

que tienen con el sistema legal. La mayoría de las leyes que regulan la violencia intrafamiliar en Colombia no tienen en cuenta la complejidad de la problemática, ni las necesidades y deseos que tienen las personas a lo largo del tiempo, ni las etapas de desarrollo de la vida.

LEY 294 DE 1996:

COMENTARIOS GENERALES Y ANÁLISIS CRÍTICO

Darío ARCILA ARENAS*

1. ANTECEDENTES

La violencia dentro de la familia es un grave problema social y de salud pública en Colombia, por los múltiples y dañinos efectos sobre los integrantes más débiles de aquélla, sobre el grupo familiar en su conjunto y sobre la sociedad.

Conscientes de esa realidad y de que el Estado, bajo el pretexto de respetar la intimidad familiar, muy poco se ocupaba de esta clase de violencia, las organizaciones de mujeres, desde comienzos del decenio iniciado en 1980, empezaron a crear conciencia sobre la importancia y gravedad de este problema y sobre la necesidad de una ley que tuviera por objeto prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar. Luego, promovieron activamente su expedición, después de haber logrado que en la nueva Constitución Política se incluyeran importantes derechos sociales y normas de clara orientación feminista como el artículo 42º que, en los incisos 4º y 5º, dispone:

“Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto reciproco entre todos sus integrantes.

Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad y será sancionada conforme a la ley.

Fue así como, en respuesta a ese proceso, el Congreso de la República expidió la 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”, promulgada por el señor Presidente el 16 de julio.

El proyecto original de la citada Ley, 101 de 1994, presentado por la senadora Piedad CÓRDOBA, fue objeto de no pocas reformas tanto en la Cámara como en el Senado, muchas de las cuales aportaron a su mejoramiento, pero algunas lo desarmonizaron y limitaron su alcance.

2. IMPORTANCIA

En un país como el nuestro, afectado por múltiples formas de violencia, el prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar tiene una gran trascendencia social, pues aporta para educar a los integrantes de la familia en relaciones de igualdad, en el mutuo respeto, en la comprensión, en la tolerancia y en la solución pacífica de sus conflictos.

La violencia intrafamiliar se enmarca dentro de la llamada “pedagogía negra” o autoritaria, que educa para el respeto impuesto, la obediencia ciega, la resignación y el silencio, recurriendo a la manipulación, el aislamiento, la mentira, el engaño, la desconfianza, la humillación, la burla, la amenaza, la violencia y hasta la tortura. Recurriendo, también, a prejuicios tales como que el deber está por encima de todo y hasta del amor; que la fuerza y el poder diferencian el hombre de la mujer y los menores; que la rabia, el odio y el temor se pueden erradicar prohibiéndolos; que los padres y madres merecen todo el respeto por el solo hecho de serlo, mientras que los niños y niñas no merecen respeto; que la obediencia hace personas de bien; que la ternura es muestra de debilidad; y que la dureza y la frialdad constituyen una buena preparación para la vida, en particular en los varones.¹

Dentro de esa misma pedagogía se enmarcan recomendaciones como las siguientes que, según se afirma en la presentación del libro “Mujer y Derecho Penal”, hacían parte de un texto utilizado en la España franquista para la formación de las jóvenes, como “perfectas casadas”, a mediados del decenio iniciado en 1960 y que aún no son extrañas en algunos de nuestros sectores socio-culturales:

“Cuando estés casada, jamás te enfrentarás con él, ni opondrás a su genio tu genio ni a su intransigencia la tuya. Cuando se enfade, callarás; cuando grite, bajarás tu cabeza sin replicar, y cuando exija, cederás, a no ser que tu conciencia cristiana te lo impida. En este caso no cederás, pero tampoco te opondrás directamente: esquivarás el golpe, te harás a un lado y dejarás que pase el tiempo. A sus modales

* Profesor Titular de Derecho Penal, Universidad de Antioquia. Asesor de CERFAMI.

1 GRILLO, Andrés. “Los hijos de Adolfo Hitler, la cosecha de la ira”. Revista Cambio 16 Colombia, N° 168. Santafé de Bogotá. 2 de septiembre de 1996. p. 38.

áspberos responderás con tu delicadeza y a su cara hosca con tu sonrisa ...".² El niño o la niña que interioriza estas ideas machistas, y que además vive o atestigua acciones violentas, tiene predisposición a poner en práctica lo que ha aprendido, en todas sus relaciones. Esa educación y esas vivencias hacen que, cuando adulto, acabe convertido en padre o madre déspota y maltratante, por una compulsión interna a repetir su propia historia, dada su identificación con la parte opresora y agresora.³

La Ley que ahora analizamos se ocupa de hechos que tradicionalmente se han considerado pertenecientes al espacio privado, en el cual las autoridades no intervenían pretextando respeto a la intimidad familiar. Con esa tolerancia se hacían cómplices y estimuladores de la violencia intrafamiliar y colocaban a sus víctimas, que son las personas más vulnerables en el ámbito de la familia (niñas, niños, mujeres, ancianos y discapacitados), en situación de indefensión, frente a otros miembros, generalmente el padre, el hijo mayor y el esposo o compañero, que, por relaciones de poder desiguales, se adjudican el derecho a someter a aquéllas a múltiples formas de maltrato, violatorias de sus derechos fundamentales.

Asumida con actitud positiva y no formalista y aplicada con responsabilidad, la nueva Ley puede ser un instrumento eficaz para prevenir, remediar y sancionar la violencia dentro del núcleo familiar, porque consagra como principios la celeridad, la sumariedad, la oralidad y la eficacia; porque establece medidas policivas de asistencia a las víctimas y medidas judiciales de protección a éstas, algunas de las cuales se pueden aplicar en forma inmediata y de plano; y porque señala sanciones para el agresor que incumpla esas medidas.

3. CONTENIDO GENERAL

La Ley 294 de 1996 desarrolla el inciso 5º del artículo 42 de nuestra Constitución Política, con el objeto de procurar "un tratamiento integral de las diferentes modalidades de violencia en la familia, a efecto de asegurar a ésta su armonía y unidad", en seis títulos, así:

3.1. TÍTULO I. Se refiere al "OBJETO, DEFINICIÓN Y PRINCIPIOS GENERALES". Define en forma amplia los conceptos de Familia y Violencia y

2 LATORRE L., Virgilio y otros. *Mujer y Derecho Penal*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. España. 1995. p. 9.

3 MUÑOZ M., Amanda Cecilia. "Cortando la raíz de la violencia". *Periódico Caja de Hacienda. Viva la Ciudadanía*, N° 48. Santafé de Bogotá. Agosto de 1996. p. 11.

consagra los principios que el Juez debe tener en cuenta para su interpretación y aplicación, dentro de los cuales es oportuno resaltar los siguientes:

- Toda forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad y, por lo tanto, será prevenida, corregida y sancionada por las autoridades públicas;
- La oportuna y eficaz protección especial a aquellas personas que dentro del contexto de una familia sean o puedan llegar a ser víctimas, en "cualquier forma, de daño físico o síquico, amenaza, maltrato, agravio, ofensa, tortura o ultraje, por causa del comportamiento de otro integrante de la unidad familiar";
- La preservación de la unidad y la armonía entre los miembros de la familia, recurriendo para ello a los medios conciliatorios legales cuando fuere procedente;
- La eficacia, celeridad, sumariedad y oralidad en la aplicación de los procedimientos contemplados en la presente ley; ...".

3.2. TÍTULO II. Establece las "MEDIDAS DE PROTECCIÓN" que toda víctima de violencia en el contexto de una familia puede pedir al Juez de familia o promiscuo de familia de su domicilio o, a falta de uno de éstos, al Juez promiscuo o civil municipal. Dentro de esas medidas se destacan:

- Ordenar al agresor el desalojo de la casa de habitación que comparte con la víctima.
- Ordenar al agresor el pago, con sus propios recursos, de los daños ocasionados con su conducta, en los cuales se incluirán los gastos médicos, psicológicos y psiquiátricos; los que demande la reparación o reposición de los muebles o inmuebles averiados, y los ocasionados por el desplazamiento y alojamiento de la víctima si hubiere tenido que abandonar el hogar para protegerse de la violencia.
- Ordenar una protección especial de la víctima por parte de las autoridades de policía, tanto en su domicilio como en su lugar de trabajo.
- Por el incumplimiento de las medidas de protección de la víctima, el Título señala para el agresor las siguientes sanciones:
 - Multa entre 2 y 10 salarios mínimos legales mensuales, convertibles en arresto, por la primera vez.
 - Arresto entre 30 y 45 días, si el incumplimiento se repite en el plazo de dos años.
 - Pérdida del beneficio de excarcelación o del subrogado de la condena de ejecución condicional o de la libertad condicional, que se le hubiere concedido, por el hecho punible constituido por el acto de violencia intrafamiliar.

Además, en el Título en referencia se considera como incumplimiento de las medidas de protección “Todo comportamiento de retaliación, venganza o evasión de los deberes alimentarios por parte del agresor” con la víctima de la violencia.

3.3. TÍTULO III. Establece un “PROCEDIMIENTO” breve y sumario para que el juez competente ordene una de las medidas de protección, a petición de la víctima o de otra persona que actúe a su nombre, presentada oralmente, por escrito informal o “por cualquier medio idóneo”.

También dispone que el Juez, cuando la petición esté basada “al menos en indicios leves”, de plano y dentro de las cuatro horas hábiles siguientes a su recepción, tome una medida provisional de protección de la víctima, contra la cual “no procede recurso alguno”.

3.4. TÍTULO IV. Consagra medidas de “ASISTENCIA A LAS VÍCTIMAS DEL MALTRATO” por parte de “Las autoridades de Policía”, para impedir la repetición de la conducta constitutiva de violencia intrafamiliar, remediar sus secuelas físicas o sicológicas y evitar retaliaciones del agresor. Dentro de esas medidas de “ayuda necesaria” o asistencia es oportuno destacar las siguientes:

- Conducir inmediatamente a la víctima hasta el centro asistencial más cercano, aunque no presentare lesiones visibles.
- Acompañarla hasta un lugar seguro o hasta su hogar para el retiro de los elementos personales, si ello se considera necesario para su seguridad.
- Suministrarle información sobre sus derechos y los servicios de que podría disponer.
- Capturar al agresor, en caso de flagrancia, y ponerlo a disposición de la autoridad judicial competente.

Si la autoridad de Policía (Inspector, Comisario, Comandante de puesto, Comisario de familia, etcétera) incumple el deber legal de prestar a la víctima de la violencia intrafamiliar alguna de las referidas medidas, incurre en causal de mala conducta, sancionable con destitución.

3.5. TÍTULO V. Define y sanciona conductas constitutivas de violencia intrafamiliar como “DELITOS CONTRA LA ARMONÍA Y LA UNIDAD DE LA FAMILIA” y dentro de aquéllas considera el “obligar o inducir al consumo de sustancias sictotrópicas a otra persona o consumirlas en presencia de menores”.

3.6. TÍTULO VI. Establece “POLÍTICAS DE PROTECCIÓN DE LA FAMILIA” a cargo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

4. ALGUNOS INTERROGANTES ANTE LA LEY Y PROPUESTAS DE SOLUCIÓN

La Ley 294 de 1996, como toda obra humana y especialmente como obra de nuestro desapercibido y a veces ligero legislador, mayoritariamente constituido por

hombres a quienes podía llegar a afectar y en cuyo seno se mueven múltiples y disímiles intereses, adolece de algunas deficiencias, vacíos y contradicciones. Si éstas se enfrentaran con una actitud negativa, formalista, legalista, facilista e insensible por la judicatura y la doctrina, se minaría la eficacia de la Ley, se haría estéril el gran esfuerzo que implicó lograr su expedición y se frustraría la esperanza que en ella tienen las incontables víctimas de la violencia intrafamiliar en Colombia.

Para evitarlo, es necesario asumir una actitud positiva y no formalista ante dicha Ley y realizar una interpretación sistemática de ella. Esta interpretación debe hacerse teniendo como bases el objetivo de la Ley, que es “prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar”; el principio de “la preservación de la unidad y la armonía entre los miembros de la familia” mediante la conciliación, y el principio de “eficacia, celeridad, sumariedad y oralidad”; y además, según tal objetivo, diferenciando, por su naturaleza, las “medidas policivas” de asistencia a las víctimas, las “medidas judiciales” de protección, las sanciones “disciplinarias o remediales” por el incumplimiento de estas medidas y las “penas” por los “Delitos contra la armonía y la unidad de la Familia” definidos en el Título V. Sólo así es posible superar sus deficiencias, vacíos y contradicciones, convertirla en un instrumento eficaz y evitar que se convierta en una ley más en nuestro país de leyes.

La interpretación y aplicación sistemática de una ley implica por parte del Juez, en primer lugar, la conciencia de que es creador del derecho en cada caso concreto, no un simple vocero del Legislador y un mecánico aplicador de sus mandatos generales y que es, en tal calidad, como cumple una importantísima función social;⁴ en segundo lugar, el saber que toda ley hace parte del Sistema Jurídico Nacional, en armonía con el cual se debe interpretar y aplicar y en el cual pueden encontrar solución sus deficiencias y vacíos, y que, dentro de aquél, la Constitución Política es la Ley Fundamental; en tercer lugar, el no olvidar que ésta, en su artículo 228, manda que las decisiones de la Administración de Justicia “son independientes ... y en ellas prevalecerá el derecho sustancial ...”; y, en cuarto lugar, el recurrir a los principios de razonabilidad y justicia y a los demás principios jurídicos generales, al objetivo de la ley y al bien o bienes que con ella pretende proteger el legislador, como útiles instrumentos de hermenéutica.

Con actitud positiva y no formalista, procedo a compartir algunas inquietudes e interrogantes que me generó una primera aproximación a la Ley 294 de 1996 y las respuestas que a éstos encontré, mediante este breve y general ensayo de

4

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho Penal y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Editorial Trotta. Madrid. 1995, p.

interpretación sistemática de aquélla, sin pretensiones dogmáticas, y aceptando que, por tratarse de una inicial reflexión, pueden ser equivocadas. Sólo me anima el propósito de contribuir a su análisis jurídico -que apenas se inicia- y a su efectiva aplicación.

4.1. EN RELACIÓN CON LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN

4.1.1. MEDIDAS INMEDIATAS Y MEDIDAS DEFINITIVAS

Del texto del artículo 11º podría llegar a concluirse que la única medida de protección inmediata o provisional que puede tomar el Juez competente ("de familia, promiscuo de familia; civil municipal o promiscuo municipal, si faltare el de familia" del domicilio de la persona agredida, según el artículo 4º), es la cominación del agresor "para que cese todo acto de violencia, agresión, maltrato, amenaza u ofensa contra la víctima".

Pero, con fundamento en que el citado artículo no se refiere a "la" medida provisional sino a "una" medida provisional; en los principios de interpretación de la Ley consagrados en el artículo 3º y muy especialmente en el previsto en el literal c), según el cual su objetivo es brindar "La oportuna y eficaz protección especial a aquéllas personas que en el contexto de una familia sean o puedan ser víctimas, en cualquier forma, de daño físico o psíquico, por causa del comportamiento de otro integrante de la unidad familiar"; en el artículo 21º que establece como medida de protección, que se puede tomar en la orden provisional o en la definitiva, el "solicitar a los hogares de paso, albergues, ancianatos o instituciones similares que existan en el Municipio, recibir en ellos a la víctima"; y en el hecho de que en el artículo 5º no se contempla únicamente como "medida definitiva de protección" el ordenar "al agresor abstenerse de realizar la conducta objeto de la queja o cualquier conducta similar contra la persona ofendida" sino, además, otras medidas, considero que el Juez también puede imponer como medida inmediata o provisional de protección las contempladas en los literales a) y d) del artículo 5º y aún otras semejantes que, como lo prevé el artículo 4º, "pongan fin a la violencia, maltrato o agresión o evite que ésta se realice cuando fuere inminente", porque ellas no son sanciones y la analogía sólo está prohibida en materia penal.

4.1.2. DIFERENCIAS ENTRE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN INMEDIATAS O PROVISIONALES Y LAS DEFINITIVAS

Planteo, entonces, que la diferencia entre las medidas de protección previstas en los literales a) y d) tomadas como provisionales y las mismas tomadas

como definitivas sólo radica en la prueba, la forma y la oportunidad para tomarlas pues, como provisionales, se ordenan de plano y dentro de las cuatro horas siguientes a la recepción de la petición, cuando esta esté fundada "al menos en indicios leves", según el artículo 11º. Como definitivas, se imponen previo el procedimiento previsto en los artículos 12º a 16º, cuando se compruebe la responsabilidad del inculpado como agresor y mediante sentencia.

Asimismo, estimo que el Juez no podrá tomar como medidas de protección inmediatas o provisionales las previstas en los literales b) y c) del artículo 5º porque estas suponen la prueba de la conducta constitutiva de violencia intrafamiliar y de la responsabilidad del inculpado y, en consecuencia, sólo se pueden imponer al dictar sentencia condenatoria, previo el citado procedimiento.

La efectiva y oportuna aplicación de las medidas de protección de la víctima puede ser un medio eficaz para la prevención y el remedio de la violencia intrafamiliar, más que la eventual imposición de las sanciones o penas prevista en la Ley para todas las formas de ella, por la inoperancia de nuestro sistema penal, que permite dejar impunes el 90% o más de los delitos por él conocidos.

4.1.3. INDEFINICIÓN DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN

La Ley en su artículo 5º no determina la duración de las medidas de protección. Pero como nuestra Constitución Política, en el artículo 28, proscribe las medidas de seguridad y las penas imprescriptibles, el Juez competente debe determinar, en la Sentencia, la duración, el plazo o la condición de la medida de protección definitiva que adopte en favor de la víctima de un acto de violencia intrafamiliar y en relación con su autor, manteniendo la competencia para su ejecución y cumplimiento y para sancionar al agresor por su incumplimiento.

Es claro que la vigencia de la medida de protección inmediata o provisional se extenderá hasta cuando el Juez, en la sentencia, decida si la mantiene como definitiva o la revoca, en el evento de que absuelva al inculpado como agresor.

4.2. SOBRE EL JUEZ COMPETENTE PARA LA IMPOSICIÓN DE LA SANCIÓN DE MULTA O ARRESTO AL AGRESOR QUE INCUMPLA MEDIDA DE PROTECCIÓN

De acuerdo con el texto del artículo 17º, lógicamente se concluye que el Juez competente para imponer las sanciones previstas en el artículo 7º es el mismo que hubiere ordenado las medidas protectoras de la víctima de actos de violencia intrafamiliar, es decir, el Juez de Familia o Promiscuo de Familia y, a falta de uno de éstos, el Juez Civil o Promiscuo Municipal, pues si él mantiene la competencia "para la ejecución y el cumplimiento de las medidas de protección" también la

debe conservar para sancionar su incumplimiento. Igual sucede, por ejemplo, con el Juez de Tutela, que conserva la competencia para imponer sanciones a quien incumpla sus órdenes.

Así, la sanción al agresor por el incumplimiento de las medidas de protección cumple su función de garante de la eficacia de éstas. Ella es, para decirlo gráficamente, “el garrote” que el legislador puso a disposición del Juez de Familia, para que lo utilice cuando la “zanahoria” de la conciliación y de las medidas resulte ineficaz como remedio contra la violencia intrafamiliar.

Pero el Juez de Familia o Promiscuo de Familia o Civil Municipal deberá informar el incumplimiento de la medida de protección al Juez Penal que esté conociendo del hecho punible constituido por la conducta de violencia intrafamiliar, para que, si es el caso, proceda a revocar al agresor “el beneficio de excarcelación o los subrogados penales de que estuviere gozando”, de conformidad con el inciso final del artículo 7º y el artículo 26º.

Lo anterior se excepcionaría cuando fuera el Juez Promiscuo Municipal el que conociera de la petición de medida de protección a la víctima de un acto de violencia intrafamiliar, pues en ese caso en él se concentraría la competencia para tomar la medida de protección, para imponer la sanción por su incumplimiento, para investigar y juzgar el hecho punible que ese acto pudiera constituir e imponer la pena correspondiente y para revocar el beneficio de excarcelación o los subrogados que hubiera concedido al violador de la medida.

4.3. SOBRE EL FUNCIONARIO JUDICIAL COMPETENTE PARA CONOCER DE LOS “DELITOS CONTRA LA ARMONÍA Y LA UNIDAD DE LA FAMILIA”

Considero que la investigación y el juzgamiento del hecho punible de Lesiones Personales que pudiera constituir el acto de violencia intrafamiliar (artículo 23º) y del delito querellable de “Violencia sexual entre cónyuges” (artículo 25º) compete adelantarlos al Fiscal Local o al Juez Penal o Promiscuo Municipal, según sea el caso, y de conformidad con el Código de Procedimiento Penal y la Ley 228 de 1995; y que la investigación de los otros dos delitos previstos en el Título V de la Ley (artículos 22º y 24º) compete al Fiscal Seccional y su juzgamiento al Juez Penal o Promiscuo de Circuito, de acuerdo con la cláusula general de competencia establecida en citado Código.

Pero, cuando el autor de la conducta constitutiva de violencia intrafamiliar sea un menor de 18 años, si ella tipifica la contravención especial de lesiones personales, el competente para conocer de esta será el Defensor de Familia; y si tipifica un delito, el competente será el Juez de Menores o el Promiscuo de Familia,

quienes podrán imponer las medidas del artículo 204 del Código del Menor, de acuerdo con el artículo 16 de la citada Ley.

4.4. LA CONDUCTA CONSTITUTIVA DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR SIEMPRE TIPIFICARÁ UN HECHO PUNIBLE

Como tal Ley en el artículo 22º define y sanciona como delito de violencia intrafamiliar, que podríamos llamar “simple”, todo acto de maltrato físico, psíquico y sexual contra un miembro de la familia, con el cual se viole el bien penalmente protegido de la “unidad y la armonía en la familia” y no exige que se presente algún resultado material; y en los artículos 23º, 24º y 25º define y sanciona los que pueden denominarse delitos de violencia intrafamiliar “compleja” o plurifensiva, porque con ella se dañan otros bienes como la integridad personal y la libertad, considero que toda conducta constitutiva de “Violencia intrafamiliar” es un hecho punible, delito o contravención.

En consecuencia, el Juez de Familia o Promiscuo de Familia o el Juez Civil Municipal, siempre, deberá dar cumplimiento al artículo 6º y remitir las diligencias adelantadas al Fiscal o al Juez competente para investigar o juzgar la contravención o el delito correspondiente; o al Defensor de Familia o al Juez de Menores, cuando el autor de la violencia hubiera sido un menor de 18 años, “sin perjuicio de la aplicación de las medidas de protección consagradas en esta ley”, excepto si el competente para conocer de la conducta típica del delito es el mismo Juez Promiscuo de Familia, según el artículo 16º de la Ley 228 de 1995.

Es de anotar que en los artículos en referencia el legislador viola abiertamente el principio de tipicidad, pues no define precisa e inequívocamente las conductas a penalizar; viola el principio de la antijuridicidad, pues no se entiende cómo, por ejemplo, el consumir sustancia psicotrópica “en presencia de menores” dañe su integridad corporal o su salud; y también los principios de la proporcionalidad y racionalidad de la pena, pues a la conducta más leve, como es la del artículo 22º, le señala una pena más grave (prisión de 1 a 2 años) que la que establece para otras conductas más graves, como son las definidas en los artículos 24º y 25º (arresto de 1 a 6 meses y prisión de 6 meses a 2 años, respectivamente).

4.5. EN RELACIÓN CON LA PRESUNTA INCONSTITUCIONALIDAD DE ALGUNAS DISPOSICIONES

La respuesta que a estos interrogantes se dé dependerá de si respecto a ellos se hace un análisis formalista e individualista o un análisis jurídico y social, conforme a nuestra nueva Constitución Política.

4.5.1. La medida de protección establecida en el literal a) del artículo 5°, "Ordenar al agresor el desalojo de la casa de habitación que comparte con la víctima", está de acuerdo con nuestra Constitución, aunque aquél sea el propietario de la casa, porque por mandato de su artículo 58 la propiedad privada es una función social y aquélla no implica un desconocimiento de este derecho sino una simple limitación que al mismo impone la Ley "por motivo de interés social" y en aras de la protección de los derechos fundamentales a "la vida, la integridad física o la salud de cualquiera de los miembros de la familia" y de ésta "como institución básica de la sociedad".

Estimo que lo mismo podría plantearse en relación con la "medida de protección" definitiva u obligación establecida en el literal c), cuando el mueble o inmueble dañado, cuya "reparación o reposición ... con sus propios recursos" se impone al agresor condenado, sea propiedad de éste, pues ese bien tiene una destinación familiar y puede ser de la sociedad conyugal o de hecho. La familia lo necesita para su mejor estar y sólo puede cumplir esta función social estando en buenas condiciones.

4.5.2. Considero que la potestad que tiene el Juez, de acuerdo con los artículos 4° y 11° y en aplicación del principio de "La oportuna y eficaz protección especial" a las víctimas de cualquier posible forma de violencia intrafamiliar, de ordenar de plano y "dentro de las cuatro (4) horas hábiles siguientes" a la recepción de la petición, una medida provisional de protección, y que contra esta no proceda recurso alguno, no son violatorias del derecho fundamental al "debido proceso", consagrado en el artículo 29 de nuestra Constitución, porque aquélla no es una sanción o pena y en el procedimiento que a continuación se inicia, de conformidad con los artículos 12° a 16°, se respeta ese derecho.

Estimo que según el citado artículo 29° el inculpado, como agresor o autor de un acto de violencia intrafamiliar, tiene derecho a designar un defensor que lo asista en ese procedimiento sumario y oral, aunque expresamente no se diga así. Además, es claro que en la Sentencia a la que se refiere el artículo 16° el Juez aplicará una medida definitiva de protección o se abstendrá de hacerlo, revocando la medida provisional que hubiere tomado, según encuentre o no probados el acto constitutivo de violencia intrafamiliar y la responsabilidad del agresor; y que contra aquélla procede el recurso de apelación.

4.5.3. El artículo 15°, al disponer "Si el agresor no compareciese, sin justa causa, a la audiencia se entenderá que acepta los cargos formulados en su contra", no es violatorio del principio de la "presunción de inocencia" (artículo 29 de la Constitución Política) en relación con el inculpado como agresor, porque dicho principio sólo tiene operancia en materia penal y no con respecto a la aplicación de

una simple medida de protección. Por eso, tampoco se viola el derecho fundamental a la "igualdad ante la ley" (artículo 13, *ibidem*) al establecer que "Si la víctima no compareciese, se entenderá que desiste de la petición, excepto si fuere un menor o un discapacitado".

El artículo lo que consagra son especies de "presunciones legales" que, como tales, son susceptibles de prueba en contrario y, en consecuencia, no son aplicables cuando el inculpado o la víctima comprueben, así sea sumariamente, la existencia de "justa causa" para la inasistencia a la audiencia.

4.6. SOBRE LA POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD E INAPLICABILIDAD DE ALGUNOS ARTÍCULOS DEL TÍTULO V.

4.6.1. En mi opinión, el artículo 25° viola abiertamente el principio de proporcionalidad de la pena y el derecho fundamental de igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 13 de nuestra Constitución. Ello porque, en primer lugar, sanciona el delito de "Violación sexual entre cónyuges" con "prisión de 6 meses a 2 años", pena notoriamente inferior a la que el Código Penal señala para la "Violación", en los artículos 298 y 300, que es de "prisión de 2 a 8 años"; y, en segundo lugar, porque absurda e inequitativamente incluye como sujetos pasivos de ese delito a la excompañera del violador y hasta a la mujer con quien éste "haya procreado un hijo", así hubiera sido por haberla hecho víctima de un delito contra su libertad sexual.

Esas leve penalización de tan grave delito e indebida inclusión como sujetos pasivos del mismo, implican una subvaloración de los bienes y derechos de la libertad sexual y la dignidad de dichas mujeres y un trato discriminatorio de ellas, en relación a los hombres y a las otras mujeres que no tengan la calidad de cónyuge o compañera y, lo que es más grave e inexplicable, de excompañera del violador y aún de la que ha procreado un hijo con él.

En consecuencia, estimo que, en relación con el artículo 25° y en un caso concreto, debe operar la inaplicabilidad por excepción de inconstitucionalidad, mientras la Honorable Corte Constitucional se pronuncia al respecto. Y aunque sé que es conflictivo, basado en los artículos 4, 228 y 230 de nuestra Constitución Política, planteo que esta excepción hace improcedente la invocación de los principios de favorabilidad y especialidad en pro de la aplicación del cuestionado artículo; y que, como tan grave conducta no debe quedar impune, a ella se aplica la correspondiente norma del Código Penal vigente, es decir, el artículo 298 o el 300.

4.6.2. Es claro que el artículo 22° viola los principios de razonabilidad del derecho penal y de justicia y proporcionalidad de la pena y el derecho a la igualdad

ante la ley, pues en él un hecho punible leve, como es el que podría denominarse delito de *Violencia Intrafamiliar "Simple"* (por no ocasionar daño en el cuerpo ni en la salud física o sicológica de la víctima, ni a su libertad física o sexual), se sanciona con pena superior a la que la Ley señala para hechos punibles más graves. Estos son los delitos de "Maltrato mediante restricción a la libertad física" (artículo 24º), "Violencia sexual entre cónyuges" (artículo 25º) y Lesiones Personales con incapacidad para trabajar o enfermedad que pase de 30 días sin exceder de 60 (artículo 332, inciso 2º, del Código Penal); y el maltrato constitutivo de la "contravención de Lesiones Personales" (artículo 23º, en relación con los artículos 1º, numerales 9 y 10 de la Ley 23 de 1991; y 12 y 13 de la Ley 228 de 1995).

Ante esta situación, se presenta esta alternativa: Inaplicar, en el caso concreto, el artículo 22º por inconstitucional, quedando impune la conducta en él penalizada por no existir otra norma aplicable a ella; o aplicarlo, pero imponiendo por el delito en él definido la pena más leve con la que en nuestro sistema penal se sanciona un "daño en el cuerpo o en la salud de una persona". Esa pena sería la prevista en el artículo 12º de la Ley 228 de 1995 para las "Lesiones personales culposas" con "incapacidad para trabajar o enfermedad que no pase de treinta (30) días", que es la multa de uno a diez salarios mínimos legales mensuales.

A esta segunda y conflictiva solución se podría llegar con fundamento en el artículo 230 de la Constitución Política y el principio de favorabilidad, y partiendo de la base objetiva de que con todo acto de violencia intrafamiliar, en forma culposa, se ocasiona a la víctima, al menos, algún daño en su salud física o psíquica.

4.6.3. Considero que la agravante establecida en el artículo 23º para el "Maltrato constitutivo de lesiones personales" no puede concurrir con las previstas en el artículo 339 del Código Penal, en concordancia con el numeral 1º o el 7º del artículo 324, porque tienen el mismo fundamento y, además, implican el mismo incremento de la pena. Aplicar ambas, sería violatorio del principio penal *non bis in idem*.

4.6.4. También, estimo que el artículo 26º es parcialmente inaplicable. En primer lugar, porque, en relación con la mayoría de los hechos punibles de violencia intrafamiliar (artículos 22º a 25º), no procede la medida de aseguramiento de la detención preventiva, de acuerdo con el artículo 396 del Código de Procedimiento Penal, sino la de cominación o la de caución, según los artículos 390 y 393, *ibidem*. Por ello, es indebido disponer que "No procederá el beneficio de excarcelación ... cuando cualquiera de los delitos contemplados en esta Ley se cometiere en violación de una orden de protección" pues aquel beneficio corresponde es a la detención preventiva, si se presenta alguna de las causales del artículo 415 del Código

de Procedimiento Penal y, respecto de la 1ª, no se da ninguna de las eventualidades del artículo 417, *ibidem*.

Y, en segundo lugar, partiendo de la función resocializadora o rehabilitadora que a la pena señala el artículo 12 del Código Penal, es absurdo prohibir la concepción del subrogado de la "libertad condicional" al condenado en quien concurren los requisitos objetivos y subjetivos del artículo 72, *ibidem*, y puede ser violatorio de los derechos fundamentales de la igualdad ante la ley y el de la no discriminación.

4.7. SOBRE LA PROCEDENCIA DE LA CONCILIACIÓN Y DEL DESISTIMIENTO

En armonía con lo expuesto en el numeral 4.6.2. y con fundamento en los principios "g": "La preservación de la unidad y la armonía entre los miembros de la familia, recurriendo para ello a los medios conciliatorios legales" y "h)" del artículo 3º, y en el artículo 14º considero que en relación con el que he denominado delito de violencia intrafamiliar "simple", definido y penalizado con exceso en el artículo 22º, y con el de "Maltrato mediante restricción de la libertad" (artículo 24º), también proceden la conciliación y, garantizado el cumplimiento del acuerdo, la resolución inhibitoria o de preclusión, previstas en el artículo 38 del Código de Procedimiento Penal para los delitos que admiten desistimiento.

Para mí, resulta formalista y por ello contrario al espíritu de la Ley, además de absurdo e inequitativo y, en consecuencia, reñido con la esencia y el objetivo primario del derecho en un Estado social y democrático, que siempre se admite la conciliación en relación con la violencia sexual entre cónyuges (artículo 25º) y en relación con el maltrato constitutivo de lesiones personales (artículo 23º) cuando sólo produzca incapacidad o enfermedad que no pase de 60 días, como debe ser de conformidad con los artículos 33 y 38 del Código de Procedimiento Penal por ser delitos querellables y, no obstante, ser graves delitos contra la armonía y la unidad de la familia, y que no se considere procedente en relación con los delitos más leves, como son los referidos en el párrafo anterior, por no encontrarse expresamente consagrada en la Ley.

Consecuente con lo anterior, estimo que, en relación con estos leves delitos, también procede el desistimiento, previa seria y responsable constatación por el Juez de que éste es libre y no provocado por actos de retaliación del agresor, por la víctima haber recurrido a la Justicia en busca de medidas de protección, o por nuevas acciones de violencia contra ella.

Finalmente quiero recordar una enseñanza del jurista español Enrique GIMBERNAT ORDEIG:

"La dogmática "nos debe enseñar lo que es debido en base al Derecho", debe averiguar qué es lo que dice el Derecho a la dogmática jurídico penal, pues, averigua el contenido del Derecho penal ... dónde acaba el comportamiento impune y dónde empieza el punible. Hace posible, por consiguiente, al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación".⁵

Medellín, 26 de septiembre de 1996.

BIBLIOGRAFIA

1. CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. "Derechos Fundamentales e interpretación constitucional". *Nuevas Corrientes del Derecho Constitucional Colombiano*. Editorial Diké. Medellín. 1994.
2. CÓDIGO PENAL (Decreto 100 de 1980). Editorial Señal Editora. Medellín. 1990.
3. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL (Decreto 2.700 de 1991). Editorial Señal Editora. Medellín. 1991.
4. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991. Edición de la Defensoría del Pueblo. Bogotá. 1993.
5. GIRALDO JIMÉNEZ, Fabio. "El Jusnaturalismo en Colombia". *Revista Estudios Políticos*, N° 7-8. Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de Antioquia. Medellín. 1996.
6. LEY 294 de 1996 y Proyectos de ley 101 de 1994 y 281 de 1995.
7. RECASÉNS SICHES, Luis. *Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho*. Editorial Porrúa. México. 1980.

⁵ GIMBERNAT ODERIG, Enrique. "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?". *Estudios de Derecho Penal*. 3a. edición. Editorial Tecnos. Madrid. 1990. p. 158.

que se aplica" se aplica a la legislación, constitución o tratado que establece la conducta punible, y no a la legislación que establece la pena para la conducta punible.

PROBLEMÁTICA DE LA ATENUANTE GENÉRICA CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 373 DEL CÓDIGO PENAL

Carlos VANEGAS RESTREPO*

INTRODUCCIÓN

El Código Penal colombiano, si bien es reconocido como uno de los más modernos y sistemáticos de Latinoamérica, adolece de una serie de imprecisiones lógico-jurídicas que le impiden acceder a mayores niveles de desarrollo.

Una de tales imprecisiones se halla en el artículo 373 del mismo. En él se encuentran problemas por la mala o, mejor, inadecuada delimitación de las conductas que atentan contra el patrimonio económico, respecto de si éstas son o no susceptibles de atenuación. Ello, en razón del uso de un criterio obsoleto para la determinación de las conductas que merecen o no ser atenuadas.

Fundamentalmente, centraré mi labor en el análisis y crítica de la primera excepción a la regla general consagrada en el artículo en cuestión y, de manera soslayada, me ocuparé de los problemas que genera para el sindicado la posible aplicación arbitraria de la segunda excepción y la necesidad de hacer mayor claridad al respecto.

Imprecisiones como las ya nombradas generan, ocasionalmente, consecuencias prácticas desafortunadas a la hora de interpretar y aplicar la norma penal. Ello me motiva a pensar este problema con el ánimo de contribuir, así sea en mínima medida, al esclarecimiento semántico y adecuada interpretación de los términos explicitados en dicho artículo (373 del Código Penal).

Para tal efecto, fundaré mi análisis en los siguientes puntos:

- a) Conveniencia o no del criterio cuantitativo de los \$10.000 como derrotero para determinar el carácter atenuado de un hecho punible determinado, que atente contra el patrimonio económico.

* Estudiante de VIII semestre, en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.