntos públicos; y la dinamización del mercado local de trabajo y otros.

Solamente desde una visión que incluya todas esas dimensiones de la vida social, es posible pensar una estrategia de prevención de la violencia que tenga alguna posibilidad de ser exitosa. La discusión sobre si debe haber una política específica para la prevención de la violencia o si, por el contrario, este tema debe ser abordado de manera transversal en las diferentes políticas sectoriales, no puede ser saldada a la ligera.

La preocupación por la violencia y su prevención estuvo durante mucho tiempo asignada a los organismos encargados de la seguridad y la justicia, formando parte de los temas de la criminología. La concepción según la cual la violencia es un problema de salud pública, puso el tema en manos de los organismos sectoriales de salud, lo cual significó un avance conceptual en el campo de las políticas públicas.

<sup>18</sup> Políticas para la Prevención de la Violencia. *Marco Conceptual Desarrollo juvenil y prevención de la violencia*. Medellín. 2004.

Sin embargo, una parte considerable de la violencia en Colombia se debe a la “privatización de la justicia” ante los altísimos índices de impunidad y la incapacidad del Estado para regular los conflictos entre los ciudadanos. Liderazgo en la promoción de redes y alianzas, con participación de la sociedad civil para fines como el establecimiento concertado de políticas públicas de protección de la niñez, equidad de género, promoción de la convivencia, educación y cultura ciudadana, etc.

En general, las personas no denuncian, y cuando denuncian no se les cree o no son atendidas; cuando son atendidas el trato no es adecuado; cuando las tratan bien, la respuesta no resuelve o no responde a la expectativa, a la necesidad o al restablecimiento de los derechos de la víctima. Esto implica que los diferentes actores, es decir, jueces, fiscales, investigadores, peritos, defensores, comisarios, servidores públicos, actúen desde la claridad que sobre el sujeto y sus derechos han apropiado, y desde el reconocimiento de la necesidad de garantizar a cada cual unas mínimas condiciones para que la justicia sea real y efectiva.

Es responsabilidad de cada una de las instituciones del Estado colombiano y de sus servidores, disponer y gestionar todo lo necesario para la vigencia efectiva de los derechos, pues no ha de olvidarse que la familia es el espacio natural para la construcción y el ejercicio de la democracia y los derechos humanos, y como institución social expresa los patrones culturales que se

presentan en una colectividad, en un espacio y tiempo determinado, por lo que propender por la garantía de los derechos de la familia implica la garantía de los derechos de cada uno de sus individuos, siempre y cuando esta unidad sea democrática.

### 3. Mecanismos de protección jurídica de la familia

Por *Ricardo Hernández y  
Angélica Bosigas León*

**a) Constitución Política e institución familiar:** la Constitución Política de 1991 consagró en su artículo 5° dentro de los principios fundamentales el “amparo a la familia como institución básica de la sociedad”, así mismo en su capítulo 2° título 1°, en especial en los artículos 42, 43, 44, 46 y 67, desarrolló dicho principio fundamental consagrando aspectos tales como:

- La familia es el núcleo esencial de la sociedad.
- Protección integral del Estado hacia la familia.
- Patrimonio familiar inalienable e inembargable.
- La honra, la dignidad de la familia son inviolables.
- Igualdad de derechos y deberes en las relaciones familiares.
- La violencia en la familia, cualquiera que sea su forma, se considera

destruccion de su armonía y unidad, y esta podrá ser sancionada por la ley.

- Libertad de las parejas para decidir el número de hijos así como su obligación de sostenerlos y educarlos.
- Formas de matrimonios, efectos civiles de los matrimonios religiosos.

Con estos artículos se protege, sin importar su origen, tanto la familia que surge del matrimonio, como la que se origina en la unión marital de hecho.

Así mismo, la Constitución plasma los siguientes principios en sus artículos 43, 44, y 46, respectivamente:

- Igualdad de derechos entre el hombre y la mujer, la cual no podrá ser discriminada.
- Derechos fundamentales para los niños, entre otros el de la protección contra “(...) cualquier forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica (...) los derechos de los niños prevalecen sobre los de los demás”.
- Protección de la familia y los ancianos.

En síntesis, la protección que le otorga la Constitución Política de 1991 a la familia es muy amplia, ya que al considerarla como la institución esencial de la sociedad, le brinda garantías para que ésta pueda cumplir la tarea

encomendada por el ordenamiento jurídico.

#### **b) La jurisprudencia constitucional frente al fenómeno de la violencia intrafamiliar:**

La Corte Constitucional en reiteradas sentencias ha recalado lo plasmado en el artículo 5º y en el artículo 42 de la Constitución, y en especial en el tema de violencia intrafamiliar ha sentado varios precedentes, como por ejemplo, lo afirmado en la sentencia T- 487 de 1991:

Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia se considera destructiva de su armonía y unidad y será sancionada conforme a la ley. La Sala encuentra probado que en el presente caso la accionante ha sido objeto de numerosas agresiones físicas por parte de su compañero permanente y que algunas de ellas le han ocasionado lesiones personales...

Los principios constitucionales resultan flagrantemente desconocidos cuando uno de los cónyuges o compañeros permanentes ataca físicamente al otro, pues ello no sólo significa agravio -el que ya de por sí, aunque fuera puramente verbal, quebrantaría la regla del recíproco respeto que se deben los esposos- sino que repercute en la esfera de la integridad física y moral de la persona atacada e inclusive pone en peligro su vida. El derecho a no ser agredido y el correlativo deber de no atacarse son reconocidos y exigidos

simultáneamente a ambos cónyuges o compañeros, independientemente de su sexo, pues los artículos 42 y 43 de la Constitución proclaman la igualdad del hombre y la mujer en deberes y derechos.

Así mismo, en la sentencia T- 217 de 1995, la Corte dijo lo siguiente sobre el deber de respeto en las relaciones familiares:

El respeto a la vida y a la integridad física, especialmente entre los miembros de un mismo núcleo familiar en un sentido moral y jurídico, no se reduce exclusivamente a la prevención policiva o a la represión penal del agresor, sino que comporta el deber de no maltratar, ni ofender, ni amenazar a las personas con quien se comparte la unión doméstica de procreación y desarrollo de los hijos y de la familia, y la promesa entre los cónyuges de mutuo fomento material y espiritual, especialmente entre estos y los hijos.

En la sentencia T-378 de 1995, referente a la violencia entre cónyuges, la Corte dijo:

La violencia, bien que asuma la forma de agresión material, ya que consista en ataques contra la integridad moral de las personas, constituye, un factor destructivo de la armonía y unidad de la familia que, por tanto, reclama censura y sanción. Los miembros de la familia están obligados al mutuo respeto y a la recíproca consideración. Cada uno de ellos merece un trato acorde no

solamente con su dignidad humana - como todas las personas- sino adecuado a los cercanos vínculos de parentesco existentes.

La situación es todavía más grave cuando de la simple pendencia doméstica se pasa a la violencia física o moral, pues entonces se quiebran los moldes del debido respeto y el ámbito hogareño, que debería ser de paz por la alta misión que le compete, se convierte en motivo inevitable de zozobra, miedo y pérdida de los valores espirituales, con notorio daño para el proceso de formación personal de los niños y para el adecuado logro de los cometidos propios de la familia. De allí que los padres estén obligados a resolver sus eventuales diferencias de manera razonable, mediante el diálogo directo y franco, sin transmitir sus problemas a los hijos, quienes de ninguna manera deben resultar involucrados en las disputas conyugales, menos todavía si éstas degeneran en actos violentos.

### **c) Prevención y tratamiento de la violencia intrafamiliar, en el ámbito legal colombiano**

Todas las normas legales y reglamentarias sobre estos temas, deben ser interpretadas a la luz del artículo 42 de la Constitución Política, en consonancia con los convenios internacionales ratificados por Colombia, gracias a los cuales se han

incorporado al derecho interno una serie de mecanismos jurídicos tendientes a prevenir, remediar y sancionar este tipo de violencia.

Dentro de dichos mecanismos es importante señalar *La convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* de 1979, ratificada por Colombia mediante ley 51 de 1981, en donde se reconoce que la discriminación viola los principios de igualdad de derechos y del respeto a la dignidad humana y le exige a los Estados miembros, un compromiso con la erradicación de las circunstancias sociales y económicas que no permiten la realización de la igualdad.

*La convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer* de 1994, ratificada por el Estado colombiano mediante ley 248 de 1995, que viene a ser el primer instrumento en donde se reconoce la violencia de género, como un problema de derechos humanos.

*La convención sobre derechos del niño* ratificada Colombia mediante ley 12 de 1991, cuyo objeto es la protección de los derechos de los menores de 18 años de edad. Entre otras cosas, contempla la prohibición de la discriminación, el interés prevaleciente de sus derechos y al igual que en las anteriores convenciones, se establece el deber del Estado de proporcionar los medios adecuados para la protección y de sus garantías.

#### **d) Mecanismos de protección en el ámbito nacional:**

Los mecanismos de protección nacional contra la violencia intrafamiliar pueden ser clasificados en tres grupos:

- Mecanismos preventivos.
- Mecanismos subsanadores.
- Mecanismos sancionatorios.

Dentro de los mecanismos **preventivos**, encontramos en primer lugar, lo dicho en la ley 294 de 1996, por cuanto el gobierno nacional y las juntas administradoras locales, deben diseñar y poner en marcha diferentes planes, políticas y proyectos para sensibilizar, denunciar y/o capacitar a la comunidad sobre el problema de violencia intrafamiliar. En el título VI de la misma ley, se establece que el ICBF diseñará 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 y educación, asistencia y tratamiento de los problemas de violencia intrafamiliar dentro de su jurisdicción.

Si las medidas preventivas llegan a ser insuficientes, la ley 294 de 1996 autoriza al comisario de familia, para que una vez conozca un caso de violencia intrafamiliar, pueda dictar dentro de las cuatro horas siguientes a la recepción del caso, las medidas de protección

provisionales, tendientes a evitar la continuación de todo acto de violencia, agresión, maltrato, amenaza u ofensa contra la víctima.

Como medida preventiva frente a estos casos, el artículo 5º, literal b, de la mencionada ley, le ordena al agresor abstenerse de ingresar a cualquier lugar donde se encuentre la víctima y en el literal c, le prohíbe esconder y trasladar de la residencia a los niños y personas discapacitadas o en situación de indefensión que sean miembros del grupo familiar. Por otra parte, cuando las circunstancias lo ameriten, el artículo 20, literal b, establece la necesidad de acompañar a la víctima a un lugar seguro o hasta su hogar, para el retiro de las pertenencias personales.

Pero si las medidas preventivas no son suficientes, la ley en mención establece unos mecanismos **subsana**dores:

El primero de ellos es la conciliación, sin embargo, este mecanismo ha sido muy cuestionado por cuanto las partes intervinientes no se encuentran en igualdad de condiciones psicológicas; por esta razón, en muchos casos la conciliación no surte los efectos esperados en materia de protección.

Adicionalmente, la ley 294 de 1996 establece que una vez demostrada la ocurrencia de hechos de violencia intrafamiliar y cuando el agresor tuviere antecedentes en esta materia, se le debe imponer a su costa, la obligación de acudir a un tratamiento reeducativo y

terapéutico; adicionalmente, el agresor debe pagar los gastos médicos, psicológicos y psiquiátricos que requiera la víctima.

Finalmente, las medidas **sancionatorias** podemos clasificarlas en 2 grupos, teniendo en cuenta el sujeto al cual va dirigida la sanción: individuales (penales) y estatales (reparación).

Las medidas individuales de carácter penal, surgen como consecuencia de la consagración como delito, de la violencia intrafamiliar, el abandono de menores y el incumplimiento de los deberes alimentarios. Se establece igualmente que el acceso carnal violento tiene circunstancias de agravación punitiva cuando se comete contra un miembro del grupo familiar.

Adicionalmente, la ley 294 de 1996 consagra una circunstancia de agravación punitiva para el delito de lesiones personales, cuando el que mediante violencia física o psíquica, trato cruel como intimidatorio o degradante, cause daño en el cuerpo o en la salud psicológica a un integrante del grupo familiar. En este caso el autor se hará acreedor a la pena privativa de la libertad prevista para el delito de lesiones personales, aumentada de una tercera parte a la mitad. Se especifica que obligar o inducir al consumo de sustancias psicotrópicas a otra persona o consumirlas en presencia de menores, se considera trato degradante. Igual circunstancia de agravación se aplica para el homicidio.

De otra parte, en Colombia constituye delito el maltrato mediante restricción a la libertad física: “el que mediante fuerza y sin causa razonable restrinja la libertad de locomoción de otra persona mayor de edad, perteneciente a su grupo de familia incurrirá en arresto (...)”.

Finalmente, no procederá el beneficio de excarcelación ni la libertad condicional, cuando cualquiera de los delitos contemplados en la ley 294 de 1996 se cometiere en violación de una orden de protección.

Cuando los actos de violencia fueron propiciados o dejaron de ser evitados por un agente del Estado que se encontraba en capacidad de evitarlos, o cuando por grave error judicial deja de ser sancionado el causante de uno de estos actos, el Estado será responsable y deberá indemnizar a la víctima.

Como ya se mencionó, la víctima puede acudir a las instancias internacionales, ya sea ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos o ante el Sistema Universal, cuando haya agotado todos los recursos internos sin resultados positivos. En este caso, el Estado Colombiano puede hacerse acreedor a una sanción de tipo indemnizatorio para resarcir a la víctima o a sus familiares

por la labor negligente de los funcionarios estatales.

En cuanto a las instituciones colombianas encargadas de proteger a la familia, se encuentra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que tiene dentro de sus responsabilidades ejecutar las políticas tendientes a la protección de la familia y del menor.

Adicionalmente, en cada municipio existen las comisarías de familia, encargadas de recibir y tramitar las quejas que por violencia intrafamiliar se presenten y decretar las medidas tendientes a la protección de los derechos amenazados o conculcados. De otra parte, los personeros y jueces municipales, a falta de comisario, tienen el deber de poner en marcha los mecanismos de protección judicial a las víctimas de violencia intrafamiliar. Así mismo, la Defensoría del Pueblo cuenta con una oficina para la mujer, la familia y la infancia destinada a promover y divulgar los derechos de estos sectores.

## **4. Valoración de las decisiones judiciales**

### **4.1 Principio de necesidad de la pena**

#### **4.1.1 Dosificación punitiva**

Aplicación Material: 44.44%  
Aplicación Formal: 44.44%  
Sin Mención: 11.11%

De acuerdo con el capítulo segundo, título IV, libro primero del Código Penal, el juez a la hora de dosificar la pena debe tener en cuenta algunos aspectos relacionados con la necesidad de la misma, tal es el caso de las circunstancias de menor y mayor punibilidad, consagradas en los artículos 55 y 58 del C.P., respectivamente, en donde se tienen en cuenta ciertos aspectos objetivos o subjetivos del sujeto agente de la conducta, para individualizar posteriormente la pena, cuando se han establecido los cuatro cuartos punitivos, tal como lo establece el artículo 61 del mismo código:

Efectuado el procedimiento anterior, el sentenciador dividirá el ámbito punitivo de movilidad previsto en la ley en cuartos: uno mínimo, dos medios y uno máximo.

El sentenciador sólo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes o

concurran únicamente circunstancias de atenuación punitiva, dentro de los cuartos medios cuando concurran circunstancias de atenuación y de agravación punitiva, y dentro del cuarto máximo cuando únicamente concurran circunstancias de agravación punitiva.

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

De acuerdo con lo anterior, tenemos que la misma norma obliga al funcionario judicial a realizar una valoración sobre las diferentes circunstancias, objetivas

y subjetivas, que estén relacionadas directamente con la necesidad o no de imponer una pena, en el marco de la prevención (inciso 2º, artículo 3º del C.P.). De acuerdo con el análisis de la información recopilada, se observa que el 44.44 % de los jueces (menos de la mitad), sí tuvo en cuenta este principio y lo desarrolló a la hora de justificar la asignación de la consecuencia punitiva, es decir, vinculó a la norma con el caso concreto y se pronunció sobre los efectos de esa “aplicación material”.

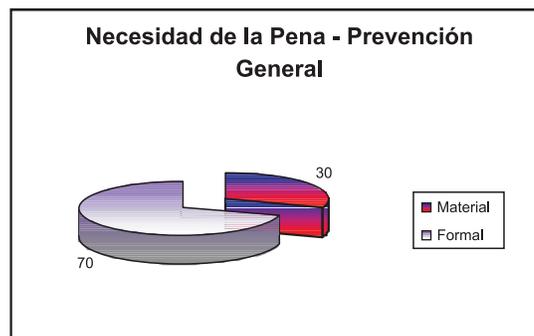
Por otro lado, el 44.44% de los jueces (menos de la mitad), tan solo reprodujo textualmente el contenido de algunas normas relacionadas con la necesidad de la pena (artículos 3, 55, 58, 59, 60 y 61 del C.P.), pero sin dar a conocer una “*fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena*”, tal como lo ordena el artículo 59 del C.P., es decir, hay una “aplicación formal” de las normas o simplemente enunciativa, pero nunca se vincula el texto de la ley al caso real; por ejemplo: se dice por parte del operador jurídico, que el ordenamiento penal colombiano, le ordena al

funcionario judicial tener en cuenta la *mayor o menor gravedad de la conducta*, y que por esa razón, la pena a imponer será X años de prisión, pero en ningún momento se analiza si la conducta objeto de análisis, en realidad es más o menos grave.

Por otro lado, el 11.11% de los jueces, ni siquiera hizo mención formal al principio de la necesidad de la pena, al momento de realizar la dosificación punitiva, limitándose a repetir en la mayoría de los casos, un formato previamente establecido, en donde el argumento central para realizar el proceso de individualización punitiva es el cumplimiento de la tipicidad, la verificación formal de la antijuridicidad y la imputabilidad del procesado. En conclusión, menos de la mitad de los jueces, dió aplicación al principio mencionado, menos de la mitad lo mencionó pero no lo desarrolló, y el menor porcentaje de jueces, omitió mencionar y aplicar dicho principio, a pesar de existir la obligación legal de hacerlo.

#### 4.1.2 Prevención general

Aplicación Material: 30%  
Aplicación Formal: 70%



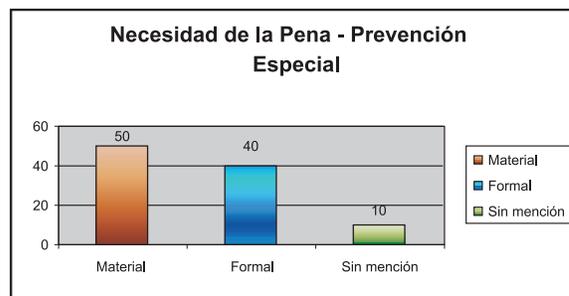
Ya habíamos mencionado que el inciso 2° del artículo 3° del C.P. consagra el principio de necesidad de la pena, y a su vez, expresa que deberá desarrollarse en el “marco de la prevención” y las demás instituciones que la desarrollan; pues bien, la prevención en vertiente macro social, debe entenderse como la amenaza al resto de la población para que no emule el comportamiento delictivo (prevención general negativa), y además, como aquel mensaje de la institución, sobre la vigencia del orden jurídico desconocido por el sujeto agente (prevención general positiva).

De acuerdo con lo anterior, tenemos que el juez al momento de fundamentar su decisión y especialmente, al momento de asignar la consecuencia jurídica al comportamiento ilícito, debe expresamente señalar los argumentos de prevención general, que recomiendan la imposición de una pena privativa de la libertad, que valoran su intensidad o, en últimas, la no necesidad de imponerla teniendo en cuenta la escasa repercusión social de la conducta, a pesar de que se verifiquen las categorías dogmáticas del delito.

Una vez se analizó la información recopilada, se pudo evidenciar que el 30 % de los jueces (menos de la mitad), sí tuvo en cuenta el principio de la necesidad de la pena, desde el marco de la prevención, en éste caso general, tal como lo ordena la normatividad penal vigente y además, expuso argumentos reales que relacionan el fondo de la decisión con la realidad social; mientras que el 70% de los jueces (más de la mitad), tan solo se limitó a copiar algunas normas relacionadas con el tema, pero sin preocuparse por hacer la valoración respectiva en el caso concreto, por ejemplo, en alguna decisión el operador jurídico habla de la trascendencia social como parámetro de decisión, pero no se vincula el comportamiento exteriorizado por el sujeto agente: nunca se habla de la real o virtual afectación a la vigencia de la norma, o a la pérdida de credibilidad en la misma por parte del conglomerado social, sustituyendo así, un argumento necesario, por la literalidad de la norma.

### 4.1.3 Prevención especial

Aplicación Material: 50%  
 Aplicación Formal: 40%  
 Sin Mención: 10%



De acuerdo con el inciso 2º del artículo 3º del Código Penal, la necesidad de la pena debe auscultarse también, a la luz de la llamada prevención especial, entendida como la necesidad de resocialización por parte del condenado (prevención especial positiva) y como la necesidad de apartar de la sociedad al condenado teniendo en cuenta su “peligrosidad” (prevención especial negativa); por su parte el artículo 4º del Código Penal consagra lo siguiente:

La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.

La prevención especial y la reinserción social operan al momento de la ejecución de la pena de prisión.

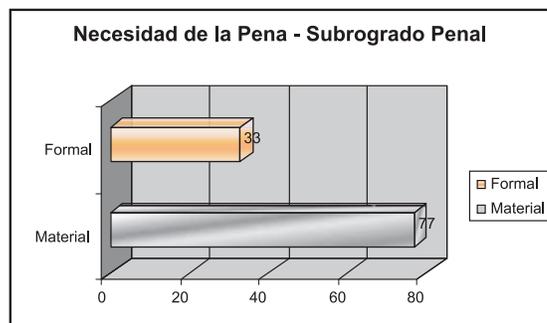
De acuerdo con lo anterior, el juez al momento de verificar la necesidad de la pena, debe necesariamente conocer las condiciones individuales y sociales de la persona sometida a juicio, de manera que la consecuencia jurídica a aplicar esté en consonancia con las funciones

atribuidas previamente a la pena privativa de la libertad, en concreto, que el aislamiento carcelario no se muestre más perjudicial que la misma libertad, a la hora de insertar socialmente al individuo o de neutralizarlo, teniendo en cuenta el posible daño que pueda causar a la sociedad.

De acuerdo con el análisis realizado, se pudo comprobar que tan solo el 50% de los jueces (la mitad) tuvo en cuenta las condiciones personales y sociales del procesado a la hora de evaluar la necesidad de imponer la pena privativa de la libertad, mientras que el 40 % (menos de la mitad) hizo alusión a las normas correspondientes, reproduciendo su tenor literal casi siempre, pero sin ejecutar la valoración antes mencionada; por último, el 10% ni siquiera hizo mención formal de las normas que consagran a la prevención especial como parámetro de la necesidad de la pena y tampoco hizo el análisis respectivo.

#### 4.1.4 Suspensión condicional de la ejecución de la pena

Aplicación Material: 33.33%  
Aplicación Formal: 66.66%



Esta figura ha sido denominada como uno de los “subrogados penales”, cuya finalidad más importante es permitirle al condenado que cumpla con un periodo de prueba y unas condiciones para evitar su internamiento carcelario; el artículo 63 consagra lo siguiente:

La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un periodo de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición de interesado, siempre que concurren los siguientes requisitos:

1. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de tres (3) años.
2. Que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena... **(El subrayado no hace parte del texto original).**

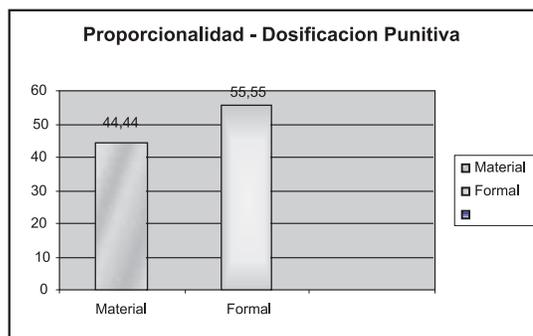
De acuerdo con lo anterior, el juez debe

valorar varios aspectos directamente relacionados con el individuo, con su entorno y con la conducta punible ejecutada, para determinar si se cumple el segundo requisito que le permite al condenado beneficiarse con la suspensión condicional de la ejecución de la pena, es decir, determinar si el sentenciado requiere o no tratamiento penitenciario por el delito que cometió. Con base en el análisis realizado se pudo establecer que tan solo el 33.33 % (menos de la mitad) de los jueces acató formal y materialmente el deber legal mencionado, mientras que el 66.66 % (más de la mitad) de los jueces, se limitó a reproducir textualmente las normas relacionadas con éste subrogado penal, pero sin que expusieran las razones que permitieron negar o concederlo en cada caso concreto.

## 4.2 Principio de proporcionalidad

### 4.2.1 Dosificación punitiva

Aplicación Material: 44.44%  
 Aplicación Formal: 55.55%



Según el artículo 3 de nuestro Código Penal (Ley 599 de 2000), la imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá, entre otros, al principio de proporcionalidad, cuyo presupuesto fundamental es la ponderación de bienes jurídicos constitucionales, lo que conlleva a dilucidar que su aplicación es necesariamente individual y que la pena impuesta al infractor de la ley penal debe guardar simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al que se imputa.

Así también, el artículo 61 del mismo estatuto, citado anteriormente, señala respecto a la dosificación punitiva, que el sentenciador impondrá la pena, ponderando entre otros aspectos, la mayor o menor gravedad de la conducta, frente al daño social, y el daño real o potencial creado respecto a la víctima. De la misma forma, el artículo 39 del

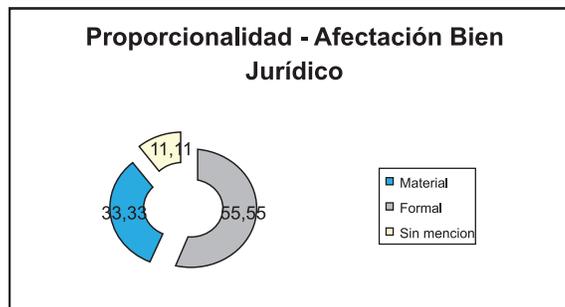
mencionado código, señala en su numeral 3:

La cuantía de la multa será fijada en forma motivada por el juez teniendo en cuenta el daño causado con la infracción, la intensidad de la culpabilidad, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo, la situación económica del condenado deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares, y las demás circunstancias que indiquen su posibilidad de pagar.

Lo que en otras palabras significa tomar en consideración el grado de afectación del bien jurídico tutelado, respecto a la víctima concretamente, y la afectación de la vigencia de la norma o del ordenamiento jurídico, en la aplicación de la mencionada sanción pecuniaria.

#### 4.2.2 Afectación del bien jurídico

Aplicación Material: 55.55%  
Aplicación Formal: 33.33%  
Sin Mención: 11.11%



Adicionalmente, y respecto a lo que atañe a la afectación al bien jurídico tutelado, el artículo 11 del Código Penal señala:

Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin

justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal.

Determinando la antijuridicidad, pero con la omisión de señalar el menor o mayor grado de afectación al bien

jurídico, lo que conlleva a un vacío normativo, que eventualmente daría paso, bien a interpretaciones subjetivas por parte del operador judicial, o bien a omisiones respecto al análisis que para su correcta aplicación se requiere.

Analizados los datos compilados, se pudo establecer que el 44.44% (menos de la mitad) de los jueces, tuvo en cuenta la aplicación del principio de proporcionalidad al momento de efectuar la dosificación punitiva, tal como lo establecen las normas señaladas, tomando en consideración la mayor o menor gravedad de la conducta y la consecuente lesión tanto al bien jurídico, como a la sociedad en general. Mientras que el 55.55% de los operadores judiciales (más de la mitad), se limitó a realizar una interpretación exegética de la norma, lo que dio como resultado que se citara la misma, sin realizar el análisis correspondiente, ni tener en cuenta las circunstancias subjetivas del autor de la conducta, ni el grado de afectación causado a la víctima y al ordenamiento jurídico.

Así las cosas, no hubo una verdadera adecuación entre la conducta delictiva y el daño social causado con ella, habidas las circunstancias que la agravaban o la

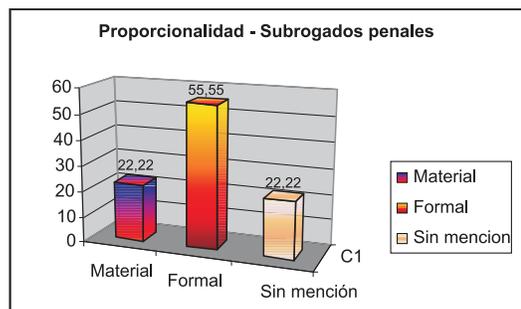
atenuaban, lo que supone que no fueron analizadas las circunstancias concretas de modo, tiempo y lugar, ni las particulares en que se situó el agente del delito.

En cuanto a la afectación al bien jurídico tutelado, del análisis de la información recopilada se infiere que el 55.55% de los jueces (más de la mitad), sí aplicó el principio de proporcionalidad, dando funcionalidad a la antijuridicidad, y además señalando el mayor o menor grado de afectación al mismo, no sólo respecto a la víctima, sino también, considerando el daño causado a la sociedad y al ordenamiento jurídico en general.

El 33.33% de los jueces (menos de la mitad), restringió su aplicación a la simple mención, pero omitió establecer las circunstancias que determinaban el grado de afectación por el delito cometido. Y finalmente, el 11.11% de los jueces, no hizo mención siquiera formal de este principio, dejando de lado no sólo una exigencia normativa, sino la exigibilidad de la mención y materialización para la que fue establecido.

### 4.2.3 Suspensión condicional de la ejecución de la pena

Aplicación Material: 22.22%  
 Aplicación Formal: 55.55%  
 Sin Mención: 22.22%



El capítulo tercero de nuestro Código Penal consagra los llamados subrogados penales, que son medidas sustitutivas de la pena privativa de la libertad, que se conceden a los individuos que han sido condenados a ésta pena, siempre y cuando cumplan los requisitos establecidos por el legislador. Esta institución obedece a una política criminal orientada a la mitigación y la humanización de la sanción punitiva. En efecto, en el marco del Estado social de derecho la pena, como instrumento adecuado para servir a los fines de prevención, retribución y resocialización, debe ser necesaria, útil y *proporcionada*; esto significa que si los mismos fines pueden lograrse por otros medios sancionatorios, debe preferirse el menos severo, en pro de garantizar la dignidad del condenado.

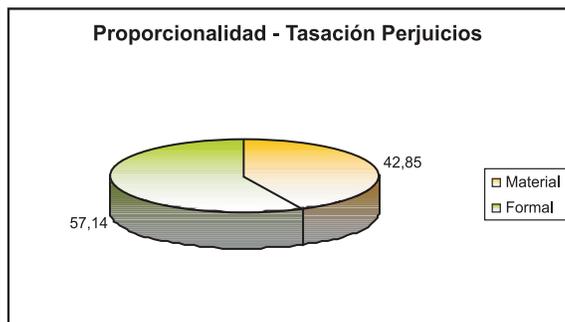
Teniendo en cuenta esto, el operador judicial debe, dadas las características del hecho punible y sus rasgos personales, establecer si la persona necesita o no de la privación física de la libertad para readaptarse a la sociedad, o puede brindársele la oportunidad de cumplir con su condena, mediante mecanismos que, sin dejar de ser

eficaces, comporten una menor aflicción.

Respecto a la información recolectada, se encontró que el 22.22% de los jueces (menos de la mitad), efectivamente aplicó el principio de proporcionalidad al momento de conceder el subrogado penal, dado que observó no sólo la conducta cometida por el agente, además, tuvo en cuenta las circunstancias personales, familiares y sociales que direccionaron su comportamiento. El 55.55% de los operadores judiciales (más de la mitad), se limitó a señalar si se cumplían o no los requisitos establecidos en el artículo 63 del Código Penal, a cuyo tenor se apegaron taxativamente. Y el 22.22% de los jueces, no mencionaron ni en una mínima parte, lo concerniente a la proporcionalidad cuando de subrogado penal se trató, lo que conlleva a una clara trasgresión de uno de los principios orientadores de la ley penal en nuestro país, y además, al desconocimiento de la importancia que reviste la persona como tal y las circunstancias que rodearon su actuar delictivo.

#### 4.2.4 Tasación de perjuicios

Aplicación Material: 42.85%  
Aplicación Formal: 57.14%



En el art. 94 del Código Penal se establece que “La conducta punible origina obligación de reparar los daños materiales y morales causados con ocasión de aquella”. De la misma manera el art. 97 obliga al juez que a la hora de señalar la indemnización del daño producto de la conducta punible debe tener en cuenta factores como “La naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado”, es decir la proporcionalidad entre el monto de la indemnización con el perjuicio causado.

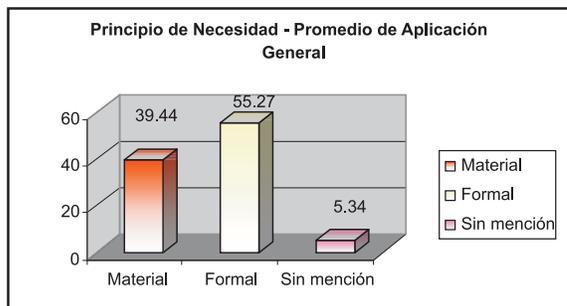
En este caso encontramos que el 42.85% (menos de la mitad) de los fallos realizó una referencia material al principio de proporcionalidad a la hora de tasar los

perjuicios, el 57.14% de las providencias lo hizo de manera formal y el 10% no hizo ninguna mención, contrariando de esta manera lo preceptuado en el capítulo sexto del Código Penal, es decir no cumplieron con la obligación de tasar los perjuicios que se generaron con la conducta punible.

### 4.3 Valoración general sobre la aplicación de los principios de necesidad y proporcionalidad de la pena, por parte del operador jurídico en sus sentencias

#### 4.3.1 Valoración final sobre la aplicación del principio de necesidad de la pena

Aplicación Material: 39.44%  
 Aplicación Formal: 55.27%  
 Sin Mención: 5.34%



El principio de necesidad de la pena, cumple una función trascendental a la hora de legitimar la imposición del castigo por parte del derecho penal, como quiera que vincula a la política criminal y a otras consideraciones de carácter social con la dogmática penal, de manera que ésta última no se convierta en un culto a la sistematicidad a espaldas de la realidad social.

Con base en éste principio, se puede corroborar la existencia de un deber para el operador jurídico, por cuanto es su obligación conocer el contexto individual, familiar y social del sometido a juicio, antes de tomar partido por la asignación de la consecuencia punitiva al comportamiento típico, antijurídico y culpable, de manera que la pena se muestre necesaria de acuerdo con las

circunstancias en que se cometió la conducta punible.

Así las cosas, el principio de necesidad de la pena, cumple dos funciones diferentes pero complementarias: en primer lugar, es una garantía a favor del procesado porque solo se le podrá imponer la pena, si de acuerdo con el marco de la prevención, ésta se muestra útil y razonable para evitar la reincidencia, permitir la resocialización, afirmar la vigencia de la forma y “proteger a la sociedad”. En segundo lugar, la aplicación real de dicho principio (bien para justificar la imposición o para descartar la asignación de la consecuencia punitiva), legitima la decisión que profiere el operador jurídico, por cuanto permite integrar el concepto de justicia material al quehacer judicial.

Precisamente, el análisis realizado nos permite concluir que tan solo el 39.44% (menos de la mitad) de los jueces, mencionó el principio en sus diferentes facetas y además, lo desarrolló para fundamentar sus decisiones condenatorias, a pesar de que el 100% de los operadores jurídicos debía realizar dicha valoración, la cual, no se remite a una teoría impuesta por una escuela de

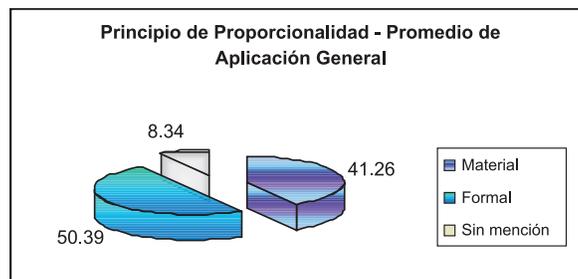
derecho penal, sino a una institución consagrada en el Código Penal, de obligatoria observación.

Por otra parte, se pudo establecer que el 55.27% (más de la mitad) de los jueces, se limitó a mencionar el principio de la necesidad de la pena, reproduciendo casi siempre los artículos que lo consagran y desarrollan, pero sin que tuviera una real aplicación y repercusión en sus sentencias; lo anterior se traduce en un vacío argumentativo que desconoce abiertamente una garantía del procesado, pero que además, riñe con la concreción de la justicia como fin del derecho.

Finalmente, tenemos que el 5.34% (menor porcentaje) de los jueces, ni siquiera hizo mención del principio y tampoco lo aplicó, siendo éste el caso más preocupante, por cuanto no se trata de un simple vacío argumentativo, sino del incumplimiento de un deber legal, que demerita la labor de la judicatura y repercute negativamente en la situación jurídica del procesado.

#### 4.3.2 Valoración final sobre la aplicación del principio de proporcionalidad de la pena

Aplicación Material: 41.26%  
Aplicación Formal: 50.39%  
Sin Mención: 8.34%



El hecho de que la legislación penal colombiana haya establecido que la imposición de la pena o de la medida de seguridad debe responder, entre otros, al principio de proporcionalidad, cuyo presupuesto fundamental es la ponderación de bienes jurídicos constitucionales, significa que el operador judicial está en la obligación de velar por la efectiva protección de los bienes jurídicos tutelados.

Ahora bien, si como en el caso que nos ocupa, los jueces en un 50.39% (más de la mitad) de las sentencias por ellos proferidas hacen una aplicación meramente formal de este principio, significa entonces que pese a lo establecido por el legislador, tanto en lo que tiene que ver con la proporcionalidad como relación medio-fin, así como en lo que atañe al tipo penal violencia intrafamiliar, los operadores judiciales están desconociendo un propósito constitucional, cual es el de ponderar la gravedad del hecho punible, con la lesión a los bienes jurídicos tutelados, lo que implica una falta de apreciación y de análisis, así como un claro desconocimiento de lo que éste principio en sí mismo consagra, y de su directa relación con derechos fundamentales establecidos en la Carta Política, tales como la dignidad humana y el principio de igualdad entre otros.

Como ya ha quedado establecido, el derecho penal constituye el mecanismo de control más gravoso para la libertad de las personas, y es también la forma de tutela más eficaz de los bienes y

derechos fundamentales de los individuos. Es por eso que el legislador, por razones de política criminal, opta por recurrir a ese medio de control para garantizar un bien jurídico determinado. Entratándose del tipo penal de violencia intrafamiliar, y 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 ella, se ha querido proteger el bien jurídico de la armonía y la unión de la familia.

El análisis demostrativo que señala que un 41.26% (menos de la mitad) de los operadores de justicia desarrolla en sus providencias el principio de proporcionalidad de manera material, conlleva a establecer que efectivamente se tiene en cuenta que la graduación de la sanción, tanto en abstracto como en concreto, debe realizarse de acuerdo con la gravedad del injusto y el grado de culpabilidad, tomando en consideración los vínculos familiares y el deber de solidaridad que liga a los miembros de una familia, que implica una obligación mayor de respeto a los derechos de sus integrantes.

El juicio de proporcionalidad es, por lo tanto, aplicado de manera no muy frecuente, pero cuando se presenta lo hace guardando simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al que se imputa.

Finalmente, en un 8.34% de las sentencias analizadas, el juez penal no hace ninguna mención a tan importante

principio, restringiendo su fallo a las formas enunciativas y puramente taxativas del Código Penal, dejando de lado el reconocimiento del agente infractor; no sólo como sujeto activo de

una conducta penal, sino como persona humana e integrante de un grupo familiar, a quien deben respetársele sus derechos humanos y constitucionales.