

LA EXCLUSIÓN LEGAL DEL ABUSO SEXUAL ENTRE CÓNYUGES O COMPAÑEROS PERMANENTES COMO FORMA DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR*

THE LEGAL EXCLUSION OF SEXUAL ABUSE WITHIN MARRIAGE AND CIVIL UNIONS AS A DOMESTIC-VIOLENCE FORM

*Jinyola Blanco-Rodríguez**
Raúl Santacruz-López****

* Este artículo es uno de los resultados de la investigación que sobre el *Desarrollo jurisprudencial de la garantía constitucional de protección integral a la familia en Colombia (Corte Constitucional 1992-2007)* realizó, entre agosto del 2007 y 2008, el Grupo de investigación *Iustitia*, adscrito a la Facultad de Derecho de la Universidad Antonio Nariño, sede Bogotá, D.C.

** Abogada especialista en Derecho de Familia de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, con Diploma de Estudios Avanzados, DEA, en Derecho de Familia y de la Persona de la Universidad de Zaragoza, España, y aspirante a doctora de la misma universidad. Directora Nacional de la Unidad para el Desarrollo de la Ciencia y la Investigación UDCI, de la Facultad de Derecho de la Universidad Antonio Nariño, e investigadora del Grupo Interdisciplinario de Investigación *iustitia*. Bogotá, D.C., Colombia.
Correo electrónico: jinyola.blanco@uan.edu.co

*** Abogado egresado de la Universidad Nacional de Colombia, especialista en Instituciones Jurídico-Penales de la misma universidad, con estudios de maestría en Derecho Penal y Ciencias Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia, con Diploma de Estudios Avanzados, DEA, en Derechos Humanos y Libertades Fundamentales en la Universidad de Zaragoza, España, y aspirante a doctor de la misma universidad. Fiscal Delegado para la época de elaboración de este artículo y en la actualidad Juez Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, docente Investigador de la Universidad Antonio Nariño e investigador principal del Grupo Interdisciplinario *iustitia* reconocido en Colciencias en categoría C. Fue integrante de la Red de Formadores en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los DD. HH. y de la Escuela de Estudios e Investigaciones Criminales y de Ciencias Forenses de la Fiscalía General de la Nación. Bogotá, D.C., Colombia.
Correo electrónico: raul.santacruz@uan.edu.co

RESUMEN

La violencia intrafamiliar es un fenómeno que socava la sociedad colombiana, debilitando sus cimientos más sólidos, por lo que no puede ser ignorada por las políticas estatales que pretenden mejorar las condiciones de vida de sus habitantes. Cuando el legislador, atendiendo las recomendaciones de la Corte Constitucional, excluyó el abuso sexual del tipo penal de violencia intrafamiliar, no lo hizo con el propósito de sustraer su conocimiento de la jurisdicción penal o de brindarle un tratamiento más benigno. Lo que hizo fue, como se demuestra a través del estudio de la línea jurisprudencial identificada en este trabajo, ubicarlo en el lugar que en realidad le corresponde para obtener la respuesta que por su importancia merece y que la sociedad ha demandado en cada caso. En este estudio de precedentes jurisprudenciales se analizan las sentencias involucradas con esta situación, para perfilar la subregla de derecho constitucional utilizada en la solución de estos casos, y que en su conjunto integran la línea jurisprudencial bajo cuya sombra decisional es posible encontrar el fundamento de la modificación legal indicada.

Palabras clave autor: violencia intrafamiliar, maltrato sexual, abuso sexual, precedente jurisprudencial, reglas y subreglas de derecho constitucional.

Palabras clave descriptor: violencia familiar, delitos sexuales, derecho constitucional.

ABSTRACT

The intrafamiliar violence is a phenomenon that undermines the Colombian society, debilitating its more solid foundations, by which it cannot be ignored by the State policies that try to improve the conditions of life of his inhabitants. When the legislator, taking care of the recommendations of the Constitutional Court, excluded the sexual abuse from the penal type of intrafamiliar violence, he did not do it to offer a more benign treatment. What it did was, as it is demonstrated through the study of the identified jurisprudencial line in this work, to locate it in the place that it reality deserves in the society.

Key words author: intrafamiliar violence, sexual bad treatment, sexual abuse, jurisprudence precedent, rules and subrules of constitutional law.

Key words plus: family violence, Sex crimes, Constitutional law.

Sumario: Introducción, Metodología empleada, Resultados obtenidos, Sobre la exclusión del abuso sexual del tipo penal de violencia intrafamiliar, Conclusiones, Bibliografía

INTRODUCCIÓN

El problema jurídico materia de este trabajo ha sido reducido a un interrogante cuya solución, además de resolver las múltiples inquietudes que genera el título que lo encabeza, dará lugar a la identificación de un patrón de desarrollo decisional de las providencias de la Corte Constitucional relacionadas con el tema. Se refiere al maltrato sexual entre cónyuges o compañeros permanentes como forma extrema de violencia doméstica, que no por esto puede tener un tratamiento privilegiado sino, por el contrario, unas consecuencias punitivas condignas con el rechazo social que genera y con el traumático perjuicio que sobre sus víctimas produce.

Y no es para menos, el abuso sexual entre estos miembros de una misma familia contiene tanta gravedad, que desborda los límites propios del delito de violencia intrafamiliar para encuadrarse en otros tipos penales autónomos que concurren con el mismo para incrementar el reproche que en el campo penal se concreta en la imposición de una pena o sanción para el infractor.

Desde esta óptica es claro que la exclusión legal del abuso sexual entre cónyuges o compañeros permanentes del delito de violencia intrafamiliar no constituye, en manera alguna, una despenalización del comportamiento. Se trata de la identificación de su verdadero contenido y de su consecuencial adecuación a la descripción típica correcta, propia de los delitos contra la libertad sexual, en la que consecuente con su alta dañosidad social adquiere la connotación de forma agravada.

Los pronunciamientos del alto tribunal constitucional en relación con este tema demuestran un desarrollo evolutivo en el que, poco a poco, se van perfilando sus verdaderos contornos hasta alcanzar la categoría que hoy ostenta. Tales pronunciamientos, expresados en las sentencias referidas a este fenómeno y que integran una línea jurisprudencial definida, fueron materia de análisis por los investigadores que desarrollaron este trabajo.

METODOLOGÍA EMPLEADA

Este artículo proviene de una investigación documental realizada mediante la consulta directa de las sentencias de la Corte Constitucional producidas en relación con la garantía constitucional de protección integral a la familia en Colombia. El análisis estructural de las decisiones se efectuó sobre las providencias proferidas por dicha corporación en el período comprendido entre los años 1992 y 2007, con el propósito de seleccionar aquellas referidas a dicha garantía. Cumplida esta escogencia, se procedió a clasificarlas por temas o patrones fácticos establecidos

previamente, a partir de lo cual fue posible obtener varias *líneas jurisprudenciales*¹ derivadas de su *decisum*.²

Para la definición de los patrones fácticos se acudió al texto del artículo 42 de la Constitución Política de Colombia, que contiene la consagración de la familia como núcleo fundamental de la sociedad e instituye la garantía de protección integral de la misma a cargo del Estado y de la sociedad, del cual fueron extractados siete descriptores que permitieron efectuar la clasificación indicada y determinar las líneas jurisprudenciales relacionadas. Una de tales líneas es la que en este trabajo se presenta y que reducida a una pregunta asertiva conduce a reconocer, con su respuesta, las soluciones dadas por la Corte al problema jurídico planteado y la existencia de un patrón de desarrollo decisional para el mismo.

La disposición imperativa según la cual “*Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley*”, que el constituyente de 1991 incluyó en la mencionada norma constitucional, fue tomada como uno de los descriptores fácticos preestablecidos en la clasificación jurisprudencial realizada y que, en la determinación de los problemas jurídicos concretos involucrados, dio lugar a la formulación de la cuestión que orientó el desarrollo de este aparte investigativo.

Una vez seleccionada la masa decisional relacionada con el problema abordado, se procedió a identificar, junto con la *sentencia fundadora de la línea*, correspondiente a los “fallos usualmente proferidos en el período inicial de actividad de la Corte”,³ aquellas que por su peso estructural fundamental podían ser escogidas como *sentencias hito* o sentencias destacadas. Entre estas últimas se encontraban las *sentencias consolidadoras de la línea* que “son aquellas en las que la Corte trata de definir con autoridad una subregla de derecho constitucional⁴ y en la que

1 Una *línea jurisprudencial* es una pregunta o un problema jurídico bien definido que sirve para graficar las soluciones que la jurisprudencia le ha dado al problema y para reconocer si existe un patrón de desarrollo decisional.

2 El *decisum* o decisión o parte resolutoria de la providencia es la solución específica del caso sometido a estudio, con los efectos que generalmente ella misma determina. Precizando su contenido ha dicho la Corte Constitucional: “*En la construcción de la teoría de la obligatoriedad de los precedentes judiciales, la Corte Constitucional ha usado los conceptos de Decisum, ratio decidendi, y obiter dicta, para determinar qué partes de la decisión judicial constituyen fuente formal de derecho. El decisum, la resolución concreta del caso, la determinación de si la norma debe salir o no del ordenamiento jurídico en materia constitucional, tiene efectos erga omnes y fuerza vinculante para todos los operadores jurídicos. La ratio decidendi, entendida como la formulación general del principio, regla o razón general que constituyen la base necesaria de la decisión judicial específica, también tiene fuerza vinculante general. Los obiter dicta o “dichos de paso”, no tienen poder vinculante, sino una “fuerza persuasiva” que depende del prestigio y jerarquía del tribunal, y constituyen criterio auxiliar de interpretación*”. Corte Constitucional, Sentencia SU-1300 del 2001, M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA. En el mismo sentido, la Sentencia C-039 del 2003, M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

3 DIEGO EDUARDO LÓPEZ MEDINA, *El derecho de los jueces*, 164 (2a. edición, Legis, Bogotá, 2006).

4 Una *subregla de derecho constitucional* puede ser definida como un enunciado consolidado que permite aplicar el derecho general y abstracto, de manera uniforme, a una situación fáctica o caso concreto.

usualmente se decanta un balance constitucional más complejo que el que en un comienzo fue planteado por las sentencias fundadoras de línea”;⁵ las *sentencias modificadoras de la misma* o de cambio de jurisprudencia y las *sentencias reconceptualizadoras*, en las que la Corte “revisa una línea jurisprudencial en su conjunto y la afirma, aunque introduce una nueva teoría o interpretación que explica mejor, a los ojos de la Corte, el sentido general que ha mantenido la línea a lo largo del tiempo”,⁶ con lo que se pudo llegar a la *sentencia principal o dominante*, que contiene los criterios vigentes y prevalentes utilizados por la Corte Constitucional para la solución del conflicto de intereses o problema jurídico definido.

La aplicación de esta metodología, siguiendo las recomendaciones del profesor López Medina, comprendió tres pasos:

1. La determinación del *punto arquimédico de apoyo*: entendiéndose por tal “una sentencia con la que el investigador tratará de desenredar las relaciones estructurales entre varias sentencias”, según las palabras de este mismo autor. Se buscó para esto la más reciente y que contuviera un patrón fáctico similar.
2. La *ingeniería reversa*, expresión con la que se hace referencia a la estructura citacional del punto arquimédico. Para esto se procedió al establecimiento de la lista de citaciones que contenía la sentencia arquimédica, y luego replicar el procedimiento con respecto a cada una de estas citas, hasta configurar un “nicho citacional” en varios niveles.
3. *La telaraña y los puntos nodales de jurisprudencia*, fue el tercer paso. Consistió en estudiar el nicho citacional conformado mediante el análisis de las sentencias seleccionadas para establecer algunos “puntos nodales” integrados por argumentos de frecuente cita en las decisiones de la Corte.

Con estos pasos se pudo reducir la masa decisional extensa a un grupo más manejable, en el que fue posible definir y delimitar las subreglas aplicables y como consecuencia, responder de manera correcta al problema jurídico planteado.

La determinación de la sentencia arquimédica permitió establecer el punto de apoyo del que partieron las relaciones entre las demás providencias y la conformación de un nicho citacional de tres niveles. Con este se pudo distinguir las sentencias importantes de las no importantes y escoger, entre las primeras, las sentencias hito según las definiciones anteriormente dadas.

5 DIEGO EDUARDO LÓPEZ MEDINA, op. cit., pp. 164-165.

6 Ibid., p. 165.

RESULTADOS OBTENIDOS

El nicho citacional

En el análisis de los precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional relacionados con la violencia intrafamiliar se logró definir como línea jurisprudencial, entre otras, la integrada por todos aquellos fallos que, en relación con la misma situación fáctica o problema jurídico definido, respondían al siguiente interrogante:

¿El abuso sexual entre cónyuges o compañeros permanentes es una forma de violencia intrafamiliar?

Aplicando los parámetros metodológicos indicados en el punto anterior, se optó por escoger la sentencia C-674 del 2005⁷ como punto arquimédico o de apoyo, con el resultado que se grafica en el cuadro N° 1 de nicho citacional, que recoge, en un segundo nivel, cuatro sentencias de las que se derivan, a su vez, otras cincuenta y tres con las que se integra el tercer nivel.

Este nicho citacional permitió fijar, como un *punto nodal de jurisprudencia* destacado en relación con el problema jurídico examinado –por contribuir a la solución del interrogante que resume la línea– el de la *exclusión del maltrato sexual como elemento del tipo penal de violencia intrafamiliar*. El paso siguiente consistió entonces en ubicar las “*sentencias importantes*” por tener un peso estructural fundamental dentro de la línea y las “*sentencias no importantes*”⁸ de este nicho.

Entre las sentencias importantes se destacaron, como sentencias hito relevantes:

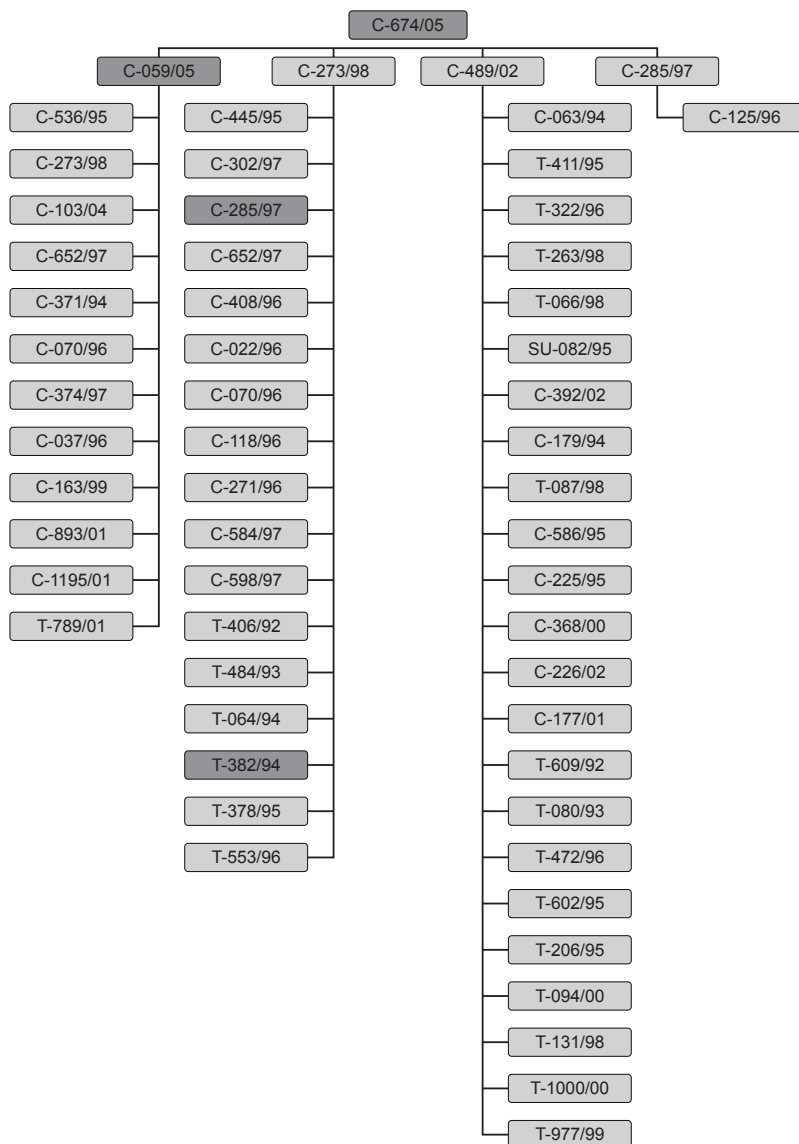
La sentencia C-285 de 1997,⁹ considerada como la *sentencia fundadora* de la línea porque fue la primera en la que se realizó un pronunciamiento sobre el tema, al indicar no sólo que “*La libertad sexual del cónyuge no puede considerarse disminuida por el hecho del matrimonio, pues de lo contrario se estaría en presencia de una forma de servidumbre, proscrita por la Constitución*”, sino también y de manera muy especial, que:

7 Corte Constitucional, *Sentencia C-674 del 2005*, M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL.

8 Según el profesor DIEGO EDUARDO LÓPEZ MEDINA, las *sentencias no importantes* pueden ser sentencias *confirmadoras de principio* o *de reiteración*, esta última denominación dada por la Corte Constitucional, “que se ven a sí mismas como puras y simples aplicaciones a un caso nuevo del principio o *ratio*, contenido en una sentencia anterior”. Sentencias *argumentativamente confusas o inconcluyentes*, que “son aquellas que pierden parte de su poder precedencial debido a la baja calidad de su argumentación o a las dificultades de identificación de la *ratio decidendi* que presentan”. Sentencias *en exceso abstractas*, “plagadas de *obiter dicta* y que no terminan por hacer relación concreta con el escenario constitucional que buscaban resolver”. Op. cit. pp., 166-167.

9 Corte Constitucional, *Sentencia C-285 de 1997*, M.P. CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

Cuadro N° 1
NICHO CITACIONAL VIOLENCIA INTRAFAMILIAR
 Exclusión legal del abuso sexual como forma de violencia intrafamiliar



En este cuadro es posible apreciar el nicho citacional elaborado con base en la Sentencia C-674 del 2005, tomada como punto arquimédico. En el segundo nivel se encuentran las sentencias C-059 del 2005, C-2735 de 1998, C-489 del 2002 y C-285 de 1997 citadas en su texto, a partir de las cuales se obtuvo la identificación de las 53 sentencias que componen el tercer nivel pero que no se refieren, necesariamente, al tema de la violencia intrafamiliar. Se destacan, en amarillo, aquellas relacionadas con el maltrato sexual dentro de la familia, tema que es objeto de este estudio.

Fuente: Elaboración propia con base en en las sentencias producidas sobre el tema por la Corte Constitucional en el período 1992-2007.

... la conducta del agresor es tan injusta cuando la violencia sexual se ejerce sobre su cónyuge como cuando la víctima es un particular. El bien jurídico protegido con la sanción de los delitos de acceso y acto carnal violentos es la libertad sexual y la dignidad de la personas; tales bienes jurídicos no pueden entenderse disminuidos por la existencia de un vínculo matrimonial, de hecho o por el simple conocimiento sexual anterior.

Con esta providencia se dejó muy claro, como respuesta al problema jurídico de esta línea, que el abuso sexual entre cónyuges o compañeros permanentes no es una forma de violencia intrafamiliar. No puede serlo porque, como ella misma lo señala, *“Asignar a unos mismos hechos sanciones diferentes implica que el legislador considera que las conductas o no son igualmente lesivas o no merecen el mismo reproche”*.

La Corte consideró ilegítima la distinción realizada por el legislador al respecto, puesto que, por el contrario, estas acciones contienen una mayor lesividad cuando la víctima está unida al agresor por un vínculo matrimonial o marital, además de atentar contra otros postulados de índole constitucional. En palabras de la Corte:

La consagración de un tipo penal privilegiado para los delitos de acceso y acto carnal violento, cuando se ejecutan contra el cónyuge, o la persona con quien se cohabite o haya cohabitado o con quien se haya procreado un hijo es desproporcionada, y en consecuencia, vulnera el derecho a la igualdad.

Acertada resultó así la decisión de declarar inexecutable, sin ningún salvamento o aclaración de voto, el artículo 25 de la Ley 294 de 1996¹⁰ que penalizaba de manera privilegiada, esto es, de forma más benigna, el delito de *“violencia sexual entre cónyuges”*, exigiendo además querrela de parte para el inicio de la correspondiente acción penal.

El impacto de esta sentencia fue de tal entidad que unos cuantos años después, al expedirse el Código Penal del 2000, se consagró como circunstancia de agravación punitiva, específica para los delitos sexuales, el realizarlos *“...sobre el cónyuge o sobre con quien se cohabite o se haya cohabitado, o con la persona con quien se haya procreado un hijo”*,¹¹ previsión legal con la que reconoció la tremenda lesividad de estos comportamientos cuando se ejecutan respecto de la pareja o ex pareja, incluso ocasional pero generadora de descendencia, del sujeto activo del punible.

10 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*. Diario Oficial n° 42.836 de 22 de julio de 1996. Texto original del artículo mencionado: *Artículo 25. Violencia sexual entre cónyuges. El que mediante violencia realice acceso carnal o cualquier acto sexual con su cónyuge, o quien cohabite o haya cohabitado, o con la persona que haya procreado un hijo, incurrirá en prisión de seis (6) meses a dos (2) años. La acción penal por este delito solo procederá por querrela de la víctima.*

11 Ley 599 del 2000. *Por la cual se expide el Código Penal*. Diario Oficial n° 44.097 de 24 de julio del mismo año. Artículo 211, numeral 5°.

La sentencia C-674 del 2005, sentencia hito que además de haber servido de punto de apoyo puede ser considerada, sin lugar a dudas, como *sentencia dominante* por sentar los criterios vigentes y de imperiosa aplicación al resolver el problema jurídico materia de este análisis.

De acuerdo con el *decisum* de esta providencia, en el que no existió ninguna discrepancia porque nadie salvó su voto, en el ordenamiento jurídico colombiano coexisten tres niveles de protección contra el maltrato sexual que puede tener lugar en la familia:

El primer nivel se aplica “a todas aquellas conductas susceptibles de ser subsumidas dentro de los tipos de violación y de actos sexuales abusivos”.

En el actual Código Penal,¹² estos comportamientos corresponden a los descritos en el título IV (arts. 205 a 219B), bajo la denominación de “Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales”, como *acceso carnal violento*,¹³ *acto sexual violento*,¹⁴ *acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir*,¹⁵ *acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir*,¹⁶ etc., a los que se les introdujeron algunas modificaciones, principalmente punitivas, mediante la Ley 1236 del 2008.¹⁷

El segundo nivel de protección se dirige al maltrato sexual que se produce dentro del tipo de la violencia intrafamiliar cuando la violencia sexual se manifiesta en conductas de violencia física o psíquica que no es posible subsumir en ninguno de los tipos penales del primer nivel.

El señor Procurador General de la Nación indicó al respecto, durante el trámite de la demanda que culminó con esta sentencia, que se trata de conductas agresivas que no tienen ni la identidad ni la intensidad de otras conductas más graves pero que

12 Ley 599 del 2000. *Por la cual se expide el Código Penal*. Diario Oficial n° 44.097 de 24 de julio del mismo año.

13 Artículo 205. Modificado. L. 1236/2008, art. 1°. **Acceso carnal violento.** *El que realice acceso carnal con otra persona mediante violencia, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años.*

14 Artículo 206. Modificado. L. 1236/2008, art. 2°. **Acto sexual violento.** *El que realice en otra persona acto sexual diverso al acceso carnal mediante violencia, incurrirá en prisión de ocho (8) a dieciséis (16) años.*

15 Artículo 207. Modificado. L. 1236/2008, art. 3°. **Acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir.** *El que realice acceso carnal con persona a la cual haya puesto en incapacidad de resistir o en estado de inconsciencia, o en condiciones de inferioridad síquica que le impidan comprender la relación sexual o dar su consentimiento, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años. Si se ejecuta acto sexual diverso del acceso carnal, la pena será de ocho (8) a dieciséis (16) años.*

16 Artículo 210. Modificado. L. 1236/2008, art. 6°. **Acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir.** *El que acceda carnalmente a persona en estado de inconsciencia, o que padezca trastorno mental o que esté en incapacidad de resistir, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años. Si no se realizare el acceso, sino actos sexuales diversos de él, la pena será de ocho (8) a dieciséis (16) años.*

17 Ley 1236 del 2008. *Por medio de la cual se modifican algunos artículos del Código Penal relativos a delitos de abuso sexual*. Diario Oficial n° 47.059 de 23 de julio del mismo año.

generan malestar de contenido específicamente sexual. La Corte cita el aparte en el que refiriéndose a lo que se conoce como el “*débito conyugal*” reseña la práctica de “... *lo que la técnica socioanalítica ha denominado ‘perversiones sexuales’ y que se traducen en la imposición de prácticas sexuales no deseadas, por medio del chantaje, del miedo y otros medios de presión en el campo de la sexualidad*”.

En este caso, ante una ofensa de tal naturaleza, caracterizada por no alcanzar la categoría de delito autónomo aunque de todas maneras produce afectaciones físicas o psíquicas en su víctima, lo adecuado es subsumirla en el tipo de violencia intrafamiliar, así no incluya, en su descripción, el maltrato sexual. En estos casos es claro que la configuración objetiva del maltrato sexual depende fundamentalmente de la valoración que del comportamiento haga la parte ofendida o víctima, única que podría estimar si el hecho constituye una verdadera violencia o una molestia sexual.

La existencia de este segundo nivel de protección pone de manifiesto que la exclusión del abuso sexual entre cónyuges o compañeros permanentes del tipo en comento no implica, necesariamente, la de todas las conductas violentas que tengan alguna connotación sexual y se produzcan dentro de la familia.

El tercer nivel está referido a aquellas conductas que tienen entidad como maltrato sexual pero que están desprovistas de violencia, sin que pueda llegar a considerárselas como constitutivas de maltrato físico o psicológico. Son conductas no penalizadas por el legislador, en las que “las medidas de protección para las víctimas actuales o potenciales tendrían solo carácter preventivo, correctivo o reparador”. En esta providencia se insiste en que se trata de conductas residuales o sutiles ante las cuales la protección ordenada en la Constitución y en los instrumentos internacionales vinculantes para Colombia, “no comporta necesariamente una respuesta de tipo penal, y, en adición a las medidas de protección penal que se han enunciado, existen en el ordenamiento jurídico colombiano otros medios de protección, no penales, para atender todo tipo de maltrato sexual, incluso el que pueda quedar por fuera de las categorías que son objeto de reproche penal”.

Se trata de comportamientos que el legislador, en virtud del poder de configuración que le caracteriza y luego de realizar el ejercicio de ponderación necesario, no estimó imperioso penalizar mediante su consagración como delitos, dado que con ello no quedarían desprovistos de toda protección.

Entre las conductas propias de este nivel podrían señalarse “*las presiones sexuales sutiles*”, “*...la desnudez forzada, el acoso sexual por cualquier miembro del grupo familiar y los tratos verbales con connotación sexual entre otros...*”, con la condición de que estén desprovistos de cualquier manifestación de violencia.

Estos niveles de protección conllevan el reconocimiento implícito del carácter subsidiario del tipo de violencia intrafamiliar, a partir de la distinción conceptual entre tipos de actividad o de mera conducta¹⁸ y tipos de resultado,¹⁹ de acuerdo con la cual en las eventualidades de maltrato físico y psíquico tal subsidiariedad constituye un complemento de la conducta que es objeto de descripción legal. En efecto, siguiendo las consideraciones de la Corte, el enunciado de este tipo penal es inicialmente abierto al referirse a cualquier clase de maltrato físico y psicológico, pero luego determinado cuando especifica que las conductas que incluye son aquellas que no constituyen delito sancionado con pena mayor. Esto conlleva una remisión a los delitos de resultado, como lo son aquellos que protegen el bien jurídico de la vida y la integridad personal, tales como el homicidio (C.P., art. 103), y las lesiones personales (C.P., art. 111), especificando claramente que el tipo de violencia intrafamiliar contemplado en el Código Penal solo se refiere a las conductas de maltrato físico o psicológico que no produzcan la muerte de la víctima ni le generen lesiones con secuelas como la deformidad (C.P., art. 113), la perturbación funcional (C.P., art. 114), la perturbación psíquica (C.P., art. 115) o la pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro (C.P., art. 116), porque en estos casos debe aplicarse uno de estos tipos dada su condición de principales con respecto del subsidiario de violencia intrafamiliar.

A su vez, este último adquiere la condición de autónomo respecto del bien jurídico de la familia que busca proteger con la penalización de las conductas que atentan contra su integridad y armonía.

La situación, sin embargo, es distinta cuando se trata de maltrato sexual: los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales son tipos de actividad o de mera conducta, por lo que no resulta posible hacer “una distinción de categorías sujeta a parámetros normativos” entre las conductas que se adecuen a su descripción. En el evento de la realización de un maltrato sexual, la disposición en comento, que lo incluía en su descripción, no establecía en qué casos se debía considerar como un acto sexual violento o abusivo y en cuáles como una forma de violencia intrafamiliar, dejando la solución de este dilema a la autoridad judicial que de manera discrecional, luego de un análisis particularizado del grado de lesividad de la conducta, debía hacer la valoración respectiva para lograr que la adecuación típica resultara coincidente. Pero no es función del juez la de establecer grados de lesividad para determinar el tipo aplicable; él solo puede verificar si el bien jurídico tutelado fue o no lesionado en el caso concreto, con el fin de deducir su punibilidad, porque es la ley la que fija

18 Tipos de actividad o de mera conducta son aquellos que describen como punible el simple comportamiento del individuo, independientemente de sus consecuencias. Ej: el falso testimonio que se consuma cuando la persona simplemente falta a la verdad al declarar bajo juramento ante una autoridad judicial o administrativa competente, sin consideración alguna para los efectos de este proceder.

19 Tipos de resultado son aquellos en los que se exige que la realización de la conducta descrita produzca un determinado resultado o efecto. Ej: el homicidio, en el que es necesario que efectivamente se prive de la vida a una persona para lograr su consumación.

el ámbito punitivo de movilidad dentro del cual debe actuar, por lo que tal actividad desbordaba el límite de sus posibilidades.

Con fundamento en lo anterior se concluye en la sentencia que la exclusión del *maltrato sexual* del tipo de violencia intrafamiliar cuando este no pueda ser subsumido en los *delitos sexuales que tengan una pena mayor* (primer nivel), solo deja por fuera de la descripción conductas *no violentas* (tercer nivel), que quedan sometidas al conocimiento de ordenamientos jurídicos diferentes al derecho penal. Las demás conductas *violentas* (segundo nivel) que pudieran llegar a entrañar alguna forma de agresión sexual quedan así integradas al tipo de violencia intrafamiliar como formas de maltrato físico o psicológico.

Como sentencias no importantes fueron catalogadas:

La T-382 de 1994²⁰, referida a un caso concreto de violencia sexual entre cónyuges, que la misma Corte resumió con la siguiente transcripción de un relato de la víctima:

me encerró, luego se fue para la cocina, cogió dos cuchillos, se fue a la cama donde dormía con mis hijas y me sacó de allí y me llevó a la sala y me dijo que tenía que estar con él o si no me mataba y **me obligó a tener relaciones sexuales, no respetando que mis hijas estaban viendo**; la niña le suplicaba que me dejara... [El resaltado en negrilla se encuentra en el texto original].

Los hechos describen una situación muy cruel y abusiva, adecuada a varios tipos penales, no obstante, el máximo tribunal los valoró como una forma de violencia intrafamiliar sobre la que otorgó el amparo solicitado por la demandante, pero sin detenerse a reflexionar sobre la pertinencia de realizar una distinción al respecto como la que ya se indicó anteriormente y que se concreta en los tres niveles de protección de la familia relacionados.

Es claro que en aquella época, de desarrollo inicial de la jurisprudencia constitucional, la Corte no había perfilado completamente o madurado el contenido de la protección dispuesto en la Constitución Política para el maltrato sexual y mucho menos para aquél que involucra a los cónyuges o a los compañeros permanentes.

La decisión no tuvo ninguna trascendencia en el desarrollo de la línea jurisprudencial identificada, por lo que ante su falta de relevancia fue catalogada como no importante.

20 Corte Constitucional, Sentencia T-382 de 1994, M.P. HERNANDO HERRERA VERGARA.

La C-059 del 2005,²¹ tocó el mismo tema de la violencia intrafamiliar, incluyendo el maltrato sexual, pero desde el punto de vista de la viabilidad de acudir a mecanismos alternativos que permitan la resolución pacífica de los conflictos, con el análisis directo de las instituciones de los jueces de paz y de los conciliadores en equidad.

Lo anterior es analizado al resolver la demanda de inexequibilidad presentada con respecto al parágrafo 1° del artículo 1° de la Ley 575 del 2000, que permite a las personas que son víctimas de violencia, maltrato o agresión, acudir ante los jueces de paz o ante los conciliadores en equidad, para procurar con su intervención el cese de tales acciones o para que las evite si son inminentes, sin perjuicio de la facultad de denunciar o de la competencia propia de los comisarios de familia y de los jueces civiles municipales y promiscuos municipales para aplicar una medida de protección.

El enfoque de esta sentencia es diferente, pues no se ocupa tanto del maltrato sexual en la pareja como de la pertinencia de buscar y aplicar mecanismos alternos que al tiempo que contribuyan a solucionar el conflicto surgido entre los mismos, ayuden a mantener la unión familiar y a proteger a sus integrantes.

La trascendencia de esta decisión en el plano de la violencia analizada fue mínima si no nula y de allí que se la hubiera catalogado como no importante o irrelevante para la línea jurisprudencial.

SOBRE LA EXCLUSIÓN DEL ABUSO SEXUAL DEL TIPO PENAL DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

Independientemente de si se trata de una familia constituida por el vínculo del matrimonio o si se trata de una unión marital de hecho,²² es evidente que los integrantes de las dos instituciones tienen derecho a la misma protección e igualdad de trato,²³ con lo cual deviene en indiferente el origen de la misma para efectos de la ley penal y con ello, para la protección que le otorga el legislador a través de la tipificación como delitos de las conductas lesivas de su armonía y unidad.

21 Corte Constitucional, Sentencia C-059 del 2005, M.P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

22 JINYOLA BLANCO RODRÍGUEZ y RAÚL SANTACRUZ LÓPEZ, Inexistencia de un trato diferenciado entre el matrimonio y la unión marital de hecho, en: *La investigación en asuntos privados y temas especiales del derecho*, Volumen I, pp. 12-23 (YADIRA ALARCÓN PALACIO, Comp., Ediciones Uninorte, Cartagena, 2008).

23 Corte Constitucional, Sentencia C-875 del 2005, M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA. En esta providencia se establece la diferencia entre la *identidad* y la *igualdad de trato*. Se admite que la familia tiene diversos orígenes, pero que sin importar cuál sea, debe tener idéntica protección, sin otorgar privilegio alguno a una de ellas. Como argumentos de esta protección a la familia esgrime los de la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes de la pareja y el de la necesidad de preservar la armonía y la unidad familiar.

El tema del maltrato o abuso sexual entre cónyuges o compañeros permanentes como forma de violencia doméstica comprende, principalmente, dos alternativas de análisis en lo que a su reproche social se refiere:

Desde el punto de vista social o familiar

Se trata de una forma de violencia dentro de la familia que resquebraja su vital armonía conduciéndola a una inevitable y traumática desintegración.

Incluye todas aquellas conductas que vulneran la libertad sexual, como el acoso sexual, la violación o acceso carnal violento y los actos sexuales abusivos, realizados contra el otro cónyuge o compañero permanente, sin llegar a incluir a la persona con la que se convivió o procreó, por no hacer parte de la unidad familiar.

El comportamiento sexualmente abusivo con la pareja puede ser secuela de una infancia en la que se recibió maltrato físico o psicológico por parte de los padres, a partir de la cual desarrolló un efecto desencadenante de violencia en la familia cuya ejecución reiterada puede producir en la cónyuge, víctima consuetudinaria de la misma, muchas consecuencias: estado depresivo, pérdida de la autoestima, ruptura de su vida cotidiana, sentimientos de vergüenza, venganza, ira, relaciones paranoicas caracterizadas por actitudes hipervigilantes, desconfianza e inseguridad y aumento o disminución súbita de peso, entre otras.²⁴ Estas consecuencias, a su vez, constituyen la forma natural de reproche con la que el cónyuge agredido reacciona, consciente o inconscientemente y de manera ambivalente, contra el comportamiento abusivo de su pareja.

La reacción contra esta forma de violencia se produce así dentro de la familia y a partir de ella, en cuanto trascienda el ámbito de su intimidad, por medio del repudio de los allegados, los familiares y de la sociedad en su conjunto, según la mayor o menor gravedad de sus consecuencias y del conocimiento que de las mismas puedan llegar a tener los miembros del conglomerado social.

Desde el punto de vista legal

La respuesta del Estado, en este caso, no puede ser exclusivamente represiva. A través de mecanismos alternativos de justicia, como la conciliación y la mediación, procura la solución amigable del conflicto con miras a mantener la armonía familiar y con ello, a proteger la primera célula de la sociedad y los hijos frutos de tal unión.

24 Cfr., LEONARDO ALBERTO RODRÍGUEZ CELY Y OTROS, *Propuesta de peritaje psicológico en casos de abuso sexual en cónyuges desde la perspectiva comportamental cognitiva*. (Ponencia presentada en el III Congreso Iberoamericano de Psicología. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Psicología. Bogotá, 2002).

En el ámbito punitivo la situación es diferente: la violencia intrafamiliar está tipificada como delito en el artículo 229 del Código Penal, al igual que ocurre con el abuso sexual, que tiene consagración legal, como tal, en los artículos 205 y siguientes de la misma codificación.

Por violencia intrafamiliar puede entenderse todo daño o maltrato físico, psíquico o sexual, trato cruel, intimidatorio o degradante, amenaza, agravio, ofensa o cualquier otra forma de agresión, producida entre miembros de una familia, llámese cónyuge o compañero permanente, padre o madre, aunque no convivan bajo el mismo techo, ascendientes o descendientes de estos incluyendo hijos adoptivos, y en general todas las personas que de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica.²⁵

Recapitulando al respecto, se encuentra que con la Ley 294 de 1996 el legislador procuró darle un tratamiento integral de las diferentes modalidades de violencia en la familia, con el fin de garantizar, fundamentalmente, su armonía. Entre varias medidas, principalmente preventivas, adoptó otras de carácter represivo, como la tipificación de delitos contra la armonía y la unidad familiar, la violencia intrafamiliar, el maltrato constitutivo de lesiones personales, el maltrato mediante restricción a la libertad física y la violencia sexual entre cónyuges.

Después de esto, la Ley 575 del 2000 modificó la Ley 294 de 1996 estableciendo mecanismos alternos y complementarios para la solución de estos conflictos de violencia intrafamiliar, como los ya indicados, con cuya aplicación se ratifica el principio de subsidiariedad penal según el cual el derecho penal debe ser *ultima ratio* o última alternativa o recurso para la protección de la sociedad y de la familia, mediante la utilización previa de mecanismos menos gravosos o contundentes para la solución o tratamiento de tales males.

Finalmente, la Corte Constitucional logró, con el establecimiento de la línea jurisprudencial que aquí se ha analizado, precisar el alcance exacto de la salvaguardia de la familia contra el abuso sexual entre cónyuges o compañeros permanentes al determinar los ámbitos o niveles de protección consagrados en el derecho positivo para cada forma, delimitándolos en cuanto a su contenido y aplicación.

25 Corte Constitucional, Sentencia C-059 del 2005, M.P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

CONCLUSIONES

La Constitución Política colombiana contiene, en su artículo 42, una regla de derecho constitucional referida a la protección integral a la familia, en cuyo desarrollo la Corte Constitucional ha establecido una serie de subreglas, como las aquí identificadas como niveles de protección contra todas las formas de maltrato sexual, que permiten la solución uniforme de casos concretos, referidos a unas mismas situaciones fácticas, como el acceso carnal violento entre cónyuges, los actos sexuales abusivos o realizar actos sexuales en presencia de un menor. Como resultado de la aplicación de estas subreglas metodológicas y agrupadas en líneas jurisprudenciales, es posible encontrar varias sentencias que analizan, en forma detallada y precisa, el asunto de la violencia intrafamiliar. Estas subreglas constituyen imperativos de vinculatoriedad al precedente judicial, que no pueden ser desconocidos por sus destinatarios y que obligan a su aplicación en casos similares.

A partir de la Ley 294 de 1996 y en desarrollo del artículo 42 de la Carta Política, el Estado implementó una normativa especial encaminada a la prevención, tratamiento y sanción de la violencia intrafamiliar. Pero la intención principal del legislador, antes de llegar a la sanción penal, fue la de amparar a la familia estableciendo medidas de protección inmediata y aplicando diversas alternativas de solución de sus conflictos, como la conciliación y la mediación, sin olvidar con esto que el derecho penal es *ultima ratio* y que por este motivo solo puede ser aplicado por defecto, es decir, cuando las demás alternativas procedentes han resultado inútiles o insuficientes para solucionarlo.

Ante el interrogante de si la selección de un comportamiento penalmente relevante entre cónyuges o compañeros permanentes como delito contra la libertad, integridad y formación sexuales, está sistemáticamente ubicado de manera inadecuada en la legislación colombiana, dado que debería proteger de manera preponderante y principal el bien jurídico de la familia, debe responderse aclarando que tratándose de un tipo penal pluriofensivo, es decir, con la potencialidad de afectar simultáneamente varios bienes jurídicos tutelados, debió optarse por ubicarlo en el aparte del Código Penal que sin desconocer el plano de igualdad exigido para la creación de las conductas punibles por el legislador, protegiera el bien jurídico prevalente, el de la libertad sexual. Es cierto que la conducta ofende gravemente el interés jurídico de la familia, pero el legislador no podía, por esto, generar un tipo especial para su penalización ante lo cual la solución adoptada resultó ser la más apropiada: incluir esa circunstancia, correspondiente a una cualificación del sujeto pasivo de la acción, como una causal de agravación para el delito respectivo. Se generó así el numeral 5° del artículo 211 del Código Penal que incrementa considerablemente (de una tercera parte a la mitad) las penas previstas para los delitos sexuales cometidos contra una de tales personas.

La exclusión legal del abuso sexual entre cónyuges o compañeros permanentes como forma de violencia intrafamiliar no constituye, en manera alguna, un desacierto o una omisión legislativa. Por el contrario, se trata del reconocimiento, en toda su dimensión, de la lesividad de una conducta que se sancionaba en forma atenuada a pesar de la concurrencia inevitable y manifiesta de múltiples causales de agravación punitiva, derivadas principalmente del parentesco y del aprovechamiento de las circunstancias de inferioridad o dependencia económica y afectiva de la víctima, con lo cual se ha logrado propiciar la administración de una verdadera justicia material en el ámbito de la institución familiar que tanto lo requiere.

BIBLIOGRAFÍA

BLANCO RODRÍGUEZ, JINYOLA y SANTACRUZ LÓPEZ, RAÚL, Inexistencia de un trato diferenciado entre el matrimonio y la unión marital de hecho, en: *La investigación en asuntos privados y temas especiales del derecho*, Volumen I, (Yadira Alarcón Palacio Ed/Comp, Ediciones Uninorte, Cartagena, 2008.

LÓPEZ MEDINA, DIEGO EDUARDO, *Interpretación constitucional*, Consejo Superior de la Judicatura - Universidad Nacional de Colombia, Unibiblos. Bogotá, 2002.

LÓPEZ MEDINA, DIEGO EDUARDO. *El derecho de los jueces*, Legis, 2ª edición. Bogotá, 2006.

MONROY CABRA, MARCO GERARDO. *Derecho de familia y de menores*, Librería Ediciones del Profesional, 8ª. Ed. Bogotá, D.C., 2003.

RODRÍGUEZ CELY, LEONARDO ALBERTO Y OTROS. *Propuesta de peritaje psicológico en casos de abuso sexual en cónyuges desde la perspectiva comportamental cognitiva*. Ponencia presentada en el III Congreso Iberoamericano de Psicología. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Psicología. Bogotá, 2002.

UPRIMNY YEPES, RODRIGO. RODRÍGUEZ VILLABONA, ANDRÉS ABEL. *Interpretación judicial*, Consejo Superior de la Judicatura - Universidad Nacional de Colombia, Unibiblos, Bogotá, D.C., 2003.

Normas

CÓDIGO CIVIL. 26 de mayo de 1873.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA, 1991.

LEY 1236 DE 2008. *Por medio de la cual se modifican algunos artículos del Código Penal relativos a delitos de abuso sexual*. Diario Oficial nº 47.059 de 23 de julio del 2008.

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*. Diario Oficial nº 42.836 de 22 de julio de 1996.

LEY 599 DE 2000. *Por la cual se expide el Código Penal*. Diario Oficial nº 44.097 de 24 de julio del 2000.

Sentencias

Corte Constitucional

T-523 de 1992, M.P. CIRO ANGARITA BARÓN.

T-382 de 1994, M.P. HERNANDO HERRERA VERGARA.

T-553 de 1994, M.P. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

C-105 de 1994, M.P. JORGE ARANGO MEJÍA.

C-239 de 1994, M.P. JORGE ARANGO MEJÍA.

C-595 de 1996, M.P. JORGE ARANGO MEJÍA.

C-285 de 1997, M.P. CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

C-014 de 1998, M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

- C-477 de 1999*, M.P. CARLOS GAVIRIA DÍAZ.
- C-289 del 2000*, M.P. ANTONIO BARRERA CARBONELL.
- C-533 del 2000*, M.P. VLADIMIRO NARANJO MESA.
- SU-1300 del 2001*, M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA.
- C-039 del 2003*, M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.
- C-674 del 2005*, M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL.
- C-875 del 2005*, M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL.
- C-059 del 2005*, M.P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.
- C-059 del 2005*, M.P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.
- C-875 del 2005*, M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA.
- C-521 del 2007*, M.P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.