



## INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

CONCEPTO 123 DE 2017

(octubre 2)

10400/1760978114

Bogotá, D. C.

**Señor:** XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

**ASUNTO:** Respuesta solicitud de concepto SIM 1760979114

Atendiendo al asunto de la referencia y de acuerdo con lo previsto en el artículo 26 del Código Civil, Ley 1437 de 2011, y numeral 4 del artículo 6o del Decreto 987 de 2012, se procede a emitir concepto en los siguientes términos:

### I. DE LA CONSULTA

Se solicita concepto jurídico sobre el sentido del literal B del artículo 2o de la ley 294 de 1996 el cual prescribe “b) El padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar”, conforme a la interpretación que hace la Corte Suprema de Justicia Sala Penal, Sentencia SP80642017 (48047) de junio 7 de 2017.

### II. PROBLEMA JURÍDICO

De la consulta se identifica el siguiente problema jurídico:

¿Cuál es el alcance de la violencia intrafamiliar en cuanto a los sujetos en los que recae?

### III. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO

Para dar respuesta a los problemas jurídicos planteados, el presente concepto desarrollará la siguiente estructura: 3.1 La violencia intrafamiliar; 3.2 La sentencia de la Corte Suprema de Justicia.

### **3.1. La violencia Intrafamiliar**

El artículo 42 de la Constitución Política reconoce a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, conformada por vínculos naturales o jurídicos por la decisión libre de contraer matrimonio o por la voluntad de conformarla. Así mismo, establece que las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes y proscribire y sanciona cualquier forma de violencia en la familia que se considera destructiva de su armonía y unidad.

A partir de este postulado, la Corte Constitucional ha señalado la existencia del derecho a mantener la unidad familiar, en los siguientes términos:

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

Siguiendo un razonamiento similar es posible configurar el derecho a mantener la unidad familiar. Este derecho es el corolario de la eficacia de la disposición que define la familia como el núcleo fundamental de la sociedad, en la medida en que constituye el dispositivo normativo que permite realizar la pretensión constitucional de protección a la familia (como núcleo fundamental de la sociedad), al autorizar la intervención de los jueces y en especial del juez constitucional, en situaciones concretas que tengan el poder de afectar la unidad y/o la armonía familiar. Esta hipótesis encuentra otro punto de refuerzo en otra disposición constitucional contenida en el artículo 42. En efecto, la Constitución rechaza de manera expresa toda forma de violencia en la familia que tenga la potencialidad de afectar la unidad y la armonía familiar".<sup>[1]</sup>

De acuerdo con el mandato Superior, el legislador ha abordado la problemática de la violencia intrafamiliar desde dos perspectivas: (i) la protección de las víctimas, y (ii) los efectos penales para los victimarios. En la primera, la Ley 294 de 1996, modificada por las Leyes 575 de 2000 y 1257 de 2008, establecen las normas sustantivas y procedimentales para prevenir las distintas formas de violencia en el ámbito familiar, así como las medidas de protección para las víctimas una vez consumada.

En tal virtud, los procesos de violencia intrafamiliar deben ser adelantados conforme lo dispone las leyes señaladas, que autorizan a toda persona que dentro de su contexto familiar sea víctima de daño físico, psíquico<sup>[2]</sup> o daño a su integridad sexual, amenaza, agravio, ofensa

o cualquier otra forma de agresión por parte de otro miembro del grupo familiar, a solicitar, sin perjuicio de las denuncias penales a que hubiere lugar, al comisario de familia del lugar donde ocurrieren los hechos, y a falta de este al Juez Civil Municipal o Promiscuo Municipal una medida de protección inmediata que ponga fin a la violencia, maltrato o agresión o evite que esta se realice cuando fuere inminente.

Las medidas de protección se encuentran consagradas en el artículo 5o de la Ley 294 de 1996, dentro de las cuales se encuentran entre otras: (i) el desalojo del agresor de la casa de la casa de habitación que comparte con la víctima, cuando su presencia constituye una amenaza para la vida, la integridad física o la salud de cualquiera de los miembros de la familia, (ii) la orden de abstenerse de penetrar en cualquier lugar donde se encuentre la víctima, (iii) la prohibición de esconder o trasladar de la residencia de los niños, niñas y personas discapacitadas en situación de indefensión miembros del grupo familiar, (iv) la obligación de acudir a un tratamiento reeducativo y terapéutico en una institución pública o privada que ofrezca tales servicios, a costa del agresor, (v) la orden de pago de los gastos de orientación y asesoría jurídica, médica, psicológica y psíquica que requiera la víctima, (vi) la protección temporal especial de la víctima por parte de las autoridades de policía, tanto en su domicilio como en su lugar de trabajo si lo tuviere, cuando la violencia o maltrato revista gravedad y se tema su repetición, (vii) decidir provisionalmente el régimen de visitas, la guarda y custodia de los hijos e hijas si los hubiere, sin perjuicio de la competencia en materia civil de otras autoridades, quienes podrán ratificar esta medida o modificarla.

En cuanto a las personas que integran la familia y que pueden ser autores o víctimas de violencia intrafamiliar, el artículo 3o, establece:

- a) Los cónyuges o compañeros permanentes;
- b) El padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar;
- c) Los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos;
- d) Todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica.

La Ley 1257 de 2008, por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, estableció medidas adicionales de protección a las mujeres víctimas de violencia en ámbitos diferentes al familiar. En tal sentido, el artículo 18 señaló:

"Las mujeres víctimas de cualquiera de las modalidades de violencia contempladas en la presente ley, además de las contempladas en el artículo 5o de la Ley 294 de 1996 y sin perjuicio de los procesos judiciales a que haya lugar, tendrán derecho a la protección inmediata de sus derechos, mediante medidas especiales y expeditas, entre las que se encuentran las siguientes:

- a) Remitir a la víctima y a sus hijas e hijos a un sitio donde encuentren la guarda de su vida, dignidad, e integridad y la de su grupo familiar.

c) Ordenar el traslado de la institución carcelaria o penitenciaria para las mujeres privadas de la libertad;

d) Cualquiera otra medida necesaria para el cumplimiento de los propósitos de la presente ley".

Por su parte y desde la perspectiva punitiva, el Código Penal, en el artículo 229, establece como delito la violencia intrafamiliar, entendida como el maltrato físico o psicológico contra cualquier miembro del núcleo familiar, con pena de prisión de 4 a 8 años, agravada de la mitad a las tres cuartas partes, cuando la conducta recaiga sobre un menor, una mujer, una persona mayor de sesenta (60) años o que se encuentre en incapacidad o disminución física, sensorial y psicológica o quien se encuentre en estado de indefensión.

La violencia intrafamiliar es un tipo penal cualificado, abierto, y subsidiario en la medida que sus sujetos activos y pasivos son especiales, requiere remitirse a las normas que establecen quienes integran el núcleo familiar y procede cuando la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor.

Sobre este delito, la Corte Constitucional ha indicado:

"En Colombia, para enfrentar la violencia intrafamiliar se cuenta con diversos mecanismos: En primer lugar, los tipos penales que protegen la vida y la integridad personal, la libertad individual y otras garantías, así como los que protegen la libertad la integridad y la formación sexuales, tienen plena aplicación en el ámbito familiar, e incluso, la calidad de la víctima como parte del núcleo familiar del agresor puede constituir una causal de agravación punitiva. En segundo lugar, las manifestaciones de violencia entre los miembros de la familia que no tengan prevista en el ordenamiento penal una sanción mayor, se reprimen a través del tipo específico de violencia intrafamiliar, como modalidades de maltrato físico o psicológico. Finalmente, en tercer lugar, frente a todas las expresiones de violencia y de maltrato, tanto las que quepan en los mencionados tipos penales, como las que queden excluidas de ellos, se han previsto medidas de prevención, asesoramiento, asistencia y protección para las víctimas.

El tipo de la violencia intrafamiliar es un tipo penal subsidiario, que remite a los tipos generales de delitos contra la vida, la integridad personal, la autonomía personal y la libertad, integridad y formación sexuales, y, por otro, porque las conductas de maltrato sexual que no quepan en esos tipos, en cuanto tengan connotaciones violentas, comportan también una afectación física o psicológica, sancionable dentro del tipo específico de la violencia intrafamiliar".<sup>[3]</sup>

### **3.2. La sentencia de la Corte Suprema de Justicia**

En reciente sentencia de 7 de junio de 2017, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,<sup>[4]</sup> fijó el alcance del delito de violencia intrafamiliar en cuanto a los sujetos activo y pasivo y quienes integran la unidad familiar. En el caso concreto analizó una denuncia por violencia intrafamiliar por parte de un hombre contra su esposa, quienes se encontraban separados de hecho y no tenían vida marital, continuaban conviviendo bajo el mismo techo con su hijo menor de edad.

En la primera y segunda instancia el hombre fue condenado por el delito de violencia intrafamiliar agravado, en primer lugar, por haber propinado una lesión a la madre de su hijo y en su presencia y, en segundo lugar, por ser la víctima una mujer. El tribunal descarto el argumento de la defensa, según el cual, la pareja ya no era familia, dado que no tenían una relación marital y si vivían bajo el mismo techo, el único vínculo que tenían era su hijo menor de edad.

Para el Tribunal, la violencia intrafamiliar se da de acuerdo con lo establecido en el artículo 229 del Código Penal, por el maltrato físico o psicológico que se ejerza contra cualquier miembro del núcleo familiar y atendiendo lo dispuesto por la Ley 294 de 1996, por la cual se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar, dentro del núcleo familiar se encuentran los cónyuges y compañeros permanentes, el padre o madre de familia aunque no convivan bajo el mismo techo, entre otros, motivo por el cual, si bien la pareja se encontraba separada de hecho, la conducta se había ejecutado sobre la madre del hijo en común, situación reprochada por la norma.

En sede de casación la Corte Suprema consideró que la interpretación del Tribunal es errónea, pues el delito de violencia intrafamiliar es subsidiario, únicamente aplicable si el maltrato físico o psicológico no constituye un delito sancionado con pena mayor, como algunas lesiones personales o el homicidio. En tal virtud es un tipo penal con sujetos activo y pasivo cualificados, que deben entrarse a definir de acuerdo con lo establecido en la Ley 294 de 1996, sobre quienes constituyen un núcleo familiar. La Corte señala entonces que cuando la norma indica que las lesiones se produzcan “en el padre o madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar”, no está apuntando a los padres entre sí, sino al hijo como posible autor.

Así, la Corte aclara cuando se tipifica la conducta:

“(i) Entre los cónyuges o compañeros permanentes entre sí, siempre que mantengan un núcleo familiar.

(ii) En los padres, cuando el agresor es el hijo, sin que importe si ambos progenitores conviven.

(iii) En los ascendientes y descendientes si conforman un núcleo familiar, y los hijos adoptivos, porque frente a éstos igualmente el concepto de familia impone deberes más allá de la vida en común.

(iv) En uno o varios miembros de la familia en su domicilio o residencia, causada por quien no siendo miembro del núcleo familiar, sea encargado de su cuidado” .

En cuanto a lo que se considera “núcleo familiar”, la Corte concluye que para la configuración del delito de violencia intrafamiliar es necesario que victimario y víctima pertenezcan a la misma unidad familiar, “que habiten en la misma casa”, de lo contrario, la conducta será atípica y en consecuencia deberá procederse a analizar las normas que regulan el delito de lesiones personales agravadas en razón del parentesco. Ello no implica desconocer que la relación entre hijos y padres subsisten a la separación y aún si no conviven existe el deber de

respeto entre ellos, lo que no ocurre con parejas separadas, quienes ya no tienen un proyecto de familia conjunto.

La Corte considera que afirmar que una vez cesa la convivencia entre cónyuges o compañeros permanentes se mantiene entre ellos el “núcleo familiar”, cuando tienen un hijo común menor de edad, comporta una ficción ajena al derecho penal. También reitera que no es suficiente que un hombre y una mujer procreen un hijo para que surja la noción de “armonía y unidad de la familia” protegida por el delito analizado, “pues si bien se establece una unidad familiar perenne entre cada uno de ellos con su descendiente, no necesariamente se conforma entre aquellos un lazo de igual naturaleza como para deducir entre los tres una familia para efectos del delito de violencia intrafamiliar, en cuanto bien puede ocurrir que la relación y convivencia de la pareja culminen o, incluso, que nunca tenga lugar”. Aceptar lo contrario, implicarla el absurdo de reconocer que una persona pueda tener varias unidades familiares como hijos con sus compañeros o cónyuges tengan o hayan tenido.

En el caso concreto, la Corporación consideró que entre la víctima y victimario si había una unidad doméstica y familiar, no derivada de que tuvieran un hijo juntos, como lo entendió el Tribunal (al indicar que tenían un núcleo familiar porque ambos eran padres de un menor), sino por la convivencia cotidiana y permanente que mantenían.

Finalmente, la Corte reitera que la agravación punitiva en caso de que la víctima sea una mujer, es objetiva, esto es, no es necesario demostrar que la violencia se ejerció por el hecho de ser mujer, como ocurre con otros tipos penales, sino simplemente opera cuando se presente sobre ella.

#### **IV. Conclusiones**

De acuerdo con las anteriores consideraciones y la solicitud de concepto, se presentan las siguientes conclusiones:

1. La violencia intrafamiliar es una problemática que atenta y destruye la unidad y armonía familiar consagrada en la Constitución Política y que es abordada por la Ley desde la perspectiva de protección a las víctimas y punitiva respecto de los agresores. Se entiende como toda conducta que se da dentro del contexto familiar, que produzca daño físico, psíquico o a su integridad sexual, o amenaza, agravio, ofensa o cualquier otra forma de agresión por parte de un miembro del grupo familiar.

2. En cuanto a la protección de las víctimas, la Ley 294 de 1996 modificada por las Leyes 575 de 2005 y 1257 de 2008, establece las normas sustantivas y procedimentales para prevenir y detener de manera inmediata, las conductas violentas y sus efectos contra las víctimas. Mientras que el Código Penal la penaliza con pena de prisión de 4 a 8 años, agravada de la mitad a las tres cuartas partes, cuando la conducta recaiga sobre un menor, una mujer, una persona mayor de sesenta (60) años o que se encuentre en incapacidad o disminución física, sensorial y psicológica o quien se encuentre en estado de indefensión.

2. La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,<sup>[5]</sup> fijo el alcance del delito de violencia intrafamiliar en cuanto a los sujetos activo y pasivo y

quienes integran la unidad familiar, indicando que de acuerdo con el artículo 2o de la Ley 294 de 1996, se tipifica la conducta cuando se dé:

“(i) Entre los cónyuges o compañeros permanentes entre sí, siempre que mantengan un núcleo familiar.

(II) En los padres, cuando el agresor es el hijo, sin que importe si ambos progenitores conviven.

(iii) En los ascendientes y descendientes si conforman un núcleo familiar, y los hijos adoptivos, porque frente a éstos igualmente el concepto de familia impone deberes más allá de la vida en común.

(iv) En uno o varios miembros de la familia en su domicilio o residencia, causada por quien, no siendo miembro del núcleo familiar, sea encargado de su cuidado”.

Finalmente, es preciso indicar que el presente concepto no es de obligatorio cumplimiento o ejecución para particulares o agentes externos, de conformidad con lo establecido en la Ley 1755 de 2015. No obstante, lo anterior, tiene carácter vinculante para las dependencias internas del Instituto y terceros que colaboren en la prestación del servicio público o en el desarrollo de la función administrativa de competencia del ICBF, en virtud de la función asignada a la Oficina Asesora Jurídica de mantener la unidad doctrinaria e impartir las directrices jurídicas necesarias para el desarrollo de las funciones del Instituto, de conformidad con los numerales 4, 8 y 20 del artículo 6o del Decreto 987 de 2012.

Cordialmente,

**LUZ KARIME FERNANDEZ CASTILLO**

Jefe Oficina Asesora Jurídica

NOTAS AL FINAL:

1. Sentencia C-368 de 2014

2. Sobre la violencia psicológica, la Corte Constitucional en Sentencia T-967 de 2014, señaló: “La violencia psicológica se ocasiona con acciones u omisiones dirigidas intencionalmente a producir en una persona sentimientos de desvalorización e inferioridad sobre sí misma, que le generan baja de autoestima. Esta apología no ataca la integridad física del individuo sino su Integridad moral y psicológica, su autonomía y desarrollo personal y so materializa a partir de constantes y sistemáticas conductas de intimidación, desprecio, chantaje, humillación, insultos y/o amenazas de todo tipo. Se trata de una realidad mucho más extensa y silenciosa, Incluso, que la violencia física y puede considerarse como un antecedente de ésta. Se ejerce a partir de pautas sistemáticas, sutiles y, en algunas ocasiones. Imperceptibles para terceros, que amenazan la madurez psicológica de una persona y su capacidad de autogestión y desarrollo personal. Los patrones culturales e históricos que promueven una idea de superioridad del hombre (machismo - cultura patriarcal), hacen que la violencia psicológica sea invisibilizada y aceptada por las mujeres como algo normal.

3. Sentencia C-674 de 2005.

4. M.P Luis Antonio Hernández Barbosa. Radicación: 48047

5. Sentencia de 7 de junio de 2017. M.P.: Luis Antonio Hernández Barbosa. Radicación: 48047

***Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.***