

VIOLENCIA FAMILIAR



**PROGRAMA DE FORMACIÓN JUDICIAL ESPECIALIZADA
PARA EL ÁREA DE FAMILIA**

VIOLENCIA FAMILIAR

PLAN NACIONAL DE FORMACIÓN
DE LA RAMA JUDICIAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA

HERNANDO TORRES CORREDOR
Presidente

LUCÍA ARBELÁEZ DE TOBÓN
Vicepresidenta

CARLOS ENRIQUE MARÍN VÉLEZ
FRANCISCO ESCOBAR HENRÍQUEZ
JESAEL ANTONIO GIRALDO CASTAÑO
JOSÉ ALFREDO ESCOBAR ARAÚJO
Magistrados

ESCUELA JUDICIAL
“RODRIGO LARA BONILLA”

GLADYS VIRGINIA GUEVARA PUENTES
Directora



Consejo Superior de la Judicatura
Sala Administrativa

Consejo Superior
de la Judicatura

Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"



UNIVERSIDAD
SERGIO ARBOLEDA

JUAN MANUEL DUMEZ ARIAS

**PROGRAMA DE FORMACIÓN JUDICIAL
ESPECIALIZADA PARA EL ÁREA DE FAMILIA**

VIOLENCIA FAMILIAR

**CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA
ESCUELA JUDICIAL “RODRIGO LARA BONILLA”**

ISBN 978-958-8331-42-3

JUAN MANUEL DUMEZ ARIAS, 2007

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2007

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra

Calle 85 No. 11 - 96 pisos 6 y 7

www.ramajudicial.gov.co

Primera edición: Diciembre de 2007

Con un tiraje de 1000 ejemplares

Asesoría Pedagógica y Metodológica: Carmen Lucía Gordillo Guerrero
y Luz Amparo Serrano Quintero.

Diseño editorial: Grafi-Impacto Ltda.

Impresión: Grafi-Impacto Ltda.

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

PRESENTACIÓN DEL PLAN INTEGRAL DE FORMACIÓN ESPECIALIZADA PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS MÓDULOS DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO EN EL PROGRAMA DE FORMACIÓN JUDICIAL ESPECIALIZADA PARA EL ÁREA DE FAMILIA

El Plan Integral de Formación Especializada para la Implementación de los Módulos de Aprendizaje Autodirigido en el **Programa de Formación Judicial Especializada para el Área de Familia**, construido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, de conformidad con su modelo educativo y su enfoque curricular integrado e integrador de casos reales de la práctica judicial, constituye el resultado del esfuerzo articulado entre Magistradas, Magistrados, Jueces, Juezas, Empleadas y Empleados incorporados al **Área de Familia**, la Red de Formadores y Formadoras Judiciales, el Comité Nacional Coordinador, los Grupos Seccionales de Apoyo y cuya autor **Juan Manuel Dumez Arias, integrante del grupo de trabajo de este programa de la Universidad Sergio Arboleda**, quien con su gran compromiso y voluntad, se propuso responder a las necesidades de formación planteadas para el **Programa de Formación Judicial Especializada para el Área de Familia**.

El módulo **Violencia Familiar** que se presenta a continuación, responde a la modalidad de aprendizaje autodirigido orientado a la aplicación en la práctica judicial, con absoluto respeto por la Independencia del Juez o Jueza.

La construcción del módulo responde a las distintas evaluaciones que se hicieron con Magistrados, Magistradas, Jueces, Juezas, Empleados y Empleadas, con la finalidad de detectar las principales áreas problemáticas de la implementación del Programa, alrededor de las cuales se integraron los objetivos, temas y subtemas de los distintos microcurrículos como apoyo a los funcionarios, funcionarias, empleadas y empleados de la Rama Judicial. Los conversatorios organizados por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” sirvieron para determinar los problemas jurídicos más delicados y ahondar en su tratamiento en los módulos. Posteriormente, el texto entregado por el autor, fue enviado para su revisión por los Magistrados, Magistradas, Jueces y Juezas que participaron en el proceso, quienes leyeron los textos e hicieron observaciones para su mejoramiento. Una vez escuchadas dichas reflexiones, el autor complementó su trabajo para presentar un texto que respondiera a las necesidades de formación jurídica especializada para los Jueces y Juezas Colombianos.

Se mantiene la concepción de la Escuela Judicial en el sentido de que todos los módulos, como expresión de la construcción colectiva, democrática y solidaria de conocimiento en la Rama Judicial, están sujetos a un permanente proceso de retroalimentación y actualización, especialmente ante el control que ejercen las Cortes.

Enfoque pedagógico de la Escuela Judicial

La Escuela Judicial como Centro de Formación Judicial Inicial y Continuada de la Rama Judicial presenta un modelo pedagógico que se caracteriza por ser participativo, integral, sistémico y constructivista; se fundamenta en el respeto a la dignidad del ser humano, a la independencia del Juez y la Jueza, el pluralismo y la multiculturalidad, y se orienta hacia el mejoramiento del servicio.

Es *participativo*, más de mil Magistrados, Magistradas, Jueces, Juezas, Empleadas y Empleados judiciales participan como formadores y formadoras, generando una amplia dinámica de reflexión sobre la calidad y pertinencia de los planes educativos, módulos de aprendizaje autodirigido y los materiales utilizados en los procesos de formación que se promueven. Igualmente, se manifiesta en los procesos de evaluación y seguimiento de las actividades de formación que se adelantan, tanto en los procesos de ingreso, como de cualificación de los servidores y las servidoras públicos.

Es *integral* en la medida en que los temas que se tratan en los módulos resultan recíprocamente articulados y dotados de potencialidad sinérgica y promueven las complementariedades y los refuerzos de todos los participantes y las participantes.

Es *sistémico* porque invita a comprender cualquier proceso desde una visión integradora y holista, que reconoce el ejercicio judicial como un agregado de procesos, que actúa de manera interdependiente, y que, a su vez, resulta afectado por el entorno en que tienen lugar las actuaciones judiciales.

El modelo se *basa en el respeto a la dignidad humana*. El sistema de justicia representa uno de los pilares del sistema social de cualquier comunidad, representa la capacidad que la sociedad tiene para dirimir los conflictos que surgen entre sus integrantes y entre algunos de sus miembros y la sociedad en general. De ahí que el modelo educativo fundamente sus estrategias en el principio del respeto a la dignidad humana y a los derechos individuales y colectivos de las personas.

El modelo *se orienta al mejoramiento del servicio* pues las acciones que se adelanten para el mejoramiento de las condiciones de trabajo y bienestar de las personas que hacen parte de la Rama Judicial, se hacen teniendo en la mira un mejoramiento sostenido del servicio que se le presta a la comunidad.

Lo anterior, en el marco de las políticas de calidad y eficiencia establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura en el Plan Sectorial de Desarrollo, con la convicción de que todo proceso de modernización judicial ya sea originado en la implantación de nuevos esquemas jurídicos o de gestión, o de ambos, implica una transformación cultural y el fortalecimiento de los fundamentos conceptuales, las habilidades y las competencias de los y las administradoras de justicia, fiscales y procuradores, quienes requieren ser apoyados a través de los procesos de formación.

En este sentido, se desarrollan procesos formativos sistemáticos y de largo aliento orientados a la cualificación de los servidores y servidoras del sector, dentro de criterios de profesionalismo y formación integral, que redundan, en últimas, en un mejoramiento de la atención de los ciudadanos y ciudadanas, cuando se ven precisados a acudir a las instancias judiciales para ejercer o demandar sus derechos o para dirimir conflictos de carácter individual o colectivo.

Aprendizaje activo

Este modelo educativo implica un *aprendizaje activo* diseñado y aplicado desde la práctica judicial para mejorar la organización; es decir, a partir de la observación directa del problema, de la propia realidad, de los hechos que impiden el avance de la organización y la distancian de su misión y de sus usuarios y usuarias; que invita a compartir y generalizar las experiencias y aprendizajes obtenidos, sin excepción, por todas las y los administradores de justicia a partir de una dinámica de reflexión, investigación, evaluación, propuesta de acciones de cambio y ejecución oportuna, e integración de sus conocimientos y experiencia para organizar equipos de estudio, compartir con sus colegas, debatir constructivamente los hallazgos y aplicar lo aprendido dentro de su propio contexto.

Crea escenarios propicios para la multiplicación de las dinámicas formativas, para responder a los retos del Estado y en particular de la Rama Judicial, para focalizar los esfuerzos en su actividad central; desarrollar y mantener un ambiente de trabajo dinámico y favorable para la actuación de todos los servidores y servidoras; aprovechar y desarrollar en forma efectiva sus cualidades y capacidades; lograr estándares de rendimiento que permiten calificar la

prestación pronta y oportuna del servicio en ámbitos locales e internacionales complejos y cambiantes; crear relaciones estratégicas comprometidas con los “usuarios” clave del servicio público; usar efectivamente la tecnología; desarrollar buenas comunicaciones, y aprender e interiorizar conceptos organizativos para promover el cambio. Así, los Jueces, Juezas y demás servidores y servidoras no son simples animadores del aprendizaje, sino gestores y gestoras de una realidad que les es propia, y en la cual construyen complejas interacciones con los usuarios y usuarias de esas unidades organizacionales.

Aprendizaje social

En el contexto andragógico de esta formación, se dota de significado el mismo recorrido del aprendizaje centrándose en procesos de *aprendizaje social* como eje de una estrategia orientada hacia la construcción de condiciones que permitan la transformación de las organizaciones. Es este proceso el que lleva al desarrollo de lo que en la reciente literatura sobre el conocimiento y desarrollo se denomina como la promoción de *sociedades del aprendizaje* “learning societies”, *organizaciones que aprenden* “learning organizations”, y *redes de aprendizaje* “learning networks”.¹ Esto conduce a una concepción dinámica de la relación entre lo que se quiere conocer, el sujeto que conoce y el entorno en el cual él actúa. Es así que el conocimiento hace posible que los miembros de una sociedad construyan su futuro, y por lo tanto incidan en el devenir histórico de la misma, independientemente del sector en que se ubiquen.

Los procesos de aprendizaje evolucionan hacia los cuatro niveles definidos en el esquema mencionado: (a) nivel individual, (b) nivel organizacional, (c) nivel sectorial o nivel de las instituciones sociales, y (d) nivel de la sociedad. Los procesos de apropiación de conocimientos y saberes son de complejidad creciente al pasar del uno al otro.

En síntesis, se trata de una formación que a partir del desarrollo de la creatividad y el espíritu innovador de cada uno de los y las participantes, busca convertir esa información y conocimiento personal, en *conocimiento corporativo* útil que incremente la efectividad y la capacidad de desarrollo y cambio de la organizacional en la Rama Judicial, trasciende al nivel sectorial y de las instituciones sociales contribuyendo al proceso de creación de “*lo público*” a través de la apropiación social del mismo, para, finalmente, en un cuarto nivel, propiciar procesos de aprendizaje social que pueden involucrar cambios en los valores y las actitudes que caracterizan la sociedad, o conllevar acciones

¹ *Teaching and Learning: Towards the Learning Society*; Bruselas, Comisión Europea, 1997.

orientadas a desarrollar una capacidad para controlar conflictos y para lograr mayores niveles de convivencia.

Curriculum integrado-integrador

En la búsqueda de nuevas alternativas para el diseño de los currículos se requiere partir de la construcción de *núcleos temáticos y problemáticos*, producto de la investigación y evaluación permanentes. Estos núcleos temáticos y problemáticos no son la unión de asignaturas, sino el resultado de la integración de diferentes disciplinas académicas y no académicas (cotidianidad, escenarios de socialización, hogar) que alrededor de problemas detectados, garantizan y aportan a la solución de los mismos. Antes que contenidos, la estrategia de integración curricular, exige una mirada crítica de la realidad.

La implementación de un currículo integrado-integrador implica que la “enseñanza dialogante” se base en la convicción de que el discurso del formador o formadora, será formativo solamente en el caso de que el o la participante, a medida que reciba los mensajes magistrales, los reconstruya y los integre, a través de una actividad, en sus propias estructuras y necesidades mentales. Es un diálogo profundo que comporta participación e interacción. En este punto, con dos centros de iniciativas donde cada uno (formador, formadora y participante) es el interlocutor del otro, la síntesis pedagógica no puede realizarse más que en la interacción- de sus actividades orientadas hacia una meta común: la adquisición, producción o renovación de conocimientos.

Planes de Estudio

Los planes de estudio se diseñaron de manera coherente con el modelo educativo presentado y en esta labor participó el grupo de pedagogos y pedagogas vinculados al proyecto, expertos y expertas en procesos formativos para adultos, con conocimientos especializados y experiencia. Así mismo, participó la Red de Formadores y Formadoras Judiciales constituida por Magistrados, Magistradas, Jueces, Juezas, Empleados y Empleadas, quienes con profundo compromiso y motivación exclusiva por su vocación de servicio, se prepararon a lo largo de varios meses en la Escuela Judicial tanto en la metodología como en los contenidos del programa con el propósito de acompañar y facilitar el proceso de aprendizaje que ahora se invita a desarrollar a través de las siguientes fases:

Fase I. *Reunión inicial*. Presentación de los objetivos y estructura del programa; afianzamiento de las metodologías del aprendizaje autodirigido; conformación

de los subgrupos de estudio con sus coordinadores y coordinadoras, y distribución de los temas que profundizará cada subgrupo.

Fase II. *Estudio y Análisis Individual*. Interiorización por cada participante de los contenidos del programa mediante el análisis, desarrollo de casos y ejercicios propuestos en el módulo, consulta de jurisprudencia y doctrina adicional a la incluida en los materiales educativos. Así mismo, elaboración y envío de un informe individual con el fin de establecer los intereses de los participantes y las participantes para garantizar que las actividades presenciales respondan a éstos.

Fase III. *Investigación en Subgrupo*. Profundización colectiva del conocimiento sobre los temas y subtemas acordados en la reunión inicial y preparación de una presentación breve y concisa (10 minutos) para la mesa de estudios o conversatorio junto con un resumen ejecutivo y la selección de casos reales para enriquecer las discusiones en el programa.

Fase IV. *Mesa de estudios o Conversatorio*. Construcción de conocimiento a través del intercambio de experiencias y saberes y el desarrollo o fortalecimiento de competencias en argumentación, interpretación, decisión, dirección, etc., alrededor de las presentaciones de los subgrupos, el estudio de nuevos casos de la práctica judicial previamente seleccionados y estructurados por los formadores con el apoyo de los expertos, así como la simulación de audiencias. Identificación de los momentos e instrumentos de aplicación a la práctica judicial y a partir de éstos, generación de compromisos concretos de mejoramiento de la función judicial y de estrategias de seguimiento, monitoreo y apoyo en este proceso.

Fase V. *Pasantías*. Son experiencias concretas de aprendizaje, dirigidas a confrontar los conocimientos adquiridos, con la realidad que se presenta en los despachos y actuaciones judiciales (sean escritas u orales), mediante el contacto directo de los discentes y las discentes (pasantes), con las situaciones vividas en la práctica judicial, en las diferentes áreas (civil, penal, laboral, administrativo, etc.) bajo la orientación y evaluación de los Magistrados y Magistradas Jueces, Juezas, titulares de los respectivos cargos.

Fase VI. *Aplicación a la práctica judicial*. Incorporación de los elementos del programa académico como herramienta o instrumento de apoyo en el desempeño laboral mediante la utilización del conocimiento construido en la gestión judicial. Elaboración y envío del informe individual sobre esta experiencia y reporte de los resultados del seguimiento de esta fase en los subgrupos.

Fase VII. *Experiencias compartidas.* Socialización de las experiencias reales de los y las discentes en el ejercicio de la labor judicial, con miras a confirmar el avance en los conocimientos y habilidades apropiados en el estudio del módulo. Preparación de un resumen ejecutivo con el propósito de contribuir al mejoramiento del curso y selección de casos reales para enriquecer el banco de casos de la Escuela Judicial.

Fase VIII. *Actividades de monitoreo y de refuerzo o complementación.* De acuerdo con el resultado de la fase anterior se programan actividades complementarias de refuerzo o extensión del programa según las necesidades de los grupos en particular.

Fase IX. *Seguimiento y evaluación.* Determinación de la consecución de los objetivos del programa por los y las participantes y el grupo mediante el análisis individual y el intercambio de experiencias en subgrupo.

Los módulos

Los módulos son la columna vertebral en este proceso, en la medida que presentan de manera profunda y concisa los resultados de la investigación académica realizada durante aproximadamente un año, con la participación de Magistrados y Magistradas de las Altas Cortes y de los Tribunales, de los Jueces y Juezas de la República y expertos y expertas juristas, quienes ofrecieron lo mejor de sus conocimientos y experiencia judicial, en un ejercicio pluralista de construcción de conocimiento.

Se trata entonces, de valiosos textos de autoestudio divididos secuencialmente en unidades que desarrollan determinada temática, de dispositivos didácticos flexibles que permite abordar los cursos a partir de una estructura que responde a necesidades de aprendizaje previamente identificadas. Pero más allá, está el propósito final: servir de instrumento para fortalecer la práctica judicial.

Cómo abordarlos

Al iniciar la lectura de cada módulo el o la participante debe tener en cuenta que se trata de un programa integral y un sistema modular coherente, por lo que para optimizar los resultados del proceso de formación autodirigida tendrá en cuenta que se encuentra inmerso en el **Programa de Formación Judicial Especializada para el Área de Familia**. A través de cada contenido, los y las discentes encontrarán referentes o remisiones a los demás módulos del Plan,

que se articulan mediante diversos ejes transversales, tales como Derechos Humanos, Constitución Política de 1991, Bloque de Constitucionalidad, la Ley específica, al igual que la integración de los casos problemáticos comunes que se analizan, desde diferentes perspectivas, posibilitando el enriquecimiento de los escenarios argumentativos y fortaleciendo la independencia judicial.

Por lo anterior, se recomienda tener en cuenta las siguientes sugerencias al abordar el estudio de cada uno de los módulos del plan especializado:

1. Consulte los temas de los otros módulos que le permitan realizar un diálogo de manera sistemática y articulada sobre los contenidos que se presentan.
2. Tenga en cuenta las guías del discente y las guías de estudio individual y de subgrupo para desarrollar cada lectura. Recuerde apoyarse en los talleres para elaborar mapas conceptuales, esquemas de valoración de argumentaciones y el taller individual de lectura del plan educativo.
3. Cada módulo presenta actividades pedagógicas y de autoevaluación que permiten al y la discente reflexionar sobre su cotidianidad profesional, la comprensión de los temas y su aplicación a la práctica. Es importante que en el proceso de lectura aborde y desarrolle con rigor dichas actividades para que críticamente establezca la claridad con la que percibió los temas y su respectiva aplicación a su tarea judicial. Cada módulo se complementa con una bibliografía básica seleccionada, para quienes quieran profundizar en el tema, o acceder a diversas perspectivas.

El Plan integral de Formación Especializada para la Implementación de los módulos de aprendizaje autodirigido en el **Programa de Formación Judicial Especializada para el Área de Familia**, que la Escuela Judicial entrega a la judicatura colombiana, acorde con su modelo educativo, es una oportunidad para que la institucionalidad colombiana, con efectiva protección de los derechos fundamentales y garantías judiciales, cierre el camino de la impunidad para el logro de una sociedad más justa.

Finalmente, agradecemos el envío de todos sus aportes y sugerencias a la sede de la Escuela Judicial en la Calle 85 No. 11 — 96 piso 6 y 7, de Bogotá, o al correo electrónico escujudcendoj@ramajudicial.gov.com, que contribuirán a la construcción colectiva del saber judicial alrededor del **Programa de Formación Judicial Especializada para el Área de Familia**.

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	9
1. MARCO DE PROTECCION CONSTITUCIONAL DE LA FAMILIA	23
1.1. Introducción	24
1.2. Tipos de familia que la constitución protege	24
1.3. Familia matrimonial y de hecho (no matrimonial)	25
1.4. Derechos y deberes constitucionales de la familia	27
1.4.1. Derechos constitucionales de la familia	27
1.4.2. Deberes constitucionales de la familia	28
1.5. Actividades pedagógicas	24
1.6. Autoevaluación	30
1.7. Análisis de jurisprudencia	31
1.7.1. Antes de la ley 294 de 1996	31
1.7.2. Despues de la vigencia de la ley 294 de 1996	34
1.8. Bibliografía seleccionada	35
2. MARCO DE PROTECCION EN EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD	37
2.1. Introducción	38
2.2. El concepto de bloque de constitucionalidad	39
2.3. La protección en el sistema universal	42
2.3.1. la convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer	43
2.3.2. Protocolo facultativo de la convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer.	45
2.3.3. Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer	46
2.4. La protección en el sistema interamericano	46
2.4.1. Convención interamericana sobre concesión de los derechos políticos a la mujer	47
2.4.2. Convención interamericana sobre concesión de los derechos civiles a la mujer	48

2.4.3.	Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, convención de belém do pará.	48
2.5.	Actividades pedagógicas	53
2.6.	Autoevaluación	54
2.7.	Analisis de jurisprudencia	54
2.8.	bibliografía seleccionada	58
3.	MARCO DE PROTECCION LEGAL A LA FAMILIA	61
3.1.	Introducción	62
3.2.	La ley 294 de 1996	63
3.2.1.	Ubicación	63
3.2.2.	Los sujetos protegidos	64
3.2.3.	Objeto e interpretación	64
3.2.4.	Concomitancia de acciones civil y penal	65
3.3.	Aspectos procesales y aplicacion práctica	67
3.3.1.	La acción civil	67
3.3.2.	Proceso o actuación penal	90
3.3.3.	El delito de violencia intrafamiliar	94
3.3.4.	La regulación actual	96
3.4.	Asistencia a las víctimas del maltrato	99
3.5.	La realidad y la violencia intafamiliar	100
3.6.	Actividades pedagógicas	101
3.7.	Autoevaluación	103
3.8.	Analisis de jurisprudencia	109
3.9.	Bibliografía seleccionada	112

CONVENCIONES

Ap	<i>Actividades pedagógicas</i>
Aj	<i>Análisis de Jurisprudencia</i>
Ae	<i>Autoevaluación</i>
Bs	<i>Bibliografía seleccionada</i>
Qe	<i>Objetivos específicos</i>
Qg	<i>Objetivo general</i>

Unidad 1 | MARCO DE PROTECCION CONSTITUCIONAL DE LA FAMILIA

Qg

- *Hacer una presentación de la regulación Constitucional de la familia en la Carta de 1991, contrastándola con la regulación encontrada en la Constitución de 1886.*

Qe

- *Reconocer los preceptos constitucionales que regulan la familia como núcleo esencial de la sociedad.*
- *Relacionar los derechos y deberes que la Carta reconoce a la familia con las diversas formas que según la Constitución puede constituir un núcleo familiar.*
- *Identificar y explicar el papel que la Acción de Tutela ha cumplido y sigue cumpliendo en la protección de la familia contra la violencia intrafamiliar.*

1.1. INTRODUCCIÓN

Para comprender el real alcance de la Ley 294 de 1996 y por medio de la cual se “dictan normas para prevenir, remediar, sancionar la violencia intrafamiliar”, y sus leyes modificatorias,¹ es necesario visualizar el marco constitucional en que ellas se desarrollan.

La Constitución Política de 1886 no aportaba una regulación específica sobre la familia en su normatividad; sólo en dos de sus mandatos hacía alusión al vocablo familia. Así el artículo 23 disponía que nadie podría ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente y con las formalidades legales; y, de otro lado, el artículo 50 permitía el establecimiento del patrimonio de familia inalienable e inembargable en favor de dicho núcleo.

La Constitución Política de 1991 vino a consagrар conceptos, derechos y principios en torno a la familia, previamente elaborados por construcciones jurisprudenciales, doctrinarias e incluso por iniciativas legislativas (aprobación de convenios internacionales de protección de estos derechos), con el mérito de que la carta viene a sentar tales principios y derechos en mandatos constitucionales, que en parte han sido ya desarrollados por el legislador

1.2. TIPOS DE FAMILIA QUE LA CONSTITUCIÓN PROTEGE:

La igualdad familiar resulta siendo un postulado central de la regulación constitucional; el artículo 42 de la nueva Constitución lo consagra al señalar que la familia, núcleo fundamental de la sociedad, se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y de una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla; que ambos tipos de familia, matrimonial y de hecho, recibirán igual protección y respeto del Estado, igualdad que se complementa con lo dispuesto en el artículo 13 de la Carta que al garantizar éste derecho a todos los habitantes del territorio nacional, señala que no podrá haber discriminación en su reconocimiento con base en el origen familiar.

Y aun cuando la igualdad pregonada por la Constitución todavía no se logra², particularmente en el campo del Derecho de Familia, son significativos los pasos dados en la jurisprudencia y en la Ley para lograr dicho propósito.

1. Leyes 575 de 2000 y 1257 de 2008.

2. La desigualdad se puede observar en los efectos que la conformación de un tipo u otro de familia

Por vía jurisprudencial se consagró, en aplicación del derecho de igualdad, la remota³ posibilidad de que los compañeros permanentes se reclamen alimentos, una vez declarada la existencia de la unión marital, ello a partir de la sentencia que declaró la exequibilidad condicionada del Artículo 411 numeral 1 del Código Civil; pero aún se sostiene que la unión no matrimonial no altera el estado civil de sus miembros⁴, ni les confiere vocación herencial, ni les genera efectos personales; recientemente, producto de una nueva regulación legal⁵, se atribuye la presunción de paternidad al compañero permanente, sobre los hijos concebidos por su compañera, en vigencia de la unión marital.

Sin embargo, para efecto de brindar protección a la familia contra todo tipo de violencia en su interior, no habría motivo atendible para dar un trato diferencial o discriminatorio a la familia extramatrimonial, respecto de la matrimonial, pues, como se anotó, la constitución proscribe cualquier trato desigual que se funde en el origen familiar.

1.3. FAMILIA MATRIMONIAL Y DE HECHO (NO MATRIMONIAL)

El artículo 42 de la Carta Política cuyo texto transcribe el artículo 2º de la Ley 294 de 1996, ha sido interpretado por la Corte Constitucional como la fuente de dos formas posibles de configuración de la familia; la que se origina en la relación matrimonial y la que se deriva de la decisión de un hombre y una mujer de conformarla.

genera para los miembros de la pareja y su descendencia. La relación matrimonial en el campo personal conlleva las obligaciones de cohabitación, fidelidad, socorro y ayuda mutua entre los cónyuges; otorga presunción de hijo legítimo del marido al concebido dentro de su vigencia por su mujer, concede a los esposos el estado civil de casados; confiere al cónyuge vocación hereditaria en la sucesión de su consorte en la que será heredero concurrente o heredero tipo, según el orden en que se halla de distribuirse la herencia; les confiere la posibilidad de reclamación de alimentos entre sí y, desde el momento mismo de su celebración, el surgimiento de la sociedad conyugal que guía el régimen económico matrimonial.

3. Por lo general la declaratoria de la Unión Marital de Hecho y de la Sociedad Patrimonial se hace cuando la comunidad de vida se ha roto, y surge la necesidad de reparto económico y por lo tanto cuando ya la pareja deja de ser compañeros permanentes, por ende no podrían reclamarse alimentos.

4. En Sentencia de junio 18 de 2008, la C.S.J. Sala de Casación Civil cambió su doctrina para considerar que la Unión Marital de Hecho constituye un estado civil. M.P. J.A. Arrubla Paucar. Exp.0500131100062004-00205-01

5. Ley 1040 de 2006 D.O. No 46341

La Corte considera que la relación heterosexual matrimonial o extramatrimonial es la que origina la familia negando tal alcance, vale decir, de conformación de familia, a la relación de pareja homosexual.⁶

La familia de hecho o no matrimonial no puede confundirse con la declaratoria de unión marital de hecho, aunque en ella se reconoce una de las formas legítimas de constituirla,⁷ para de allí limitar la protección familiar contra la violencia a su interior, a aquella familia extramatrimonial que obtiene declaración de constituir una unión marital de hecho, o que reúna los requisitos necesarios para su conformación; pues no debe olvidarse que la exigencia del cumplimiento de los requisitos establecidos por la Ley 54 de 1990, para la conformación de la unión marital de hecho, de la cual se derive la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, lo es sólo para dichos efectos, esto es, la presunción de existencia de una sociedad patrimonial.

Pues la unión marital o concubinato siempre ha existido y la protección de este tipo de familia en campos como el laboral data de muchos años atrás⁸, antes de la vigencia de la Ley 54 de 1990, es decir, la expedición de dicha ley, con propósito protecciónista de la familia extramatrimonial (unión marital de hecho) en el campo económico, no puede conducir a que se desconozcan a la familia no matrimonial, distinta a la que conforma una unión marital de hecho, otros derechos, como por ejemplo la protección de la ley contra la violencia intrafamiliar⁹.

6. Al respecto pueden consultarse las sentencia C-098 de 2001, C-1043 de 2006 y C-075 de 2007.

7. La unión marital de hecho, a la que se refieren las normas demandadas, corresponde a una de las formas legítimas de constituir la familia, la que no se crea sólo en virtud del matrimonio. La unión libre de hombre y mujer, "aunque no tengan entre sí vínculos de sangre ni contractuales formales", debe ser objeto de protección del Estado y la sociedad, pues ella da origen a la institución familiar. Los antecedentes del artículo 42 de la C.P., en la Asamblea Nacional Constituyente, ponen de presente que la unión marital de hecho, como unión libre de hombre y mujer, corresponde al caso de la familia que se origina por la "voluntad responsable de conformarla". Cabe resaltar, como se desprende de la ponencia presentada a consideración de la Asamblea Nacional Constituyente, que las normas legales sometidas al control de esta Corte, fueron expresamente consideradas en sus debates y consideradas compatibles con los nuevos principios constitucionales, hasta el punto de que se juzgó necesario no abrogarlas sino "complementarlas". Corte Constitucional Sentencia C-098 de 1996.

8. El art.55 de la ley 90 de 1946 y art.16 del Decreto 3135 de 1968; otorgaban derechos a las compañera permanente de la relación concubinaria en materia de pensiones y afiliación a salud.

9. Así lo ha señalado la Corte Constitucional en Sentencia T-122 de 2000, al concluir que no puede exigirse declaratoria de Existencia de Unión Marital a la compañera permanente del trabajador fallecido que acude en reclamo del reconocimiento de la Sustitución Pensional

1.4. DERECHOS Y DEBERES CONSTITUCIONALES DE LA FAMILIA

1.4.1. DERECHOS CONSTITUCIONALES DE LA FAMILIA

Siguiendo a un autor nacional ¹⁰ se puede afirmar que de la regulación constitucional que nos rige, se deriva:

- 1) Que la familia, que se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla, es núcleo fundamental de la sociedad. (art. 42).
- 2) Que es principio fundamental del Estado amparar a la familia como institución básica de la sociedad (art. 5).
- 3) Que el origen familiar no puede ser factor de discriminación contra persona alguna para negarle la protección de las autoridades o el goce de derechos, libertades u oportunidades. (art. 13).
- 4) Que es deber del Estado proteger, respetar y hacer respetar el derecho a la intimidad familiar (Art. 15.), la honra y la dignidad familiar (art. 1, 21 y 42).
- 5) Que es garantía fundamental de toda persona, no ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado sino en virtud de mandamiento de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido por la ley (art. 28).
- 6) Que nadie puede ser obligado a declarar contra su cónyuge o compañero o compañera permanente, o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil (art. 33).
- 7) Que la familia puede constituir asociaciones familiares para realizar actividades que conduzcan a su desarrollo y fortalecimiento. (art. 38).
- 8) Que el Estado y la sociedad deben garantizar la protección integral de la familia (Art. 42.)

10. García Sarmiento, Eduardo. *La Familia, El Menor y las personas de la tercera edad en la Constitución*. Librería Editorial Foro de la Justicia. Primera Edición, Bogotá, 1992. Pág. 30 y sgts.

9) Que la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos (art.42).

10) Que el Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia. (art.43).

11) Que “las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y el respeto recíproco entre todos sus integrantes” (Art. 42). Derecho a la igualdad y respeto entre sus componentes.

12) Que la familia como núcleo esencial de la sociedad tiene derecho a la armonía, unidad y paz familiar, y por ello “cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad y será sancionada conforme a la ley” (Art. 42).

1.4.2. DEBERES CONSTITUCIONALES DE LA FAMILIA

A la par con esta regulación de derechos, la Constitución también establece los siguientes deberes en cabeza del núcleo familiar:

1) De los miembros de la familia de respetar su igualdad de derechos y deberes (Art. 42 inciso quinto).

2) De guardarse un respeto recíproco (art. 42 inciso quinto)

3) De mantener la honra, dignidad e intimidad familiar (Art. 42 inciso cuarto).

4) De mantener la armonía y unidad familiar y con ello de rechazar toda forma de violencia a su interior (Art. 42 inciso sexto.)

5) De reconocer la igualdad de los hijos (Art. 42 inciso séptimo).

6) La obligación de garantizar el desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de los derechos fundamental de los menores (art. 44).

Derechos y deberes constitucionales que por disposición expresa del artículo 93 de la Carta Política deberán interpretarse de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Algunos de los derechos y obligaciones familiares reseñados ya habían recibido reglamentación legal antes de la entrada en vigencia de la nueva Constitución,

pues, se repite, su no-consagración expresa en el texto constitucional anterior no es sinónimo de su inexistencia, otros han tenido desarrollo legislativo posterior.¹¹

Así mismo, debe señalarse que si bien todos los miembros de la familia pueden ser víctimas de la violencia que la Constitución quiere desterrar, necesariamente ha de tomarse en consideración que es la mujer quien consuetudinariamente ha sufrido en mayor grado un trato desigualitario que también el texto constitucional quiere proscribir¹².

Por lo que, como discriminación positiva a favor de quien por generaciones ha sido víctima de un trato desigual al interior de la familia, la sociedad y el Estado, la Constitución señala que la mujer debe ser protegida en su dignidad y derechos constitucionales y proscribe toda discriminación en su contra, en orden a obtener la realización de la igualdad¹³ de derechos y oportunidades entre hombre y mujer (Art. 43).

1.5. ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Ap

Realice los siguientes ejercicios:

Ejercicio 1

Seleccione una de las sentencias que se relacionan como integrante de las diferentes líneas jurisprudenciales que consagraron o negaron procedencia a la acción de Tutela como mecanismo de protección contra la violencia intrafamiliar y exponga con detenimiento los soportes jurídicos de la doctrina acogida en el fallo seleccionado.

11. A manera de ejemplo podemos citar: La Ley 54 de 1990 que reglamenta la existencia de la unión marital de hecho y la disolución y liquidación de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes; Ley 25 de 1992 sobre efectos jurídicos de los matrimonios religiosos y de los actos de anulación de aquellos; La Ley 82 de 1993 de protección legal y trato preferencial a la mujer cabeza de familia; la Ley 311 de 1996 que crea el registro nacional de protección familiar; la Ley 258 de 1996 de afectación a vivienda familiar. Por no mencionar sino algunas.

12. C.P. artículo 43. “La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación”.

13. A diferencia de la Constitución de 1886 que no traía norma específica que consagrara el derecho a la igualdad y prohibiese la discriminación por razones de sexo, el texto constitucional de 1991 en su artículo 13 la reseña con alcance de corte transversal para la vigencia de todos los derechos.

Ap

Ejercicio 2

Enumere y explique que condiciones deben reunirse para que, siguiendo el lineamiento jurisprudencial correspondiente, sea procedente en éste momento (enero de 2009) acudir a la acción de Tutela para buscar protección contra un acto de violencia intrafamiliar.

1.6. AUTOEVALUACIÓN

Ae

Atendiendo los razonamientos y líneas jurisprudenciales expuestos, frente al caso que se plantea a continuación, resuelva los interrogantes que al final se presentan:

Alega la accionante que el pasado 4 de julio de 2006 se presentó en su casa de habitación el demandado en estado de embriaguez y, sin motivo, la agredió verbal y físicamente. Que dichos actos se presentan constantemente, cada vez que está bajo la influencia de bebidas alcohólicas, que arremete de igual manera con insultos a sus hijos sin tener ningún tipo de consideración y últimamente suele escuchar música a todo volumen sin importar que los hijos están durmiendo y a veces los manda a que le compren el licor.

En la fecha antes señalada el demandado al servirle la comida amenazó con pegarle y se la lanzó a la accionante quebrando los platos. Afirma que de dichos comportamientos también han sido víctimas los vecinos. Solicita entonces el proferimiento de una medida tendiente a sancionar o a remediar el proceder de su compañero.

Si la acción es interpuesta al día siguiente de la ocurrencia del acto de maltrato referido fue una solicitud de medida de protección por violencia intrafamiliar ¿sería la misma procedente? Justifique su respuesta.

Si la acción interpuesta al día siguiente de la ocurrencia del acto de maltrato, fue una acción de Tutela, ¿sería la misma procedente? Justifique su respuesta.

¿Qué derechos y deberes constitucionales de la Familia se lesionan o se incumplen en el caso?

Ae

Responda con citación de la norma constitucional que consagra el derecho y/o deber incumplido

¿En qué eventos resultaría procedente acudir a la acción de Tutela, hoy día estando vigentes la ley 294 de 1996 y 575 de 2000 para proteger a la familia por un acto de violencia intrafamiliar”?

1.7. ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA

Aj

PROTECCION CONSTITUCIONAL Y ACCION DE TUTELA

1.7.1. ANTES DE LA LEY 294 DE 1996

Tan novedosa como la incorporación de los derechos fundamentales en la Constitución de 1991, fue la creación de un mecanismo especial de protección de aquellos ante su violación o amenaza, proveniente del estamento estatal o incluso, en determinadas condiciones, de un particular.

La Acción de Tutela, consagrada en el artículo 86 de la Carta Política, puede ser interpretada como cumplimiento al deber del Estado de establecer un trámite preferente y sumario para la protección de los Derechos Constitucionales Fundamentales que impone, a los Estados Partes de dicho instrumento, la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁴ ; ella resultó siendo el mecanismo más utilizado por los colombianos para buscar de los Jueces Constitucionales la superación de algunos hechos que, atentando contra derechos fundamentales, constituyan a su vez actos de violencia intrafamiliar.

Así, aun cuando no fue constante ni única la línea jurisprudencial en el punto, se pueden diferenciar 3 tendencias en la lectura que la Corte Constitucional hace en torno a la utilización de la acción de Tutela

^{14.} El artículo 25 inciso primero señala: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

Aj

como mecanismo de protección de derechos fundamentales afectados o amenazados por actos de violencia intrafamiliar.

En una primera línea que tendría como sentencia fundadora de línea¹⁵ la sentencia T-529 de septiembre 18 de 1992, La Corte halló procedente la utilización del mecanismo para proteger a una mujer que era víctima de actos de maltrato físico y moral de su marido en su hogar y en espacios públicos, actos que no habían cesado no obstante haber aquella iniciado trámite de protección ante la Comisaría de Familia, un proceso de separación de cuerpos y denuncia penal por lesiones personales en contra de su esposo.

Encontró la Corte vulnerado el derecho a la integridad personal y amenazado el derecho a la vida de la esposa; de quien dijo, al ser víctima del uso reiterado y habitual de la fuerza en su contra por parte de su marido, es puesta en condición de indefensión por aquél y en incapacidad material y física de detener por medios civilizados una agresión de tal índole; y concluyó que ello hacía procedente la tutela contra particulares.

No consideró obstáculo para la procedencia del amparo la existencia de la vía penal, pues aquella y la constitucional buscaban fines diferentes y no incompatibles; que en el caso, la vía judicial ordinaria no alcanzaba a garantizar los derechos constitucionales que se pretenden proteger en la acción de tutela.

La Corte negó la pretensión expresa de desalojo del accionado del hogar que compartía con la demandante y ordenó a las autoridades policivas que prestaran atención especial a la demandante, para impedir que los actos de maltrato se repitieran; al I.C.B.F. que adelantase todas las medidas de protección a los derechos constitucionales a la vida y a la integridad personal de la accionante, enderezadas a garantizar la paz y la convivencia doméstica y la vida y la integridad de los miembros de la familia; y la remisión de copias del trámite constitucional adelantado a los Juzgados de Familia y Penal.

15. Se sigue en ello la obra del profesor Diego López, Derecho de los Jueces y módulo de interpretación constitucional de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.,

Aj

Trascendente resulta ésta decisión en la medida en que advierte que fueron insuficientes los mecanismos, judiciales y administrativos, hasta entonces existentes para brindar la protección a quien era víctima del maltrato familiar, y aunque a la protección contra la violencia intrafamiliar se llega por vulneración o amenaza de derechos fundamentales y no concretamente de la paz y armonía familiar, se advierte que aquella, de contera, pueden resultar protegida por la acción Constitucional.

En la misma línea, una decisión posterior señalará en un caso de padre alcohólico¹⁶, que se presume frente a aquél la indefensión de los hijos habida consideración de su minoridad, y de la esposa por el consuetudinario estado de embriaguez del marido; se concede el amparo y ordena al cónyuge accionado no repetir el acto de maltrato.

Como confirmatorias de ésta línea jurisprudencial pueden citarse la sentencias T- 487 de 1994, T- 116 de 1995, T-552 de 1994 , T-181 de 1995, T-304 de 1995, T-378 de 1995, T-391 de 1995, T-458 de 1995 y T-199 de 1996.

Sin embargo, en Sentencia hito T-339 de 1993, la Corte plantea una variación a su doctrina, al considerar viable el amparo del derecho a la vida e integridad personal de los menores por actos de violencia intrafamiliar, pero sólo como mecanismo transitorio, mientras se adelantan, ante las autoridades administrativas y judiciales, los trámites correspondientes.

Esta variante en la línea jurisprudencial, es decir, procedencia del amparo sólo como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable y mientras otras autoridades inician las acciones respectivas, resultó reiterada con menor frecuencia, entre otras, en las sentencias, T-382 de 1994 y T-369 de 1995.

La línea jurisprudencial contraria a la procedencia del amparo por violencia intrafamiliar, sentencia hito de disenso, niega el amparo por existir otros mecanismos de protección o defensa, así, en la Sentencia 123 de 1994, se estimó que los actos de violencia del padre hacia su hija menor se podían superar con intervención del Defensor de Familia y la entonces vigente, declaratoria de abandono o peligro del menor de edad víctima de la agresión.

16. T- 458 de Octubre 9 de 1995 M.P. Alejandro Martínez.

Aj

Tesis que se mantuvo en el fallo T- 128 de 1994, pues se consideró allí que existía todo un engranaje de instituciones y procedimientos para lograr la protección de los menores víctimas de maltrato, y que ello era del resorte exclusivo del Defensor de Familia e I.C.B.F.; en éste fallo se presenta salvamento de voto que invoca la doctrina de la procedencia de la acción de Tutela como mecanismo transitorio.

Conviene anotar que la jurisprudencia también permite afianzar la idea de que existe un especial derecho a la intimidad familiar, que se refleja en un espacio familiar vedado a todo tipo de injerencia de cualquier autoridad o persona, que se mantiene a menos que ello se preste para la vulneración de los derechos fundamentales de sus miembros.

Es decir, la autoridad no podrá intervenir en la intimidad familiar ni por vía de Tutela, cuando los motivos expuestos por el actor son sólo desavenencias familiares que no alcanzan a constituir actos de violación de derechos fundamentales¹⁷.

1.7.2. DESPUÉS DE LA VIGENCIA DE LA LEY 294 DE 1996

La Expedición de la Ley 294 de 1996 y su entrada en vigencia modificó la línea a jurisprudencial de procedencia de la Tutela para la superación de actos de violencia intrafamiliar.

La sentencia fundadora de la nueva línea T- 372 de agosto 16 de 1996, expone que toda vez que el legislador atendiendo la realidad que vive nuestra sociedad expidió una ley para “prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar” y ella constituye una acción específica y directa encaminada a la protección de las víctimas de maltrato en su hogar, con un trámite sumario, la tutela se torna en estos casos improcedente.

Ello porque, la Ley 294 de 1996 creó una protección más eficaz que la tutela, pues el Juez que recibe la queja por violencia intrafamiliar, puede adoptar una medida provisional inmediata para proteger a la víctima, y sancionar al agresor por el incumplimiento de la obligación impuesta.

Esta línea jurisprudencial resulta reiterada en sentencias confirmatorias de la misma como las T-420 de 1996, T-421 de 1996, T-553 de 1996, T-585 de 1996, T-586 de 1996, T- 460 de 1997 y T-587 de 1997, Sentencia T-267/99, T-282 de 2002; en varias de ellas prosperó la

17. T-060 de 1995, T-012 de 1996, T-041 de 1996.

Aj

acción porque se había interpuesto antes de la entrada en vigencia de la Ley 296 de 1996, es decir, del 16 de julio de 1996.

Pronto se dio una Sentencia hito de disenso, en lo que toca con la improcedencia de la Tutela luego de entrada en vigor la Ley 294 de 1996, en ella la Corte señala que no obstante la nueva reglamentación legal, el amparo puede abrirse paso como mecanismo transitorio, para evitar la configuración de un perjuicio irremediable.

En la Sentencia fundadora, T-182 de marzo 23 de 1999, la Corte encontró procedente el amparo por violencia intrafamiliar de un padre contra su esposa e hijas, que habían formulado las menores, porque a pesar de haberse ya tramitado y decidido una acción de violencia intrafamiliar contra aquél, se había demostrado que los actos de violencia seguían. Se concedió el amparo, como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, con vigencia de 4 meses, y se le ordena al padre abstenerse de continuar con los actos de maltrato contra su esposa e hijas, a las autoridades respectivas que determinen si ha existido incumplimiento a la orden de abstención emitida, en curso de la violencia intrafamiliar ya fallada y que, de ser así, sancionen al infractor.

Doctrina que ha sido reiterada en decisiones de julio 26 de 2001, T-789 de 2001; en la sentencia T-133 de 2004, en ésta última, se concede el amparo por 30 días mientras se inicien las acciones de protección conforme a la Ley 294 de 1996.

1.8. BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA

Bs

Para profundizar en los temas expuestos en la primera unidad se pueden consultar las siguientes obras:

ALEXI Robert. *Teoría del Discurso y Derechos Humanos.* Traducción e introducción de Luis Villar Borda. Universidad Externado de Colombia. Serie teoría jurídica y Filosofía del Derecho. Tercera reimpresión de Primera Edición, 2001. 138 Pág.

CEPEDA Manuel José. *Los Derechos Fundamentales en la Constitución de 1991.* Temis. Bogotá, Primera Edición, 1992, 350 Págs.

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. *Interpretación Constitucional. Modulo de*

BS

formación elaborado por Diego Eduardo López Medina. Unibiblos, Bogotá, 2002, 140 Pág.

GARCIA SARMIENTO, Eduardo. La Familia, El Menor y las personas de la tercera edad en la Constitución. Librería Editorial Foro de la Justicia. Primera Edición, Bogotá, 1992. 152 Págs.

LOPEZ MEDINA Diego Eduardo. El Derecho de los Jueces. Legis, Bogotá, segunda edición, 2006, 366 Págs.

VILLAMIL PORTILLA, Edgardo "Protección Familiar" Visión constitucional. Ediciones Doctrina y Ley Bogotá, 1999, 531 Págs.

Unidad 2 | MARCO DE PROTECCION EN EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

Qg

- *Familiarizar al discente con los estándares internacionales, que en el ámbito universal y regional, consagran normativas protectoras especiales frente a la violencia intrafamiliar y recordar la posibilidad de su aplicación a través de la normativa Bloque de Constitucionalidad.*

Qe

- *Identificar la importancia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos dentro de las políticas estatales de protección a la familia, y establecer su eficacia e impacto en nuestro país.*
- *Identificar como es en el campo del Derecho Internacional de Derechos Humanos (D.I.D.H.) en donde se genera inicialmente la política de protección a la familia contra la violencia desplegada en su interior, y lo determinante que ello resulta el rompimiento del paradigma de intocable, del ámbito de la privacidad familiar.*
- *Establecer la eficacia de los mecanismos del D.I.D.H. para garantizar el derecho que tiene todos los miembros de una sociedad a ser protegidos con la Violencia Intrafamiliar*
- *Conocer los instrumentos del D.I.D.H. que en los planos Universal y Regional abogan por la protección de la familia contra la Violencia Intrafamiliar e imponen al Estado el deber de garantizar y respetar ese derecho.*
- *Establecer la complementariedad de los mecanismos Internacionales de protección de la familia contra la violencia intrafamiliar, y la operancia de dichas regulaciones en el ámbito interno, por vía del Bloque de Constitucionalidad y de la aplicación del principio "pro homine".*

2.1. INTRODUCCIÓN

Dentro del plan integral de formación judicial que implementara el Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, haciendo parte del proyecto de fundamentos de la función judicial, se incluye el módulo de derechos humanos y derecho internacional humanitario, que además de una fase introductoria sobre la fuerza vinculante de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico colombiano, desarrolla en 5 unidades el concepto, historia y fundamentación de los derechos humanos, Derecho internacional, derecho interno y Bloque de constitucionalidad, la dimensión internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y derecho penal internacional y, por último, una propuesta metodológica para la solución de casos sobre derechos humanos.

Así mismo, en el proceso de capacitación judicial para la implementación del sistema acusatorio se diseñó un módulo específico en la temática del Bloque de Constitucionalidad; herramientas que pueden consultarse para profundizar en el objeto de éste capítulo del módulo de violencia intrafamiliar.

A través de los distintos instrumentos internacionales del nominado Derecho Internacional de los Derechos Humanos D.I.D.H. que se enmarca en los sistemas universal y regional, los Estados que a los mismos se adhieren o ratifican, asumen como obligaciones primordiales ante la respectiva comunidad internacional, las de respeto de los derechos contenidos en aquellos instrumentos, vale decir, la obligación de abstenerse de violarlos; y la de su garantía, esto es, la obligación de hacer efectiva la vigencia de los mismos en sus respectivos Países.

Todo bajo el entendido de que aquellas regulaciones incorporan valores inherentes a la persona humana conocidos hoy como derechos humanos, producto de diferentes corrientes del pensamiento filosófico y jurídico que han contribuido en la construcción de su concepto, independientemente de los diferentes fundamentos que a los mismos suelen darse¹⁸ .

Incorporación que se considera una conquista de la humanidad, que, a raíz del holocausto Nazi, comprendió que la sola regulación y protección Estatal podría

18. Siguiendo a ALEXI la fundamentación filosófica de los derechos humanos históricamente ha sido diversa, desde el ámbito moral; religiosamente se explican como obra de Dios; por la Intuición como algo autoevidente; un origen Consensual como la creencia en un auto intuicionismo colectivo; Biológicamente como formas de conducta esperadas; Instrumentalista apoyada en la máxima utilidad individual; y Cultural, como la convicción pública de su existencia.

no ser suficiente garantía de vigencia de los derechos humanos al interior de un País; por esta razón, creó un marco jurídico internacional en el que la comunidad de Estados, ya universal (ONU) o regional (OEA para nosotros), suscribe unos instrumentos que consagran el D.I.D.H. y se torna vigilante de que, frente a las regulaciones convenidas, los Estados cumplan sus obligaciones de Respeto y Garantía de los derechos en aquellas consignados.

La obligación de respeto de los derechos del D.I.D.H. se concibe como un límite al ejercicio del poder del Estado, que no puede violarlos directa o indirectamente; mientras que por la obligación de garantía se entiende el compromiso del Estado de lograr la efectiva vigencia de aquellos derechos en su interior, lo que conlleva la obligación de tomar las medidas de prevención, investigación, sanción y reparación de los actos violatorios de los mismos; así lo ha señalado la Corte Interamericana.¹⁹

2.2. EL CONCEPTO DE BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

El concepto que para efectos de este módulo se asume de Bloque de Constitucionalidad, es el de la construcción jurisprudencial que ha realizado la Corte Constitucional, en la que concluye que la incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en nuestro derecho interno, se da en un plano de prevalencia de aquellos convenios y tratados que consagran Derechos Humanos no susceptibles de suspensión, ni aún en estados de excepción²⁰, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 93.1. de la Constitución de 1991.

Normativa internacional de garantía prevalente de derechos que fue acogida por la Ley Estatutaria de los Estados de excepción, Ley 137 de 1994²¹ que señala,

19. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia de julio 29 de 1998.

20. El numeral 2º del artículo 27 de la Convención Americana, aún en estado de guerra, no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

21. ARTÍCULO 4o. DERECHOS INTANGIBLES. De conformidad con el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y los demás tratados sobre la materia ratificados por Colombia, durante los estados de excepción serán intangibles: el derecho a la vida y a la integridad personal; el derecho a no ser sometido a desaparición forzada, a torturas, ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica;

con idéntico propósito, cuales son los derechos intangibles aún en estado de excepción.

La teoría del Bloque²² resuelve la aparente contradicción existente entre los artículos 4 y 93 de la Carta Política que señalan, en su orden, la primacía en el orden jurídico interno de la Constitución y de los Tratados de Derechos Humanos no susceptibles de suspensión ni aún en estados de excepción; con la idea de que una y otros conforman un Bloque para el control de constitucionalidad de las leyes, de tal forma que las normas jurídicas de rango inferior deben someterse a la constitución y al contenido de aquellos tratados ratificados por la nación²³.

Así mismo, la Corte ha considerado que también hacen parte del bloque de constitucionalidad aquellos convenios y tratados de Derechos Humanos en general que el artículo 93 inciso segundo consagra como marco para la interpretación de los derechos constitucionales, espectro que da mayor amplitud a la incorporación en el régimen interno del D.I.D.H.²⁴

En torno a la fuerza vinculante de los Derechos Humanos y el Bloque de Constitucionalidad, oportuno nos parece retomar apartes de uno de los ensayos que efectúa el profesor Rodrigo Uprimny en el Módulo de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario.

“Los derechos humanos se tornan derechos constitucionales fundamentales al ser institucionalizados por la constitución de un País. Esto supone además que sean dotados de mecanismos especiales de protección.

la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos; la prohibición de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación; la libertad de conciencia; la libertad de religión; el principio de legalidad, de favorabilidad y de irretroactividad de la ley penal; el derecho a elegir y ser elegido; el derecho a contraer matrimonio y a la protección de la familia, los derechos del niño, a la protección por parte de su familia, de la sociedad y del Estado; el derecho a no ser condenado a prisión por deudas civiles; el derecho al habeas corpus y el derecho de los colombianos por nacimiento a no ser extraditados. Tampoco podrán ser suspendidas las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

22. *Un completo estudio sobre el origen, importancia, construcción jurisprudencial, potencialidades y riesgos, evolución del concepto, se encuentra en el Módulo de Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Proceso Penal. Elaborado para la capacitación en el sistema penal acusatorio por el profesor Rodrigo Uprimny para la Escuela Judicial.*

23. *En la Sentencia C-225 de 1995, la Corte explica con detenimiento esta noción. Sobre la ampliación y restricción del Marco del concepto puede consultarse las sentencias C- 578 de 1995, C-135 de 1996, T-477 de 1995, C-358 de 1997, C-582 de 1999, C- 988 de 2004,*

24. *Dr. Rodrigo Uprimny señala que aún cuando esta tesis es vacilante en la Corte Constitucional, pareciera la que más se acompasa con la interpretación del texto constitucional colombiano.*

Antes de la Constitución de 1991, este proceso de constitucionalización de los derechos humanos en Colombia era precario, lo cual explicaba, aunque no justificaba, una actitud judicial consistente en negar valor jurídico a los derechos humanos. Así, antes de la Constitución de 1991, los Jueces colombianos no aplicaban las normas internacionales de derechos humanos, a pesar de que Colombia había ratificado esos tratados. Y muchos discutían acerca de la fuerza jurídica de esos tratados, para lo cual recurriían a las clásicas discusiones entre monismo y dualismo sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. Por ello, quienes defendían la aplicación interna de los tratados, se sentían obligados a adherir a tesis monistas internacionalistas, mientras que quienes apoyaban la supremacía constitucional, tenían dificultades para defender la prevalencia de las normas internacionales de derechos humanos.

“Eso cambió con la constitución de 1991: y es que la constitución de 1991, en armonía con una tendencia importante del constitucionalismo contemporáneo, establece una solución a esa situación, que consiste en conferir un tratamiento jurídico especial al derecho internacional de los derechos humanos, lo cual ha sido sistematizado por la Corte Constitucional con la figura del Bloque de Constitucionalidad, que permitió la incorporación vigorosa del derecho internacional de los derechos humanos en la práctica jurídica.

Ese progreso jurídico en materia de derechos humanos puede entonces ser sintetizado así: antes de la Constitución de 1991, las normas prácticamente no tenían ninguna aplicación judicial en nuestro país. Con contadas notables excepciones, los jueces colombianos no conocían ni aplicaban esas disposiciones. En cambio, al amparo de la Constitución de 1991, la justicia constitucional ha sido vigorosa en la protección de los derechos de las personas y las minorías, así como en su intención por controlar los abusos de las autoridades y los poderosos.

Hoy los derechos humanos, en virtud del Bloque de Constitucionalidad, son entonces derecho positivo vinculante para todas las autoridades y por ello, deben ser tenidos en cuenta por los jueces en sus decisiones judiciales. Y esto es importante no solamente en los casos propiamente constitucionales –como las acciones de tutela o los procesos de control abstracto- sino también en los juicios ordinarios, ya que los jueces tienen el deber de tomar en cuenta la constitución cuando resuelven asuntos penales, civiles o laborales, por cuanto, como lo dice el artículo 4º superior, la constitución es norma de normas y prevalece sobre cualquier otra disposición que le sea contraria. Por ello los jueces deben tener

en cuenta la normatividad internacional de derechos humanos, por cuanto ésta, por mandato de la propia constitución, tiene fuerza jurídica constitucional.”²⁵

2.3. LA PROTECCIÓN EN EL SISTEMA UNIVERSAL

La violencia al interior de la familia debe ser abordada considerando que al interior de aquella, todos sus miembros y en particular aquellos más vulnerables los niños y niñas, los ancianos y ancianas, las personas con limitaciones físicas o sensoriales y en especial las mujeres, pueden ser víctimas de violencia proveniente de otro de sus integrantes; y que, por ello, el ámbito privado reconocido como intimidad familiar debe ceder, cuando se trata de proteger los derechos fundamentales de las personas señaladas.

El principio de igualdad y no discriminación, que orienta toda la normativa del D.I.D.H., responde a la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona humana y promueve para ella, sin distingos de ninguna clase, un trato igualitario al prohibir cualquier tipo discriminación que sólo podrá presentarse como discriminación positiva en aquellos eventos en que la misma tenga una justificación objetiva y razonable.

Son variados los instrumentos de orden universal que consagran la protección de derechos de la familia; en lo que toca con algunos derechos, individualmente considerados, que pudieran resultar afectados por la ocurrencia de actos de violencia intrafamiliar podemos reseñar:

El derecho a la vida que consagra el artículo 3º de la declaración universal de los derechos humanos de 1948²⁶: Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona; el artículo 6º del pacto internacional de derechos civiles y políticos señala:²⁷ El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente y en igual sentido se pronuncia el artículo 3º de la declaración sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer.

25. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. Módulo sobre Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Rodrigo Uprimny Yepes, Margarita Uprimny Yepes y Oscar Parra. Primera Edición, Bogotá, 2006, Págs. 90-91.

26. La Declaración Universal es considerada instrumento de derecho internacional vinculante, por fuente de costumbre u opinio juris.

27. El pacto Internacional de derechos civiles y políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en resolución de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor en 23 de marzo de 1976 y Colombia lo ratificó con la ley 74 de 1968.

El Derecho a la Integridad Personal, consagrado en el artículo 5º de la Declaración Universal de Derechos Humanos: Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; el artículo 7º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos proclama: Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos. Y del artículo 8º del mismo se extracta: Nadie estará sometido a esclavitud.

Y como regulaciones específicas referidas a sujetos objeto de especial protección, en relación con los niños²⁸, podemos mencionar la Convención Internacional de los Derechos del Niño cuyo artículo 19 dispone como obligación del Estado Parte, el tomar todas las medidas de orden legislativo, administrativo, social y educativo con miras a proteger al menor de “toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”.

Mención especial merece los instrumentos internacionales que se han pactado con propósito de protección de la mujer, pues la historia de la humanidad se encarga de resaltar como son las mujeres víctimas de violencia y desprotección, en sociedades que no sólo no reflejan aún un trato igualitario para ellas, en los distintos campos en que aquellas se desenvuelven, sino que se muestran pasivos en el propósito de eliminar los tratos diferenciales para con ellas.

2.3.1. LA CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODA FORMA DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER

Desde la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 la comunidad de Naciones Unidas reafirmó el principio de igualdad y no discriminación, al proclamar en su artículo primero que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...” y en 1969 expidió la Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer en la que señalaba que “Sin perjuicio de la salvaguardia de la unidad y la armonía de la familia, que sigue siendo la unidad básica de toda sociedad, deberán adoptarse todas las medidas apropiadas, especialmente medidas legislativas, para que la mujer, casada o no, tenga iguales derechos que el hombre en el campo del derecho civil y en el particular”; es la expedición de la Convención sobre la eliminación

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

de todas las formas de discriminación contra la mujer ²⁹ el Convenio que con fuerza vinculante empieza a hacer efectiva la consagración de instrumentos de protección en favor de la mujer.

En aquella Convención, luego de exponerse, entre otros aspectos, que no obstante la suscripción de diferentes instrumentos de derecho internacional (declaraciones, resoluciones, convenciones y pactos) para favorecer la igualdad de la mujer, ésta seguía siendo objeto de discriminaciones que violan los principios de igualdad de derechos y respeto de la dignidad humana, la comunidad universal de naciones convino:

Que todos los Estados condenan la discriminación³⁰ contra la mujer en todas sus formas y por ello se comprometen a seguir una política encaminada a eliminar todas las formas de discriminación contra la mujer; a consagrar en sus Constituciones el principio de igualdad³¹ entre hombres y mujeres y a tomar las medidas legislativas para hacerlo efectivo en las esferas de la educación, el trabajo, el acceso a la salud, la vida económica y social, el matrimonio y las relaciones familiares.

En el artículo 5º de este instrumento universal, se expone como obligación de los Estados que lo ratifiquen o adhieran, el tomar las medidas apropiadas para:

“a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.

b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad

29. *La Convención fue adoptada por la Asamblea General en resolución de diciembre 18 de 1979 entró en vigor en septiembre 3 de 1981 y entró en vigor para Colombia el 19 de febrero de 1982, después de ser aprobada por la ley 51 de 1981.*

30. *La discriminación es definida en el instrumento así: toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera. Artículo 1º.*

31. *En Colombia sólo la Constitución de 1991 vino a consagrar en su texto el derecho a la igualdad. El Decreto 2820 de 1974 fue la norma legal que hizo alusión expresa al mismo.*

común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos.”

Y se crea un Comité Para La Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, que se encarga de examinar los informes que los Estados se comprometen a presentar sobre las medidas legislativas, judiciales y administrativas o de otra índole que hayan adoptado para hacer efectivas las disposiciones de la Convención.

2.3.2. PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODA FORMA DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER.

La Asamblea General de las naciones Unidas en Resolución de Octubre 6 de 1999, aprobó éste protocolo³² que busca que los Estados firmantes, que lo suscriban o se adhieran al mismo, reconozcan competencia al Comité para la eliminación de la discriminación contra la Mujer, para recibir y considerar comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas de un Estado que aleguen ser víctimas de una violación por parte de ese Estado de cualquiera de los derechos enunciados en la Convención.

Como es norma general regulatoria de todo estamento encargado de funciones judiciales o quasi-judicial del orden internacional, por los principios de subsidiariedad y complementariedad, el Comité no examinará una comunicación o denuncia sino cuando se pruebe que se han agotado los recursos de la jurisdicción interna del Estado para la superación de la violación alegada; a menos que se considere que esos recursos se prolonguen injustificadamente en el tiempo (plazo razonable) o no sea probable que brinden un resultado efectivo en la protección buscada.

El trámite de la comunicación será confidencial y comporta la intervención del Estado para que se pronuncie sobre la comunicación presentada e informe sobre las actuaciones adelantadas en respuesta de las opiniones y/o recomendaciones del Comité.

32. *El protocolo entró en vigencia el 22 de diciembre del año 2000, Colombia se adhirió el 10 de diciembre de 1999 y fue ratificado a través de la ley 984 de 2005.*

2.3.3. DECLARACIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE LA VIOLENCIA³³ CONTRA LA MUJER

Esta declaración fue adoptada por la Asamblea General en resolución de 20 de diciembre de 1993 y entre sus motivaciones se expresaba que era un reforzamiento y complemento a la eliminación de la violencia contra la mujer, propósito perseguido por la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra ella.

Así mismo, reconocían los Estados que “la violencia contra la mujer constituye una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer, que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre e impedido el adelanto pleno de la mujer, y que la violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto del hombre”

Se impone a los Estados el deber de condenar todo tipo de violencia contra la mujer y se prohíbe invocar costumbre, tradición o consideración religiosa alguna para eludir su obligación de procurar tal eliminación; al igual se obliga al Estado a implementar una política interior que, en dicho propósito, busque prevenir, investigar y castigar todo acto de violencia contra la mujer; ya se trate de actos perpetrados por particulares o el propio Estado.

Además del Comité creado por el protocolo facultativo, existen en el nivel universal dos órganos de protección y procedimiento específico que se derivan de la Carta de las Naciones Unidas, para la protección de la mujer: La Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer y la Relatoría Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias.

2.4. LA PROTECCIÓN EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

La Organización de Estados Americanos, es el organismo que en nuestra región adelanta políticas de incorporación y respeto en nuestros Países del D.I.D.H.; a similitud de lo señalado en el orden universal, en este nivel, como derechos

33. Para efectos de la declaración se considera la violencia contra la mujer como “todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o sicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada” artículo 3º de la Declaración.

y convenios que resultarían afectados por los actos de violencia intrafamiliar, podríamos señalar los siguientes:

En primer término el Derecho a la vida protegido en el artículo 1º de la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre³⁴: “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”; en el artículo 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos³⁵: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

El derecho a la Integridad Personal resulta protegido por los incisos 1o y 2o del artículo 5o de la Convención americana: “1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

Referidos a la protección específica de los derechos de la Mujer en la OEA se han suscrito los siguientes instrumentos:

2.4.1. CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE CONCESIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICOS A LA MUJER³⁶

Fue adoptada el 2 de mayo de 1948 y en su corto texto se resalta que ha sido una aspiración de la comunidad americana equiparar a hombres y mujeres en el goce y ejercicio de los derechos civiles; que la igualdad de derechos humanos entre hombres y mujeres está contenida en la Carta de las Naciones Unidas y tras considerar que la mujer tiene derecho a la igualdad con el hombre en el orden civil, afirma: “Artículo 1.- Los Estados Americanos convienen en otorgar a la mujer los mismos derechos civiles de que goza el hombre.”

34. La declaración Americana es considerada derecho vinculante derivado de la costumbre, pues los Estados le reconocen obligatoriedad al cumplimiento de sus postulados.

35. La Convención fue aprobada en el seno de la Organización de Estados Americanos, en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 entró en vigor en julio 18 de 1978 y fue aprobada en Colombia mediante la Ley 16 de 1972.

36. Ratificada en Colombia el 3 de junio de 1959.

2.4.2. CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE CONCESIÓN DE LOS DERECHOS CIVILES A LA MUJER³⁷

Adoptada en el seno de la Organización de Estados Americanos el 2 de mayo de 1948, bajo las consideraciones de que ha sido aspiración de la comunidad americana equilibrar a hombres y mujeres en el goce y ejercicio de los derechos políticos; que el principio de igualdad de derechos humanos entre hombres y mujeres está contenido en la Carta de las Naciones Unidas. Los Estados americanos acuerdan: “artículo 1.- las altas partes contratantes, convienen en que el derecho al voto y a ser elegido para un cargo nacional no deberá negarse o restringirse por razones de sexo”.

2.4.3. CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER, CONVENCIÓN DE BELÉM DO PARÁ.

1) Origen

Este Convenio fue adoptado en Belén do Para, Brasil, en junio 9 de 1994, entró en vigor en marzo 5 de 1995 y en Colombia el día 15 de diciembre de 1996, en virtud de la Ley 248 de 1995.

2) Sustento

Como una de las motivaciones de su expedición se señala la existencia de una preocupación de la comunidad de naciones que considera que la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, que trasciende a la sociedad, independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultural, educacional, edad o religión.

Que la suscripción de la convención para prevenir, sancionar y erradicar toda forma de violencia contra la mujer, contribuye a la protección de los derechos de la mujer y a la eliminación de las situaciones de violencia que puedan afectarlas.

3) El concepto de violencia contra la mujer

37. Fue ratificada por Colombia el 17 de marzo de 1949.

Para sus efectos, define la violencia contra la mujer como cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.

Y se ordena considerar que la violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual o sicológica: "a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual..".

4) Los Derechos que se buscan proteger

Para la Convención, son derechos que se deben proteger a la mujer, el tener una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el ámbito privado; el reconocimiento de todos los Derechos Humanos contenidos en los distintos instrumentos de derecho internacional de los derechos Humanos, entre ellos el respeto de su vida; a su integridad física y moral; a su libertad y seguridad personal; el no ser sometida a torturas; el respeto de su dignidad como persona y la protección de su familia; la igualdad de la Ley y ante la Ley; la libertad de asociación y de religión, la de acceso a los cargos públicos y participación política; e igualmente, el acceso a un recurso sencillo que la ampare contra los actos que violen sus derechos³⁸.

Y expresamente dispone la normativa internacional que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros: "el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y b. el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación" ³⁹

5) Deberes de los Estados frente a la violencia contra la mujer

Los Estados parte de la convención asumen como deberes:

Artículo 7º Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones,

38. Los Derechos Humanos que se denominan fundamentales tiene como característica especial que se hallan protegidos con un recurso especial, designado para ellos, como lo señala entre otras normas el artículo 25 de la Convención Interamericana.

39. Convención de Belén do Pará artículo 6.

políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:

- a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación;
- b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;
- c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso;
- d. adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad;
- e. tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer;
- f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos;
- g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y
- h. adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención.

Y frente a tales deberes los Estados se comprometen en adoptar, de forma progresiva medidas que, entre otros propósitos, contribuyan a lograr:

“b. modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios

y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitimizan o exacerbar la violencia contra la mujer;

c. fomentar la educación y capacitación del personal en la administración de justicia, policial y demás funcionarios encargados de la aplicación de la ley, así como del personal a cuyo cargo esté la aplicación de las políticas de prevención, sanción y eliminación de la violencia contra la mujer;

d. suministrar los servicios especializados apropiados para la atención necesaria a la mujer objeto de violencia, por medio de entidades de los sectores público y privado, inclusive refugios, servicios de orientación para toda la familia, cuando sea del caso, y cuidado y custodia de los menores afectados”⁴⁰

Este instrumento, al igual que la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, a través del relacionado protocolo facultativo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos; consagra unos mecanismos interamericanos de protección de los derechos en ella contenidos.

Es decir, instrumentos que permiten hacer efectivos los derechos allí reconocidos, que pasan por la exigencia a los Estados que la suscribieron de rendir en su informe nacional a la Comisión Interamericana de Mujeres, sobre las medidas tomadas para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer, las dificultades en su implementación y los motivos que contribuyan a la violencia contra la mujer.

La facultad conferida a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y los Estados Partes de elevar consultas a la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la interpretación de la Convención.

También se da la posibilidad de que cualquier persona o grupo de personas o entidad no gubernamental legalmente reconocida pueda presentar denuncias o quejas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por violación del trascrito artículo 7º de la Convención por un Estado Parte, de acuerdo con la reglamentación que para dicho propósito trae la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos y el reglamento de la comisión.

40. *Ídem, artículo 8.*

Por cuanto, los Estados partes de la Convención pueden ser Juzgados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, previa acusación elevada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por la violación de los derechos reconocidos en el artículo 7º de la Convención.⁴¹

Resulta importante resaltar que, al igual que frente a los demás organismos internacionales judiciales y cuasi-judiciales, el acudir ante la Comisión Interamericana y, con ello, la posibilidad de que por una violación a la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer sea juzgado un Estado parte, requerirá por la aplicación de los principios de subsidiariedad y complementariedad que identifica los sistemas de justicia internacional, que se hayan agotado los recursos internos.

Por esta razón, los funcionarios encargados de definir estos asuntos, que también representan al Estado, están obligados a aplicar los estándares internacionales de derechos humanos, guiados por el principio “*pro homine*”, que impone ante diversas reglamentaciones aplicables sobre un mismo derecho, regulación interna e internacional, la escogencia de aquella que ofrezca mayor garantía o protección al ser humano, sea hombre o mujer.

Esto es, que el operador judicial colombiano ha quien antes de la Constitución de 1991 le bastaba para tomar sus decisiones el consultar la ley aplicable al caso; y luego de proferido el nuevo texto constitucional, por el carácter normativo que al mismo se le reconoce, se ve obligado a consultar primordialmente la Carta Política; hoy día le resulta imperioso el consultar también aquellos instrumentos del D.I.D.H. que, ratificados por el País, hacen parte de un único marco normativo o Bloque de Constitucionalidad, como atrás se explicara, para escoger la normativa más protectora y dar aplicación al principio *pro homine*.

Por último, el convenio consagra cláusulas según las cuales los derechos de la mujer no son solo aquellos que allí se relacionan, sino cualquier otro consagrado en otro instrumento de protección de derechos humanos; y que la garantía de protección que la convención otorga a la mujer no puede ser interpretada como restrictiva o limitativa del acceso a otros instrumentos de protección, ya internacional o al interior del Estado Parte, que le beneficien en mayor medida.

41. Art. 10 a 12 de la Convención. Para profundizar en torno al procedimiento que regula la actuación ante los organismos judiciales (Corte Interamericana) y Cuasi-judiciales (Comisión Interamericana), puede acudirse al Módulo de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humano-tario, de la Escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla, Unidad tercera. atrás citado.

2.5. ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Ap

Desarrolle los siguientes ejercicios

Ejercicio 1

Revise la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer y su protocolo facultativo y de otro lado examine la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer y señale las principales características de cada reglamentación, identificando las semejanzas y diferencias.

Concluido lo anterior responda al siguiente interrogante: ¿Cuál instrumento internacional resulta más protecciónista y porque?

Ejercicio 2

Realice una comparación entre la regulación interna, Ley 294 de 1996 y sus modificaciones, con los textos de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer y su protocolo facultativo y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, señalando semejanzas y diferencias.

Concluido lo anterior responda al siguiente interrogante: ¿En que aspectos resulta la legislación internacional más garantista que la nacional o interna y porqué?.

Ejercicio 3

Desde su experiencia práctica elabore una reflexión que responda a la pregunta: ¿Con los mecanismos de protección existentes en nuestra legislación interna, está Colombia cumpliendo los compromisos internacionales, adquiridos al ratificar los Instrumentos de derechos humanos, de brindar protección a la familia contra los actos atentatorios de la paz familiar?

2.6. AUTOEVALUACION

Ae

Realice un ensayo sobre la importancia que tiene el Bloque de Constitucionalidad en la protección de la familia contra la violencia intrafamiliar y exponga la relevancia que tiene el conocimiento y la aplicación de la normativa internacional en la labor del Juez o autoridad administrativa encargada de resolver la solicitud de medida de protección por violencia intrafamiliar.

En el mismo responda a los siguientes interrogantes:

1) ¿Por qué el concepto de “Bloque de Constitucionalidad” es importante en la aplicación de la normativa que regula la protección de los derechos humanos?

¿Qué normas conformarían Bloque de Constitucionalidad en relación con la protección de la familia contra la violencia intrafamiliar? Explique su respuesta.

Haga memoria y relacione un patrón de crianza que usted conozca que pueda considerarse violatorio del derecho a la igualdad de la mujer, o que pudiera generar violencia contra aquella

¿Qué componentes integran la definición de “violencia contra la mujer” expresada por la Convención de Belem Do Para?

¿Cuándo puede llevarse una denuncia contra el Estado por violencia intrafamiliar? Elabore un caso hipotético en que pudiera ocurrir tal situación.

2.7. ANALISIS DE JURISPRUDENCIA

Aj

LA REVISIÓN DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE ALGUNOS DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN.

2.7.1. DEL SISTEMA UNIVERSAL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS.

Aj

La Ley 984 de 2005 aprobó el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer y la Corte Constitucional, en ejercicio de la facultad conferida en el numeral 10 del artículo 241 de la C.P., asumió el control oficioso de la constitucionalidad del protocolo de la convención de la que recordó: “El propósito central de la “Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer” (CEDAW) es erradicar la discriminación contra la mujer, para lo cual los Estados partes: (i) se comprometen a adoptar una política encaminada a eliminarla, que incluya medidas legislativas, educativas y políticas transitorias de diferenciación positiva; (ii) se comprometen a presentar, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, un informe sobre las medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole que hayan adoptado para hacer efectivas las disposiciones de la Convención y sobre los progresos realizados en materia de eliminación de la discriminación contra la mujer; (iii) conforman un Comité cuya única finalidad es “examinar los progresos realizados en la aplicación de la presente Convención”, para lo cual deberá examinar los informes de los Estado parte sobre las medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole a que se hizo mención anteriormente, competencia que le permite “hacer sugerencias y recomendaciones de carácter general basadas en el examen de los informes y de los datos transmitidos por los Estados Partes”.

En la Sentencia C-322 de abril 25 de 2006 lo encontró ajustado a la normativa constitucional; tanto en los mecanismos creados para la eficacia de los derechos reconocidos en la Convención, cuando la violación de derechos proviene del mismo Estado, como en el trámite por el que aquellos se surten, que entendió le aseguran al Estado el respeto al debido proceso y el ejercicio de su derecho de contradicción.

Y resaltó del instrumento en mención que : “La importancia de las nuevas facultades y mecanismos previstos en el Protocolo radica en que permite hacer eficaces los derechos reconocidos en la Convención, mediante instrumentos jurídicos especialmente diseñados para examinar discriminaciones en contra de la mujer, en aquellos casos en los que la violación de derechos proviene del mismo Estado. De otro lado, la forma en que se regula el procedimiento en que serán conocidas y evaluadas las comunicaciones sobre violación de derechos, que implican la necesidad de oír al Estado concernido, asegura el respeto al debido proceso, permitiendo ejercer la garantía de contradicción. En efecto,

Aj

tanto en el caso de las comunicaciones por violaciones concretas de los derechos amparados por la Convención, como en el de informaciones sobre violaciones graves y sistemáticas de los mismos, las facultades del Comité exigen que el Estado involucrado sea vinculado al trámite que la Comisión debe darle a tal tipo de comunicaciones o informaciones, de manera que pueda rebatir las acusaciones, aportar pruebas en contra de las imputaciones, y formular las observaciones que considere necesarias. En todo caso se debe respetar el debido proceso al Estado colombiano y otorgar las garantías de publicidad y contradicción. Por todo lo anterior la Corte estima que el Protocolo bajo examen está abierto a la ratificación por parte de los Estados que hayan ratificado la Convención o se hayan adherido a ella, como es el caso de Colombia. Dicho Protocolo no contradice la Constitución, sino que, antes bien, contribuye a su adecuado desarrollo y proyección sobre la realidad social.

2.7.2 DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS.

La Sentencia C-408 de septiembre 4 de 1996, contiene el estudio de control previo de constitucionalidad que la Corte Constitucional efectuó a la Ley aprobatoria de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer.

La Corte en su estudio (de forma y fondo) de la ley aprobatoria del mencionado instrumento, analiza su contenido y lo encuentra no sólo ajustado a la misma, sino desarrollo y expresión de los propios postulados constitucionales, al señalar que los derechos que el convenio protege tienen expresa consagración en nuestro texto constitucional.

Para la Corte el convenio es el primer instrumento internacional que busca erradicar la violencia contra la mujer, no sólo en el ámbito público, sino en la esfera privada y doméstica. Resalta la enorme problemática de violencia que afecta la mujer en Colombia, que se constituye en un obstáculo para el disfrute de los derechos fundamentales; así como la necesidad de que la misma sea corregida por las autoridades.

Y, refiriéndose a las obligaciones de respeto y garantía que el Estado adquiere al adherirse al mismo, que dice concuerdan con las que la Constitución impone a sus autoridades y las impuestas en otros convenios suscritos por el Estado; que a más del deber de informar a la Comisión Interamericana de Mujeres las medidas adoptadas para

Aj

prevenir y erradicar la violencia contra la mujer y las dificultades que observe en la aplicación de las mismas, la Corte puede emitir opiniones consultivas sobre su interpretación; finalmente advierte que el Estado puede ser llamado a responder por la violación de sus obligaciones de respeto y garantía, ante los mecanismos de protección interamericana, sobre queja elevada ante la comisión y juzgamiento ante la Corte Interamericana, aspecto del cual se resalta:

*“Los mecanismos internacionales de protección, como los consagrados por la presente Convención, tienen su antecedente en la Convención Europea de Derechos Humanos o Convención de Roma del 4 de noviembre de 1950, redactada por la mayor parte de los países europeos con el recuerdo aún fresco del drama del fascismo y de la Segunda Guerra Mundial, que llevó a sacar del ámbito exclusivamente nacional la garantía de los derechos humanos. La filosofía de los sistemas internacionales de protección es entonces, en cierta medida, que los derechos humanos son demasiado importantes para dejar su protección exclusivamente en manos de los Estados, pues la experiencia histórica de los regímenes totalitarios había mostrado que el Estado puede llegar a convertirse en el mayor violador de tales valores, por lo cual son necesarias las garantías internacionales en este campo. Se concede entonces la posibilidad a los individuos de acudir a un órgano internacional -la Comisión Europea- para denunciar violaciones a derechos humanos por parte de su propio Estado, confiriéndose así por primera vez personalidad jurídica internacional al individuo”*⁴²

Y termina señalando a modo de Conclusión:

“24- La Corte no encuentra ninguna objeción a la existencia de esos mecanismos internacionales de protección de los derechos de la persona, pues son idénticos los valores de dignidad humana, libertad e igualdad protegidos por los instrumentos internacionales y por la Constitución. Además, la propia Carta señala no sólo la prevalencia en el orden interno de los tratados de derechos que han establecido tales mecanismos (CP art. 93) sino que, además, precisa que Colombia orienta sus relaciones internacionales con base en los derechos humanos, pues tales principios han sido reconocidos en numerosas ocasiones por nuestro país, que ha ratificado innumerables instrumentos internacionales en esta materia

42. Corte Constitucional Sentencia C- 408 de septiembre 4 de 1996. M P Alejandro Martínez Caballero.

Aj

(CP art. 9). Por consiguiente, la Corte considera que los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos en manera alguna desconocen la Constitución o vulneran la soberanía colombiana; por el contrario, son una proyección en el campo internacional de los mismos principios y valores defendidos por la Constitución”

En ese orden de ideas, la Corte considera que se ajustan plenamente a la Carta los mecanismos establecidos por los artículos 10 a 12 del presente tratado. Así, es perfectamente natural que Colombia se comprometa a informar sobre las medidas adoptadas para erradicar, prevenir y sancionar la violencia (art. 10). Igualmente, en nada vulnera la soberanía que nuestro país admita que se requiera a la Corte Interamericana para que emita opiniones consultivas relacionadas con los alcances de la Convención (art. 11), pues si ese tribunal es el máximo intérprete judicial de los alcances de los tratados de derechos humanos adoptados en el marco de la Organización de Estados Americanos, es lógico que nuestro país acoja sus criterios jurisprudenciales, tanto en los casos contenciosos como consultivos, pues la propia Constitución señala que los derechos y deberes deben ser interpretados de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia (CP art. 93). En ese orden de ideas, si Colombia ya ha ratificado la Convención Interamericana y ha aceptado como obligatoria de pleno derecho la competencia de la Corte Interamericana sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de los tratados de derechos humanos (art. 62), es razonable que Colombia acepte que ese tribunal sea también el máximo intérprete internacional del presente tratado. Finalmente, y por las mismas razones, se ajusta también a la Constitución el mecanismo de quejas individuales previsto por el artículo 12, el cual se basa precisamente en la Convención Interamericana y en el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, normas sobre la materia que ya han sido aceptadas y ratificadas por nuestro país.”

2.8. BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA

Bs

Para profundizar en los temas expuestos en la segunda Unidad se pueden consultar las siguientes obras

COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. Protección de los Derechos Humanos de las Mujeres. Comisión Andina de Juristas, Lima, Perú, primera edición 2000, 268 Págs.

CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. Ley 51 de 1981.

CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER, suscrita en la ciudad de Belén Do Para, Brasil, el 9 de junio de 1994, aprobada por la Ley 248 del 29 de 1995.

DECLARACIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER adoptada por la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2000/4

FACIO Alda. Declaración Universal de Derechos Humanos, Texto y comentarios inusuales. / Alda Facio. San José de Costa Rica. ILANUD. Programa Mujer, Justicia y Género, 2001, 500 Págs.

MATUS, Julia Verónica. La igualdad de las mujeres. Un largo camino desde el principio de la igualdad de los derechos humanos, En Defensoría del Pueblo. Seminario Internacional Avances en la construcción jurídica de la igualdad para las mujeres colombianas, Serie Femenina N° 4, noviembre de 1995.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano. Servigrafit Ltda. Bogotá, 2004, 1064 Págs.

Unidad 3 | MARCO DE PROTECCION LEGAL A LA FAMILIA

Qg

- *Analizar los diferentes mecanismos que para la prevención, remedio y sanción de la violencia intrafamiliar introdujo la ley 294 de 1996 en nuestra legislación interna y su operatividad.*
- *Generar en el operador judicial y administrativo, un adecuado manejo de la normativa legal que regula la violencia intrafamiliar.*

Qe

- *Identificar quienes pueden ser sujetos de protección de esta particular normativa y diferenciar a través de qué mecanismos pueden solicitar su protección.*
- *Diferenciar la acción civil y la penal que pueden generarse a consecuencia de la ocurrencia de un acto constitutivo de Violencia Intrafamiliar e independientemente de éstas, la posibilidad de que se adelante una audiencia de conciliación ante Jueces de Paz y conciliadores en equidad.*
- *Discriminar las distintas medidas de protección que puede imponer el fallador en el curso de la acción de protección civil, la importancia de aquellas y las consecuencias de su incumplimiento.*
- *Determinar los diferentes actos que pueden generar la acción civil de protección por violencia intrafamiliar, amenaza, maltrato y reiteración.*
- *Identificar los tipos penales que se derivan de la comisión de actos de violencia intrafamiliar y las autoridades competentes para realizar la investigación delictual.*
- *Manejar las diversas etapas en que debe desarrollarse el proceso civil de protección, desde la toma de la medida cautelar, hasta el incidente de desacato por incumplimiento a la orden dada.*



- *Categorizar, de acuerdo con su función, la intervención de las diversas entidades judiciales y/o administrativas en el tratamiento de la violencia intrafamiliar.*
- *Reconocer el desarrollo que, tanto en el campo penal como en el civil, ha tenido en Colombia la implementación de mecanismos legales especiales de protección por violencia intrafamiliar*

3.1. INTRODUCCIÓN

En el campo de la normatividad interna, la protección de la familia frente a la violencia que se presenta a su interior recibe su primera regulación específica con la expedición de la Ley 294 de 1996.

Antes de la Constitución de 1991 la protección se limitaba a las actuaciones de los alcaldes municipales y de las autoridades policivas: inspectores, comandantes y comisarios que podían, en aplicación del derecho de policía relativo a las contravenciones especiales, imponer multas convertibles en arresto o represión en audiencia pública a quienes protagonizaren riñas o perturbaran la tranquilidad de vecindario, ello en aplicación del Código Nacional de Policía y la legislación complementaria.⁴³

O la invocación de maltrato de uno de los miembros de la pareja matrimonial al otro o a sus hijos, como causal de divorcio, separación de cuerpos o de bienes, privación o suspensión de la patria potestad o de declaratoria de menor en situación irregular⁴⁴; de otro lado, la normatividad penal ordinaria, salvo determinadas conductas como el abandono y maltrato de menores sancionadas como delito y contravención, carecía de tipos penales específicos para la sanción de la violencia intrafamiliar y sólo consagraba el parentesco entre víctima e infractor como circunstancia genérica de agravación punitiva.

Puede afirmarse entonces que la violencia al interior de la familia se reprimía a través de la tipificación de los delitos comunes, vale decir, homicidio, lesiones personales, tortura y en ello incidía la existencia de un especial celo o protección de la intimidad familiar, en la que “nadie penetraba”.

43. Véase artículos 1 a 3 del Decreto 66 de 1974 y 202 del Decreto 1355 de 1970 Código Nacional de Policía.

44. Artículo 154 y 315 del Código Civil y 31 numeral 4º del Decreto 2737 de 1989

Mención especial merece el, hoy parcialmente derogado, Código del Menor Decreto 2737 de 1989 que preveía en su artículo 299 inciso 5º como función de la Comisaría de Familia el “Recibir a prevención las quejas o informes sobre todos aquellos aspectos relacionados con conflictos familiares, atender las demandas relativas a la protección del menor, especialmente en los casos de maltrato y explotación, y atender los casos de violencia intrafamiliar, tomando las medidas de urgencia que sean necesarias, mientras se remiten a la autoridad competente.”

Esta regulación, sin embargo, cambiaba poco el panorama advertido por sus múltiples vacíos, no especificaba cuales eran “las medidas” que de forma urgente podía tomar la Comisaría y la autoridad a quien debía remitirse la actuación no era otra que el Juez Penal competente para conocer del tipo penal común infringido como consecuencia de la violencia intrafamiliar.

3.2. LA LEY 294 DE 1996

3.2.1. UBICACIÓN

La expedición de la Ley 294 de 1996 se considera un desarrollo del mandato constitucional contenido en el artículo 42 inciso 3º de la Carta Política, derecho-obligación de los miembros de un núcleo familiar, según el cual “cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley” y cumplimiento de los compromisos internacionales que el Estado había adquirido al suscribir o adherirse a instrumentos internacionales de protección de Derechos Humanos, según se anotó en la unidad anterior.

La Ley busca lograr la protección de la familia, asegurar su armonía y unidad; sin importar su origen extramatrimonial o matrimonial, dando un tratamiento integral a las diferentes modalidades de violencia, señalando mecanismos para lograr la prevención del maltrato a su interior, alcanzar su remedio y sancionar su comisión.

Incluye entonces medidas dirigidas a evitar la consumación del acto de maltrato, remediar su ocurrencia y evitar su repetición; medidas de protección que van desde el desalojo de la casa al sujeto infractor, someterlo a tratamiento terapéutico o reformativo que requiera, protección a la víctima por las autoridades de policía para evitar la repetición de los actos de maltrato, su conducción a centros asistenciales y asesoramiento para la preservación de pruebas de los actos de maltrato.

El diseño de políticas, planes y programas para erradicar la violencia intrafamiliar se señala a cargo del ICBF y se posibilita la creación de consejos de protección familiar, departamentales y municipales.

Y crea tipos penales especiales para la sanción de los hechos constitutivos de violencia intrafamiliar, en el propósito de proteger como bien jurídico la armonía y unidad familiar, para reprimir aquellas conductas que sin llegar a configurar un hecho punible diferente o delito común, atentan contra dicho bien; tipos que tienen sujeto activo y pasivo cualificado, un miembro de la familia o sujeto integrado a aquella.

3.2.2. LOS SUJETOS PROTEGIDOS

Para Efectos de la Ley integran la familia:

- 1) Los cónyuges o compañeros permanentes.
- 2) El padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar.
- 3) Los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos.
- 4) todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integradas a la unidad doméstica.

3.2.3. OBJETO E INTERPRETACIÓN

La Ley busca PREVENIR, REMEDIAR Y SANCIONAR la violencia intrafamiliar para asegurar a la familia su armonía y unidad. Define la Violencia Intrafamiliar al disponer que toda persona que en el contexto de una familia sea víctima de un daño físico, psíquico, amenaza, agravio, ofensa o cualquier forma de agresión por parte de algún otro miembro del grupo familiar podrá, sin perjuicio de las denuncias penales a que hubiere lugar, solicitar una medida de protección inmediata que ponga fin a la violencia, maltrato o agresión o evite que ésta se produzca.

El artículo 3º de la Ley 294 de 1996 señala como principios que deben guiar su interpretación y aplicación:

- 1) La primacía de los derechos fundamentales y reconocimiento de la familia como institución básica de la sociedad;

- 2) 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;
- 3) La oportuna y eficaz protección especial a aquellas personas que en el contexto de una familia sean o puedan llegar a ser víctimas, en cualquier forma, de daño físico o psíquico, amenaza, maltrato, agravio, ofensa, tortura o ultraje, por causa del comportamiento de otro u otra integrante de la unidad familiar;
- 4) La igualdad de derechos y oportunidades del hombre y de la mujer;
- 5) Son derechos fundamentales de los niños y las niñas: la vida, la integridad física, la salud, la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y el amor, la educación, la cultura, la recreación y la libre expresión de sus opiniones;
- 6) Los derechos de los niños y de las niñas prevalecen sobre los de los demás;
- 7) 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;
- 8) La eficacia, celeridad, sumariedad y oralidad en la aplicación de los procedimientos contemplados en la presente Ley;
- 9) El respeto a la intimidad y al buen nombre en la tramitación y resolución de los conflictos intrafamiliares. Artículo 3º Ley 294 de 1996.

3.2.4. CONCOMITANCIA DE ACCIONES CIVIL Y PENAL

La Ley 294 de 1996 consagra dos vías para lograr su objeto, prevención, remedio y la sanción de la violencia intrafamiliar: una de índole civil para la prevenir su ocurrencia o ya su remedio y eventual sanción y otra de naturaleza penal de carácter primordialmente sancionatorio.

Nada impide que las acciones penal y civil se ejerzan simultáneamente, es decir, que se eleve ante la autoridad administrativa, Comisaría de Familia o el Juzgado Civil o Promiscuo Municipal la solicitud de una medida de protección para prevenir y/o remediar la violencia intrafamiliar, y que, al mismo tiempo, se formule denuncia por la comisión del ilícito de Violencia Intrafamiliar.

La acción civil se inicia con la formulación de una solicitud de medida de protección, petición elevada por la persona agredida o por quien teme llegar a serlo por parte de otro miembro del grupo familiar, e irá encaminada a evitar que la agresión se produzca o a imponer al agresor, en caso de darse por probado el acto de maltrato, la orden de abstenerse de repetirla y, si es el caso, una cualquiera de las medidas especiales de protección que ella prevé.

Sea que se imponga o no una medida de protección especial de las consagradas en el artículo 4º, en la sentencia del proceso civil que declare probado el acto de maltrato constitutivo de violencia intrafamiliar, se conmina al agresor con la orden de abstenerse de repetir el acto de maltrato familiar, so pena de ser sancionado con pena de multa de 2 a 10 salarios mínimos legales mensuales convertibles en arresto, o arresto incommutable de 30 a 45 días en caso de reincidencia en el incumplimiento, dentro de los dos (2) años siguientes a la imposición de la prohibición.

A más de ello, la ley dispone que la autoridad competente podrá ordenar la revocatoria de los beneficios de excarcelación o subrogado penal de que estuviere gozando el infractor reincidente en los actos de violencia intrafamiliar; y a partir de la reforma introducida por el parágrafo 3º del artículo 17 de la Ley 1257 de 2008, “La autoridad competente deberá remitir todos los casos de violencia intrafamiliar a la Fiscalía General de la Nación para efectos de la investigación de los delitos de violencia intrafamiliar y posibles delitos conexos”

La investigación penal por el delito de violencia intrafamiliar se originará entonces, o bien a partir del trámite de protección civil, porque se compulsen copias de lo en ella actuado para el inicio de la investigación delictiva o de denuncia que concomitante, o antes o después de la formulación de la solicitud de protección, que eleve la víctima; nada impide que se tramiten concomitantemente ambas actuaciones pues es distinto el propósito que una y otra persiguen; el agotamiento de una no es un presupuesto para la validez o el adelantamiento de la otra.

Esta conclusión, al parecer elemental, no resultó de fácil asimilación al inicio de la vigencia de la Ley 294 de 1996, pues algunos Fiscales se negaban iniciar la investigación por el delito de violencia intrafamiliar y remitían el denuncio al Juez de Familia o Promiscuo de Familia⁴⁵, para que fuese aquél quien conociera de la misma como acción civil.

45. La Ley 294 de 1996 radicó la competencia para el conocimiento de la acción civil en los Jueces de Familia o Promiscuos de Familia y en defecto de estos en los Municipales o Promiscuo Municipi-

A punto que hubo de intervenir la propia Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, para dirimir conflictos entre Fiscales delegados ante Jueces Penales del Circuito y Jueces de Familia, y asignar al ente investigador el trámite que aludía a la investigación del nuevo hecho punible.⁴⁶

3.3. ASPECTOS PROCESALES Y APLICACION PRÁCTICA

3.3.1. LA ACCIÓN CIVIL

El derecho procesal es esencialmente instrumental, es el mecanismo establecido por la Ley para lograr la efectividad de los derechos consagrados en la ley sustancial⁴⁷; su importancia radica en que busca el respeto del debido proceso, que se traduce en la obligatoriedad de la observancia de las formas procesales, la igualdad de las partes contendientes y la garantía del derecho de defensa.

Si bien la inicial reglamentación de la Ley 294 de 1996 presentaba vacíos y evidenciaba contradicciones en su texto, algunas de las cuales fueron superadas con la reforma introducida por la Ley 575 de 2000, lo cierto es que a los operadores corresponde interpretarla, superando sus imperfecciones y buscando una aplicación que responda en mejor medida a los propósitos de protección de los Derechos Humanos que la normatividad persigue; propósito en el que cobra importancia las modificaciones que a ésta Ley introduce la Ley 1257 de 2008⁴⁸, dentro de su objeto de garantizar para todas las mujeres una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado, el pleno ejercicio de sus derechos y el acceso a los procedimientos administrativos y judiciales para su protección.

pales del lugar de ocurrencia de los hechos y esa competencia se mantuvo hasta febrero 9 de 2000, cuando se expidió la Ley 575 de 2000.

46. En Auto de julio 21 de 1997, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, al dirimir un conflicto entre el Juzgado de Familia de Soacha y la Fiscalía delegada ante los Juzgados del Circuito de la misma localidad, aclara que es la violencia intrafamiliar un nuevo delito y que si se denuncia su ocurrencia ante la Fiscalía es a aquella a quien le corresponde, en uso de sus funciones adelantar la respectiva investigación. M.P. Carlos Esteban Jaramillo exp. 151.

47. Artículo 4º Código de Procedimiento Civil.

48. Ley 1257 de 2008 por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones. D.O. 47.193 de Diciembre 4 de 2008.

Del tenor literal de la Ley 294 de 1996 y la remisión que ella hace en materia procesal a la acción de tutela⁴⁹ regulada por el Decreto 2591 de 1991, regido éste último por el Código de Procedimiento Civil por remisión del artículo 4º del Decreto 306 de 1992⁵⁰, se puede intentar hacer una construcción de las principales características que gobiernan el trámite procesal al que debe someterse la solicitud de una medida de protección civil por violencia intrafamiliar.

Labor en la cual conviene hacer referencia a las modificaciones legales de la reglamentación inicial, las interpretaciones acogidas y los fallos de Constitucionalidad que regularon la sujeción de sus disposiciones al texto político.

3.3.1.1. La autoridad competente y conciliación previa facultativa

Unos de los cambios más significativos que introdujo la Ley 575 de 2000⁵¹ a la Ley 294 de 1996 fue la modificación de la competencia para el adelantamiento del trámite civil de protección por violencia intrafamiliar que radicada en primera instancia en los Jueces de Familia o Promiscuos de Familia y a falta de aquellos de los Jueces Municipales y Promiscuo Municipales y en Segunda Instancia en cabeza de las Salas de Familia o Promiscuas de los Tribunales Superiores; o ya en los Jueces de Familia o Promiscuos de Familia, dependiendo de la autoridad que conoció de la primera instancia.

La nueva ley atribuyó su conocimiento en primera instancia a las Comisarías de Familia y a falta de aquella autoridad en el respectivo municipio, a los Jueces Civiles Municipales o Promiscuo Municipales; decisión a partir de la cual, en gran medida, el trámite de protección civil en la instancia inicial dejó de ser judicial y la segunda instancia, en todos los casos, será judicial a cargo de los Jueces de Familia o Promiscuos de Familia.

Y el parágrafo 1º del artículo 1º de la Ley 575 de 2000 facultaba a la víctima acudir ante el Juez de Paz o Conciliador en Equidad en una etapa de conciliación previa con su agresor; atribución de competencia a los Jueces de Paz y al

49. Artículo 18 inciso final “Serán aplicables al procedimiento previsto en la presente ley las normas procesales contenidas en el Decreto número 2591 de 1991, en cuanto su naturaleza lo permita.”

50. “Para la interpretación de las disposiciones sobre el trámite de la acción de tutela prevista por el decreto 2591 de 1991 se aplicarán los principios generales del Código de Procedimiento Civil en todo aquello que no sean contrarios a dicho decreto”.

51. Artículo 1º ley 575 de 2000.

Conciliador en Equidad cuya constitucionalidad fue cuestionada y de la que la Corte Constitucional⁵² señaló que de la normativa internacional que regulaba la materia se desprendía que el Estado no solo está obligado a responder frente a la violencia intrafamiliar con medidas represivas sino que debía también adoptar, ante todo, mecanismos para prevenir su ocurrencia y reflexiona que son los mecanismos alternativos de solución de conflictos, Jueces de Paz y los Conciliadores en Equidad, instrumentos de profunda estirpe democrática que permiten un acercamiento de la comunidad a la solución de los conflictos; esta atribución, sin embargo, fue derogada por el artículo 16 de la ley 1257 de 2008.⁵³

Se mantuvo incólume la competencia atribuida a la Jurisdicción Indígena para el conocimiento, dentro del ámbito propio de sus normas y procedimientos, de los casos de violencia intrafamiliar que tengan ocurrencia al interior de estas comunidades.

3.3.1.2. Legitimación en la causa

La solicitud de medida de protección puede ser presentada personalmente por el agredido o por cualquier otra persona que actúe en su nombre, o por el Defensor de Familia, cuando la víctima⁵⁴ se hallare en imposibilidad de hacerlo.

Está dirigida esta ley a proteger la familia en general, sin importar si su origen es matrimonial o de hecho y para sus efectos se consideran integrantes de aquella a: los cónyuges o compañeros permanentes; padre y madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar, los ascendientes o descendientes de

52. Sentencia C- 059 de febrero 1º de 2005. M.P. Clara Inés Vargas.

53. Se preveía que aquél citaba al agresor de forma inmediata a la audiencia que debía celebrarse lo más pronto posible; el mediador, con observancia de lo establecido en el artículo 14 de la Ley 294 de 1996, procuraba la conciliación para garantizar la unidad y armonía familiar y que el agresor enmienda su comportamiento, promoviendo el acercamiento entre agresor y víctima para lograr acuerdos de paz y convivencia. Así mismo, con aquiescencia de las partes, podía el Juez de Paz o Conciliador requerir de instituciones o personas calificadas la asistencia para la superación de la problemática familiar.

Si el agresor no acude a la citación que le efectúa el Conciliador o Juez de Paz o fracasa el intento de acuerdo, éste orientará a la víctima sobre la autoridad competente para tramitar la solicitud de medida de protección y a aquél le remitirá por escrito lo actuado.

54. La Ley 1257 de 2008, señala como un derecho de la mujer víctima de violencia el: "b) Recibir orientación, asesoramiento jurídico y asistencia técnica legal con carácter gratuito, inmediato y especializado desde el momento en que el hecho constitutivo de violencia se ponga en conocimiento de la autoridad."

los anteriores y los hijos adoptivos, por último, todas las demás personas que de manera permanente se hallen integradas a la unidad doméstica.

Con el señalamiento de legitimación en causa se restringe el debate de entre quienes se puede presentar este tipo de conflictos y, con ello, la toma de medidas de protección en favor o en contra de quienes son parte del núcleo familiar cuya armonía se quiere mantener, núcleo al que se suma aquel tercero, pariente o no, que conviva en el mismo techo y es partícipe o se ve afectado por la violencia o la toma de decisiones al interior del hogar.

El artículo 7º de la Ley 575 de 2000 adicionó un parágrafo al artículo 12 de la Ley 294 de 1996 y señaló que de ser las víctimas personas discapacitadas en situación de indefensión debe el trámite notificarse al Personero o su delegado y éste debe asistir a las audiencias y que si bien su presencia no impide la realización de aquellas, si constituye una falta grave disciplinaria.

Y el artículo 3º del Decreto 652 de 2001, reglamentario de la Ley 294 de 1996 modificada por la Ley 575 de 2000, señala que cuando se encuentre involucrado un menor o una menor de edad, sin distinguir si como agresor o como víctima, el Defensor de Familia o en su defecto el Personero Municipal del lugar de ocurrencia de los hechos, deberá intervenir “para lo de su competencia”.

3.3.1.3. La demanda

La acción civil requiere la formulación de la demanda o solicitud para su inicio y ésta, por regla general, debe ser interpuesta por la víctima, en causa propia o a través de apoderado constituido para el efecto, designación que ha de recaer en abogado o abogada inscrito.

La acción es rogada, es del arbitrio de la víctima presentarla o no, la Ley no faculta al Juez Civil para darle inicio oficioso. La solicitud o demanda puede ser formulada verbalmente, por escrito o por cualquier otro medio⁵⁵, directamente por el afectado o por persona que actúe en su nombre y por el Defensor de Familia cuando la víctima se halle en imposibilidad de hacerlo por sí misma.⁵⁶

La petición debe presentarse dentro de los 30 días hábiles siguientes al acaecimiento del acto de maltrato por el cual se pide protección. Es decir, se

55. *Telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito el cual gozará de franquicia.* Art. 14 Decreto 2591 de 1991 y 4º Decreto 652 de 2001.

56. Artículo 9º Ley 294.

establece un término de caducidad de la acción, al exigirse su ejercicio dentro de un determinado lapso de tiempo⁵⁷, de manera que de no cumplirse dicha carga, la solicitud será rechazada.

El artículo 5º del Decreto 652 de 2001 suspende el cómputo del término de caducidad en los casos en que la víctima manifieste que por incomunicación, encierro o cualquier otro acto de fuerza o violencia proveniente del agresor, se encontraba imposibilitada de comparecer a formular el reclamo, caso en el cual señala que el cómputo sólo empezará a correr, en los hechos de violencia intrafamiliar instantáneos desde el día de la consumación y desde la perpetración del último acto en los tentados o permanentes.

Aún cuando la redacción de la disposición no sea clara, debe estimarse que en estos eventos, sólo a partir del momento en que cesó el impedimento para poder acudir a formular la solicitud de protección empieza a correr el término de caducidad, no otro puede ser el propósito de su enunciado.⁵⁸

La Solicitud de Medida de Protección debe reunir unos requisitos formales⁵⁹: Los nombres de quien la presenta y de las personas víctimas de la violencia, nombre y domicilio del agresor o agresora, el relato de los hechos denunciados, que ha de ser claro, concreto, con precisiones de modo, tiempo y lugar, la

57. *La ley 294 fijó inicialmente en 8 días el término de caducidad para el inicio de la acción civil de solicitud de medida de protección y al ser demandada tal disposición la Corte Constitucional en Sentencia C-652 de diciembre 3 de 1997 encontró ajustado a la constitución el término de caducidad que consideró era razonable “pues el conocimiento tardío de la conducta violenta conduce necesariamente a la inoperancia de la medida de protección y, en consecuencia, a la imposibilidad jurídica de que el Estado pueda ofrecer mayores recursos y oportunidades para la protección de los derechos fundamentales”.*

La Ley 575 de 2000 que en su artículo 5º amplió el término a 30 días también fue objeto de control de constitucionalidad en el punto y la disposición hallada exequible, pues se halló razonable el establecido habida consideración que lo recomendable era “... que no exista un plazo que sea tan corto que impida a la víctima acceder de manera efectiva a la administración de justicia, pero tampoco tan amplio que la medida se aplique cuando la urgencia se ha desvanecido” Sentencia 059 de febrero 1º de 2005.

58. *El artículo dice: “De conformidad con el artículo 5º de la Ley 575 de 2000, la petición de una medida de protección por un hecho de violencia intrafamiliar, podrá presentarse a más tardar dentro de los treinta (30) días siguientes a su acaecimiento, pero cuando la víctima manifestare bajo la gravedad del juramento que por encierro, incomunicación o cualquier otro acto de fuerza o violencia proveniente del agresor, se encontraba imposibilitada para comparecer, el término empezará a correr en los hechos de violencia intrafamiliar instantáneos desde el día de la consumación y desde la perpetración del último acto en los tentados o permanentes.”*

59. *Artículo 10 de la ley 294 de 1996.*

solicitud de las pruebas que se estimen pertinentes y, acorde con el artículo 6º del Decreto reglamentario, la manifestación del actor, bajo juramento, de que no se ha iniciado otra acción respecto de esos mismos hechos.

3.3.1.4. Inadmisión y rechazo de la demanda

De no reunir los requisitos que resultan indispensables para la buena orientación de los procesos, es procedente inadmitir la solicitud y conceder al actor un término de 3 días para que, so pena de rechazo, subsane las irregularidades; regulación que se aplica por remisión normativa que a aquella reglamentación efectúa el artículo 18 de la Ley 294 de 1996 y lo reglado al respecto en el artículo 17 del Decreto 2591 de 1991.

Y aun cuando el rechazo de la solicitud debe ser excepcional, por lo protecciónista de la regulación y el deber del Comisario o Juez de contribuir en la efectividad del derecho al acceso a la justicia; puede presentarse si no se realiza, en forma debida y oportuna la subsanación de la solicitud inadmitida, porque se halla configurado la caducidad de la acción al haber transcurrido 30 días sin formularla, por falta de competencia territorial o funcional; todo ello en aplicación del artículo 85 del C. de P. C., por remisión que al Código de Procedimiento Civil hace la normativa que regula el trámite de la acción de tutela.⁶⁰

3.3.1.5. Admisión de la demanda

Si la demanda o solicitud reúne las exigencias legales o fue corregida en tiempo se debe decretar su admisión y convocar a las partes a una audiencia de conciliación y trámite que debe surtirse, por mandato expreso del artículo 12 de la reglamentación en cuestión, dentro del quinto y el décimo día siguientes a la presentación de la solicitud.

La notificación de la citación al agresor debe hacerse en forma personal o mediante aviso que se fija en la puerta de acceso de su residencia, notificación que ha de entenderse surtida con la sola fijación del aviso, sin que se requiera más trámite.

60. Artículo 18 de la Ley 294 de 1996 y lo regulado al respecto en el artículo 17 del Decreto 2591 de 1991 y artículo 4º Decreto 306 de 1992. Interpretación que ha recibido plena acogida en la jurisprudencia. Así lo interpretó El Tribunal Superior de Bucaramanga en su, hoy extinta, Sala de Familia, auto de octubre 6 de 1997. Radicación 05 de Septiembre de 1997, cuando revocó auto del juez de Familia que rechazó de plano la solicitud de medida de protección argumentando que los hechos denunciados no constituyan acto de violencia intrafamiliar. M.P. María Odalinda López.

Así mismo, debe advertirse al agresor, en el auto admisorio de la solicitud, el derecho que tiene de rendir descargos antes de la diligencia de conciliación y trámite a la que es citado, lo que hace conveniente que para el ejercicio de la contradicción y defensa, al mismo se le entregue copia de la demanda o querella presentada.

3.3.1.6. Medida provisional y definitiva de protección

El mecanismo expedito a través del cual podrá hacerse efectiva la protección de la familia frente a los actos de agresión o amenaza, es la toma de las medidas de protección, razón que explica porque el legislador en la reforma de la ley 575 de 2000 se detuvo en el señalamiento de aquellas, amplió su número y facultó al funcionario de conocimiento la toma de la medida innominada, esto es, aquella medida de protección que las circunstancias particulares del caso ameriten tomar.

Tema que retomó al expedir la Ley 1257 de 2008, que crea un marco legal de protección de la mujer, atendiendo los compromisos adquiridos ante la comunidad internacional, y no sólo amplía las medidas de protección y revive otras inexplicablemente derogadas, sino que crea medidas de protección para casos de violencia contra la mujer en ámbitos distintos al familiar y dispone todo un andamiaje de medidas de atención para las mujeres víctimas de violencia y sus hijos.

Gran responsabilidad recae en las autoridades facultadas para tomar las medidas de protección, ya de forma provisional o definitiva, pues si aquellas no emiten oportunamente o las tomadas no resultan acordes con las circunstancias del caso, puede poner en peligro la vida o integridad personal de la víctima; trascendente resulta entonces la labor de determinación cual es la medida de protección más conveniente a tomar, el momento oportuno para su decreto y el hacer uso, si es del caso, de las medidas de atención a favor de la mujer víctima de la violencia.

Responsabilidad que involucra tanto a las autoridades en quienes recae la competencia ordinaria para el conocimiento de la solicitud de medida de protección por violencia intrafamiliar Comisario de Familia y Juez Municipal; como al Fiscal o la Fiscalía o Jueza o Juez de Familia facultados para la toma de aquellas medidas dentro de la investigación penal por el ilícito de violencia intrafamiliar y en el proceso de divorcio o separación de cuerpos que tiene

como soporte la causal de maltratamiento o ultraje trato cruel y maltratamiento de obra, respectivamente.⁶¹

El Comisario, Comisaría, Juez o Jueza Municipal podrá⁶² junto con el auto admisorio del trámite y en un plazo de 4 horas siguientes a la formulación de la solicitud⁶³, tomar una medida de protección provisional, con base en indicios leves de la ocurrencia del acto de maltrato y de la responsabilidad en él del presunto agresor.

Indicios que necesariamente habrán de derivarse de las pruebas que se aporten con la solicitud de protección o, por ejemplo, de las constancias que el funcionario receptor deje al momento de recoger la solicitud formulada por la víctima de manera verbal⁶⁴.

Importante resulta en estos casos, la orden de valoraciones médicas inmediatas o los dictámenes técnicos o científicos que contribuyan al esclarecimiento de los hechos y otorguen a la autoridad encargada de la investigación elementos de juicio para la toma de sus decisiones, provisionales o definitivas⁶⁵.

La medida irá acompañada de la orden al demandado de abstenerse de repetir los actos de amenaza o maltrato, so pena de verse sometido a las sanciones por incumplimiento de la medida de protección provisional; contra la providencia que disponga la medida provisional no procede recurso alguno.

La escogencia de la medida provisional o definitiva a imponer al agresor, a la agresora o presunto agresor, es del resorte exclusivo del Comisario⁶⁶ Comisaria, Juez o Jueza Municipal; el Decreto reglamentario vino a señalarle unos “Criterios para adelantar la conciliación y determinar la medida de protección” que en su artículo 5º dispone lo siguiente: a) Evaluar los factores de riesgo y protectores

61. En su orden, los párrafos 1º y 2º del artículo 5º de la ley 575 de 2000 les otorgan tal facultad.

62. Artículo 11 Ley 294.

63. El plazo máximo es de 4 horas laborables o hábiles de oficina del funcionario que conoce la solicitud de amparo.

64. Que la víctima lloraba desconsoladamente, o reflejaba intensa rabia o dolor, las muestras externas de la agresión física, edemas, hematomas; su apariencia física y el estado de sus ropa. Etc.

65. El artículo 6 de la Ley 575 de 2000, faculta al Juez para el decreto de este tipo de pruebas de forma inmediata una vez elevada la solicitud de protección; recaudo que será trascendente para el establecimiento de los hechos denunciados.

66. El artículo 86 numeral 1º del Código de la Infancia y de la Adolescencia atribuyen al Comisario de Familia la función de garantizar, proteger, restablecer y reparar los derechos de los miembros de la familia conculcados por situaciones de violencia intrafamiliar.

de la salud física y psíquica de la víctima; b) Evaluar la naturaleza del maltrato, y del hecho de violencia intrafamiliar, así como sus circunstancias, anteriores, concomitantes y posteriores; c) Determinar la viabilidad y la eficacia del acuerdo para prevenir y remediar la violencia; d) Examinar la reiteración del agresor en la conducta violenta; e) Incorporar en el acuerdo los mecanismos de seguimiento, vigilancia y de ser posible la fijación del tiempo del mismo, para garantizar y verificar el cumplimiento de las obligaciones; f) Propiciar la preservación de la unidad familiar en armonía; g) Orientar y vigilar que exista congruencia en los compromisos que se adquieran en el acuerdo; h) Precisar la obligación de cumplimiento de los compromisos adquiridos por los involucrados, en especial el de acudir a tratamiento terapéutico, cuando haga parte del acuerdo. Así como advertir de las consecuencias del incumplimiento de los compromisos.

Y acá debe hacerse reconocimiento del significativo avance y efectiva protección que para estos procesos implementó la Ley 1257 de 2008 buscando la sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra la mujer.

En efecto, si la víctima de la violencia intrafamiliar es la mujer, véase esposa, compañera, madre o hija y por violencia contra esta se entiende “cualquier acción u omisión, que le cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico, económico o patrimonial por su condición de mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, bien sea que se presente en el ámbito público o en el privado”⁶⁷, daño que puede ser psicológico, físico, sexual o patrimonial, según lo definido en el artículo 3º de la misma normatividad.⁶⁸

67. Artículo 2º ley 1257 de 2008.

68. a) *Daño psicológico: Consecuencia proveniente de la acción u omisión destinada a degradar o controlar las acciones, comportamientos, creencias y decisiones de otras personas, por medio de intimidación, manipulación, amenaza, directa o indirecta, humillación, aislamiento o cualquier otra conducta que implique un perjuicio en la salud psicológica, la autodeterminación o el desarrollo personal.*

b) *Daño o sufrimiento físico: Riesgo o disminución de la integridad corporal de una persona.*

c) *Daño o sufrimiento sexual: Consecuencias que provienen de la acción consistente en obligar a una persona a mantener contacto sexualizado, físico o verbal, o a participar en otras interacciones sexuales mediante el uso de fuerza, intimidación, coerción, chantaje, soborno, manipulación, amenaza o cualquier otro mecanismo que anule o limite la voluntad personal. Igualmente, se considerará daño o sufrimiento sexual el hecho de que la persona agresora obligue a la agredida a realizar alguno de estos actos con terceras personas.*

d) *Daño patrimonial: Pérdida, transformación, sustracción, destrucción, retención o distracción de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores, derechos o económicos destinados a satisfacer las necesidades de la mujer.*

La nueva Ley prevé, que la atención a la víctima y al agresor sea dispensada por persona y en sitio diferente y que, en tratándose de mujeres de especial riesgo, se tomen como medidas de atención:

El garantizar a la víctima y sus hijos e hijas, los derechos de habitación y alimentación lejos de su hogar, hasta por seis meses, prorrogables por seis meses más, cuando las circunstancias del caso ameriten; esto es, cuando el Juez o Jueza, o Comisario o Comisaria de Familia que conozca del caso tome medida de protección que implique la atribución de dicho beneficio a la mujer y sus hijos en protección de su integridad; para estos casos se requiere que la medida de protección vaya acompañada de ordenes de tratamiento médico, sicológico o siquiátrico a la víctima o sus hijos.

Este beneficio se crea a cargo del Sistema General de Salud (E.P.S. Y A.R.S.) y puede ser suministrado por aquellas en especie, en las I.P.S. o con instituciones hoteleras previamente contratadas, o en dinero, cuando la víctima así lo requiera o decida abandonar el hospedaje y alimentación ofrecida; la prestación de esta atención incluye el transporte y la ubicación de las víctimas quedará sometida a reserva en garantía de protección suya y de sus hijos e hijas.

Es obligación de las entidades territoriales, municipales o distritales, brindar asesoramiento a las mujeres víctimas de la violencia adecuada a su situación personal, sobre procedimientos legales y mecanismos de protección existentes.

Las medidas de protección son:

a) Ordenar al agresor el desalojo de la casa de habitación que comparte con la víctima, siempre que se hubiere probado que su presencia constituye una amenaza para la vida, la integridad física o la salud de cualquiera de los miembros de la familia;

Esta es la medida de protección más grave y pudiera pensarse resulta efectiva; en ella debe el o la Comisaria o el funcionario judicial definir provisionalmente lo atinente a la custodia, alimentos y visitas de los hijos e hijas menores de la pareja, si los hubiere y uno de los padres sea el agresor, incluso podrá señalar alimentos para el cónyuge inocente, cuando a ello hubiere lugar.

En la reforma de la ley 575 de 2000 se suprimió el inciso 2º del literal a) del artículo 4º de la ley 294 de 1996, que establecía expresamente que en la sentencia debían hacerse tales regulaciones en favor de los menores y del cónyuge cuando se impusiera ésta medida; supresión que al parecer se debió a un equívoco del

legislador y no a una voluntad consiente de realizar tal supresión⁶⁹, pues lo más aconsejable en protección de las víctimas de la agresión era mantener tal regulación; dificultad que se superaba con la realización de aquella regulación, como medida de protección innominada y que hoy día desaparece con su implementación en el artículo 17 literal h de la ley 1257 de 2008.

Como lo señala la disposición la orden de desalojo procede cuando se encuentre probado que la presencia del agresor constituye una amenaza para la vida la Integridad Física o Salud de cualquiera de los miembros del hogar; y acá resultará trascendente evaluar su conveniencia de cara a la mencionadas medidas de atención o suministro de Habitación y alimentación a las víctimas.

b) Ordenar al agresor abstenerse de penetrar en cualquier lugar donde se encuentre la víctima cuando, a discreción del funcionario, dicha limitación resulte necesaria para prevenir que aquél moleste, intimide, amenace o de cualquier otra forma interfiera con la víctima o con los menores, cuya custodia provisional le haya sido adjudicada;

Esta medida fue introducida en la reforma de la Ley 575 de 2000, y puede resultar complemento aconsejable de la medida anterior, pues el agresor excluido del hogar muy seguramente querrá tener contacto con su víctima y puede resultar necesario que la protección se extienda a estos otros espacios.

Así mismo, si se trata de menores de edad víctimas de la violencia, puede ser conveniente que la protección a aquellos y con ello al padre o la madre que ejerza su custodia, que la orden de abstención se haga extensiva al colegio u otros lugares que los menores frecuenten.

Todo ello en el entendido examen del caso en concreto, de la necesidad de la medida, atendiendo los criterios que se dejaron señalados.

c) Prohibir al agresor esconder o trasladar de la residencia a los niños y personas discapacitadas, en situación de indefensión, que sean miembros del grupo familiar, sin perjuicio de las acciones penales a que hubiere lugar.

Esta medida fue introducida por la reforma de la Ley 575 de 2000, y aconsejará su decreto cuando las circunstancias del caso muestren presumible que ocurra el atentado contra la libertad de los menores y/o personas discapacitadas; así

69. *Revisados los antecedentes del proceso formativo de la Ley 575 de 2000, no se expone con claridad la pretensión de supresión del mencionado inciso.*

no sean aquellas las víctimas directas de la violencia familiar; pues el retiro de los niños puede ser un acto de retaliación del cónyuge agresor a su víctima, por lo que las circunstancias del caso mostraran si es viable su decreto cuyo incumplimiento se muestra independiente de las acciones penales que puedan iniciarse por los delitos que puedan configurarse.⁷⁰

d) Obligación de acudir a un tratamiento reeducativo y terapéutico en una institución pública o privada que ofrezca tales servicios, a costa de agresor.

Esta medida esta orientada a identificar la causa subyacente de los actos de violencia intrafamiliar: el alcoholismo, la drogadicción, el juego y cualquier otro tipo de adicciones que pueden estar directamente relacionadas con la violencia y a la par con ello, impone la necesidad de suministrar terapias de pareja o familia que con el propósito de mantener la paz y la unidad familiar se muestren convenientes en beneficio de la célula básica de la sociedad.⁷¹

La Ley 1257 de 2008 la modifica excluyéndole el condicionamiento, según el cual, cuando el agresor tuviese antecedentes de violencia intrafamiliar, correrían por su cuenta los gastos necesarios para cubrir dichas terapias o tratamientos.

e) Si fuere necesario, se ordenará al agresor el pago de los gastos médicos, psicológicos y psíquicos que requiera la víctima;

Aun cuando se mantiene esta medida, al incluirse la atención a la víctima mujer de la violencia intrafamiliar, su atención en salud como parte integrante del Sistema de Seguridad Social en Salud, habría que señalarse que en principio son las E.P.S. O A.R.S. a través de sus I.P.S. las llamadas a brindar la atención especializada.

f) Cuando la violencia o maltrato revista gravedad y se tema su repetición el Comisario ordenará una protección temporal especial de la víctima por parte

70. *El artículo 7 de la Ley 890 de 2004, artículo 230A del Código Penal, eleva a delito el comportamiento del parent que sustraiga, arrebata, retenga u oculte al menor de edad, para privar al otro parent del ejercicio de la custodia y cuidado personal.*

71. *La realidad del País dirá que tan difícil será el contar para todos los casos y en todos los municipios con instituciones especializadas que brinden la asesoría necesaria en el marcado propósito, en ello cobra vital importancia la labor pro-activa del funcionario encargado de la imposición y ejecución de la medida, el cual acaso se vea avocado a asesorarse y brindar directamente terapias de pareja o de familia. Muchos conflictos familiares resultan del desconocimiento de elementales principios de economía del hogar, formas de comunicación entre las parejas y manejo y dirección del hogar y los hijos.*

de las autoridades de policía, tanto en su domicilio, como en su lugar de trabajo, si lo tuviere;

Las acciones de Tutela que iniciaron la protección constitucional contra la violencia al interior de la familia, concedidas antes de la expedición de la Ley 294 de 1996, conllevaban por lo general la imposición de una medida del tipo que consagra éste literal, medida que resulta siendo importante, pues pretende la intervención inmediata de la fuerza pública, para evitar la comisión de un acto de hecho, del agresor a su víctima.

g) Ordenar a la autoridad de policía, previa solicitud de la víctima el acompañamiento a esta para su reingreso al lugar de domicilio cuando ella se haya visto en la obligación de salir para proteger su seguridad;

Esta medida resulta e hecho importante para el restablecimiento de los derechos de las víctimas, el acompañamiento policial se hará entonces necesario y seguramente será pertinente el tomar esta medida de manera conjunta con la anterior.

h) 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.

Esta medida es retomada por la Ley 1257 de 2008, y hace énfasis en el carácter provisional que es propio de aquellas determinaciones, pero indudablemente facilita la prevención de actos de maltrato.

i) Suspender al agresor la tenencia, porte y uso de armas, en caso de que estas sean indispensables para el ejercicio de su profesión u oficio, la suspensión deberá ser motivada.

Esta medida es nueva, la establece la ley 1257 de 2008 y se advierte que en determinados casos debe acudirse a ella, lo que implicará que el funcionario que la decrete, medida que al igual que cualquier otra debe motivarse, y requerirá que la autoridad competente, oficie a la dependencia en que labora el agresor, a objeto de que se haga efectiva la restricción del porte de armas por fuera del lugar de trabajo.

j) Decidir provisionalmente quién tendrá a su cargo las pensiones alimentarias, sin perjuicio de la competencia en materia civil de otras autoridades quienes podrán ratificar esta medida o modificarla.

k) Decidir provisionalmente el uso y disfrute de la vivienda familiar, sin perjuicio de la competencia en materia civil de otras autoridades quienes podrán ratificar esta medida o modificarla.

Esta medida, creada por la Ley 1257 de 2008, debe acompañar la orden de desalojo y puede entenderse como justificante adicional de la suspensión de derecho de disfrute a la propiedad que conlleva la medida de desalojo, la misma advierte que su implementación deja la vía abierta al perjudicado con ella, para el inicio de los trámites respectivos que conduzcan a la liquidación de la masa universal de bienes a que aquella propiedad pertenezca, pues mientras ello no ocurra, la medida justifica el no disfrute del copropietario o socio de la masa universal, de aquella propiedad.

l) Prohibir, al agresor la realización de cualquier acto de enajenación o gravamen de bienes de su propiedad sujetos a registro, si tuviere sociedad conyugal o patrimonial vigente. Para este efecto, oficiará a las autoridades competentes. Esta medida será decretada por Autoridad Judicial.

Esta medida, también reciente creación legal, parece de conveniente decreto cuando la medida de protección tomada es la especial de remisión de la víctima y sus hijos a un sitio distinto de su casa en donde se resguarde su vida e integridad y por ende sea el agresor quien quede en la casa de habitación familiar; pero igualmente existe la amplitud del criterio del funcionario competente para acudir a ella cuando las circunstancias así lo aconsejen, independientemente de las demás medidas adoptadas.

La limitación del derecho de disposición que la medida comporta, se entenderá necesaria cuando no se trate de bienes sometidos a la afectación a vivienda familiar y como en una prohibición legal de enajenación la que será objeto de registro, ella deja el bien fuera del comercio. La medida tiene reserva judicial, así que si el comisario de familia es quien la va a emitir, debe pedir al Juez su decreto y será aquel quien en últimas decida sobre su procedencia.

m) Ordenar al agresor la devolución inmediata de los objetos de uso personal, documentos de identidad y cualquier otro documento u objeto de propiedad o custodia de la víctima.

Medida de protección nueva, también creada por la Ley 1275 de 2008; suele suceder que la violencia vaya acompañada de retaliaciones de éste tipo, que por insignificantes que pudieran parecer, perturban la vida de la víctima en su

normal desenvolvimiento, en los campos social, educativo o económico, lo que permite ver la importancia de su establecimiento.

n) Cualquier otra medida necesaria para el cumplimiento de los propósitos de la presente ley.

La posibilidad de decretar una medida innominada, también introducida en la reforma de la Ley 575 de 2000, resulta siendo voto de confianza en el funcionario que adelanta la investigación, las circunstancias particulares del caso pueden aconsejar que sea una especial medida de protección la llamada aplicar en el caso en concreto. La decisión de tomar la medida innominada supone la utilización de todos y cada uno de los criterios de selección de medida que el decreto reglamentario trae señalados, según se anotó.

La Ley 1257 de 2008, crea adicionalmente dos medidas de protección en casos de violencia en ámbitos diferentes al familiar, autorizando que en adición de las referidas mediadas de protección de la ley 294 de 1996, pueda la autoridad competente en las condiciones advertidas disponer:

- 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.

Debe sumarse que la medida de protección provisional o definitiva decretada puede ir acompañada de solicitud extendida a los hogares de paso, albergues, ancianatos o instituciones similares, de recibir a la víctima del maltrato.

La Ley de la Infancia y de la Adolescencia Ley 1098 de 2006 ubica a las Comisarías de Familia, entidades que pueden conformarse en el orden Departamental, Intermunicipales o Municipal, como el estamento Estatal que tiene por misión:

“prevenir, garantizar, restablecer y reparar los derechos de los miembros de la familia conculcados por situaciones de violencia intrafamiliar y las demás establecidas por la ley”⁷²

Objetivo para el cual le otorga al comisario las siguientes funciones:

1. Garantizar, proteger, restablecer y reparar los derechos de los miembros de la familia conculcados por situaciones de violencia intrafamiliar.
2. Atender y orientar a los niños, las niñas y los adolescentes y demás miembros del grupo familiar en el ejercicio y restablecimiento de sus derechos.
3. Recibir denuncias y adoptar las medidas de emergencia y de protección necesarias en casos de delitos contra los niños, las niñas y los adolescentes.
4. Recibir denuncias y tomar las medidas de protección en casos de violencia intrafamiliar
5. Definir provisionalmente sobre la custodia y cuidado personal, la cuota de alimentos y la reglamentación de visitas, la suspensión de la vida en común de los cónyuges o compañeros permanentes y fijar las cauciones de comportamiento conyugal, en las situaciones de violencia intrafamiliar.
6. Practicar rescates para conjurar las situaciones de peligro en que pueda encontrarse un niño, niña o adolescente, cuando la urgencia del caso lo demande.
7. Desarrollar programas de prevención en materia de violencia intrafamiliar y delitos sexuales.
8. Adoptar las medidas de restablecimiento de derechos en los casos de maltrato infantil y denunciar el delito.
9. Aplicar las medidas policivas que correspondan en casos de conflictos familiares, conforme a las atribuciones que les confieran los Concejos Municipales

72. *El artículo 83 del Estatuto.*

La Comisaría de familia estará integrada por un equipo interdisciplinario que como mínimo lo será de un abogado especializado⁷³, un psicólogo, un trabajador social, un médico y un secretario.

Señala la Ley en que en todo municipio debe existir una comisaría de familia y que se procurará que aquellas funciones de forma permanente.

Necesario resulta que se creen en los municipios en donde aún no existen las comisarías de familia y que tanto a las nuevas como a las ya existentes, se les dote por completo del equipo técnico interdisciplinario que señala la ley, sólo así se podrá lograr que la entidad cumpla la misión primordial encomendada, y que al interior de estos trámites de acción civil por solicitud de medida de protección, el equipo técnico desde las opiniones calificadas desde sus distintos saberes aporte elementos que orienten al funcionario en la escogencia de la medida más adecuada para cada caso.

Por último, el artículo 98 de la Ley de la Infancia y de la Adolescencia otorga competencia subsidiaria a las Comisarías de familia para cumplir las funciones atribuidas al o la Defensa de familia en aquellos municipios en los que no exista defensor y al Inspector de Policía competencia subsidiaria para cumplir las funciones atribuidas al Defensor de familia y al Comisario de familia en aquellos municipios que no existan dichas autoridades.

Sin embargo, consideramos que esa atribución de competencia subsidiaria en cabeza de los inspectores municipales a falta de Comisario de Familia, no modifica la competencia establecida en el Juez Promiscuo Municipal o Civil Municipal en los municipios en que no exista Comisaría de familia, para el conocimiento de la acción civil de solicitud de medida de protección por violencia intrafamiliar que señala la Ley 575 de 2000, pues es ella norma especial en la materia no fue derogada ni tácita ni expresamente por la Ley de la Infancia y de la Adolescencia

El incumplimiento de la medida provisional tomada con el lleno de los requisitos legales, y/o de la orden de abstenerse de repetir todo acto de agresión, maltrato, amenaza u ofensa, puede generar una solicitud de trámite de sanción que se habrá de adelantar por la vía incidental, que adelante estudiaremos.

73. Para ser comisario se exigen los mismos requisitos que para ocupar el cargo de Defensor, ser abogado en ejercicio, carecer de antecedentes judiciales y acreditar postrado en el área de Derecho de Familia, Constitucional, procesal, derechos humanos o ciencias sociales.(art.80)

3.3.1.7. Trámite de la audiencia de conciliación

Antes de la audiencia y durante aquella el Juez debe proponer fórmulas de solución al conflicto familiar propiciando el diálogo y buscando el logro de acuerdos entre las partes para una convivencia pacífica.

Si el agresor no asiste a la audiencia, por causa que no justifica antes de su inicio o en curso de la misma, se entenderá que acepta los cargos; ninguna consecuencia procesal se regula hoy⁷⁴ para la víctima que no asista; justificada la inasistencia se señalará nueva fecha para su adelantamiento que deberá adelantarse dentro de los 5 días siguientes.

Esta conciliación que puede ser propiciada por las partes, mira la vida futura de la familia en cuestión, su propósito es lograr compromisos de cambio en la vida familiar futura con el fin mencionado; no puede entenderse que el objeto de la conciliación sea la terminación del proceso, aunque ello pueda resultar consecuencia de los acuerdos pactados.⁷⁵

Los acuerdos pueden ser: de regulación de cuota alimentaria, en favor del cónyuge, compañero o de los hijos o hijas menores; sobre el régimen de visitas e incluso conllevar la solicitud y concesión de una autorización de residencia separada de los cónyuges, atendiendo las condiciones del caso y la fuente de los actos de maltrato o de amenaza.

Logrado o no el acuerdo o conciliación sobre reglas futuras de convivencia familiar se debe proceder, en la misma audiencia, al decreto y práctica de las pruebas que las partes hayan solicitado y las que de oficio se estimen pertinentes, en el propósito de establecer si ocurrió o no el acto de violencia intrafamiliar que originó la actuación.

Así lo dispone el artículo 14 de la Ley 294 de 1996, lo que deja en claro que no termina el proceso en la audiencia por conciliación de las partes, en torno a las reglas de convivencia futura.

74. *La ley 294 de 1996 señalaba como consecuencia procesal para la inasistencia de la víctima la presunción de desistimiento de la solicitud; la Corte Constitucional en Sentencia C- 273 de junio 3 de 1998 consideró inexistente tal regulación, pues, adujo, desconocía el mandato de protección integral de la familia, y que si bien tal decisión podía incrementar la productividad de los Jueces, disminuía la protección real de las víctimas y con ello la capacidad del aparato judicial de proteger los derechos humanos de aquellas.*

75. *Por ejemplo que se haga un desistimiento cuando la Ley lo permite. La sentencia C- 273 de 1998, prevé que es viable un desistimiento expreso de la solicitud de medida de protección.*

Importante es resaltar que los acuerdos sobre reglas de convivencia futura pactados en la conciliación no resultan garantizados con la posibilidad de sanción a su agresor por su incumplimiento contenida en el artículo 7º de la ley en cuestión, pues lo que la disposición castiga es la trasgresión a la orden de abstención o medida de protección tomada como provisional o definitiva por el funcionario competente y no la falta de cumplimiento de los acuerdos conciliatorios logrados.

No puede olvidarse que las normas sancionatorias son de interpretación restrictiva y lo que impide acudir a la analogía para dar tal alcance al incumplimiento de los acuerdos conciliatorios de convivencia futura.

Y sólo el incumplimiento de la obligación alimentaria por el demandado se asimila, para efectos sancionatorios, a la inobservación de las medidas de protección, por expresa previsión del artículo 8 de la ley 294 de 1996, "Todo comportamiento de retaliación, venganza o evasión de los deberes alimentarios por parte del agresor, se entenderá como incumplimiento de las medidas de protección que le fueron impuestas" entonces tal comportamiento si podría dar lugar al incidente de incumplimiento de la medida de protección, con todas las consecuencias legales.

3.3.1.8. Contenido del fallo

El fallo debe proferirse en audiencia con citación de las partes y una vez concluido el recaudo probatorio; la decisión debe partir del análisis probatorio de la ocurrencia del acto de maltrato denunciado y de la responsabilidad del agresor en la comisión del mismo. Así se desprende del artículo 5º de la ley que sujeta a que se determine que el solicitante o miembro de la familia ha sido víctima de la violencia o maltrato, la imposición al agresor de la orden de cumplimiento de una medida de protección y de la de abstención de realizar la conducta objeto de la queja, contrario sensu, no probado el acto de maltrato o la responsabilidad en el mismo del presunto agresor, no es procedente entrar a decretar la medida de protección o emitir la orden de abstención.

Lo procedente entonces será dar por terminada la medida de protección provisional o la orden de abstención emitidas con la admisión de la demanda, sin que pierdan vigencia los trámites incidentales de sanción por incumplimiento a la orden de abstención en curso o terminados, pues aún levantada la cautela la comisión del acto de maltrato contrarió la prohibición impuesta por el Comisario o el Juez.

Si se da por establecida la ocurrencia del acto de maltrato generante de la acción, debe compulsarse copias para que la autoridad penal adelante la acción respectiva por el hecho punible de violencia intrafamiliar o el que se adegue al caso.

Es claro que la decisión civil no ata ni obliga a la autoridad penal, pues estas investigaciones son diferentes y la valoración probatoria puede llevar, por los elementos propios de cada uno de los procesos, a diferentes decisiones.

La Ley 294 de 1996 disponía que debía imponerse condena al demandado al pago de los daños causados con su conducta, incluidos gastos médicos, sicológicos o psiquiátricos, de reparación de mueble o inmueble averiados y al pago de costos de desplazamiento y alojamiento si en ellos incurrió la víctima para evadir los actos de violencia.

La Ley 575 de 2000 derogó esa disposición⁷⁶ y debe entonces efectuarse tal reclamo por la vía civil o esperar que la autoridad penal, en la investigación del hecho punible, resarza el perjuicio de forma integral.

La sentencia debe disponer la entrega de copias del acta de audiencia a las partes y la prevención al demandado de las sanciones en que incurría en caso de desacato a la orden de abstención o incumplimiento a la medida de protección.

El fallo emitido es susceptible del recurso de apelación, pues el proceso civil de solicitud de medida de protección por violencia intrafamiliar es de doble instancia; a esta conclusión se llega observando la misma reglamentación de la Ley 294 de 1996 y la remisión legislativa a la acción de tutela, razón por la cual también resulta procedente la interposición del recurso de queja⁷⁷.

3.3.1.9. Trámite incidental por incumplimiento de la medida de protección o por trasgresión de la orden de abstención.

El Comisario la Comisaria, la Jueza o el Juez que emitió la orden de protección, ya en la sentencia o en el auto admisorio del trámite, conserva la competencia para la ejecución y el cumplimiento de las medidas de protección impuestas.⁷⁸

76. Artículo 5º literal C de la ley 294, modificado artículo 2º ley 575 de 2000.

77. En auto de abril 9 de 1997, acta 13 de abril 8 de 1997, el Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Familia, encontró viable su procedencia por la remisión que la ley hace a las normas de tutela.

78. Artículo 17 de la ley 294 de 1996.

La situación familiar de aquel núcleo inmerso en un proceso de solicitud de medida de protección varía una vez éste termina, dependiendo del resultado del proceso tramitado.

Así, si no se dio por probado el acto de maltrato o no se encontró responsable del hecho denunciado al agresor investigado, la situación antecedente no cambia y queda abierta la posibilidad de que de presentarse un nuevo acto de maltrato o de amenaza pueda darse inicio a una acción penal denunciando su comisión o una acción civil, elevando solicitud de medida de protección.

Si el acto constitutivo de amenaza o violencia puesto en conocimiento de la autoridad civil quedó probado y, además, se estableció responsabilidad del señalado agresor en la ocurrencia del mismo, el agresor hallado responsable le queda prohibido continuar maltratando a las víctimas del núcleo familiar que pidieron protección y además tiene la obligación de cumplir la medida de protección que adicionalmente se le haya impuesto; todo so pena de ser sancionado con multa o arresto. En últimas, la protección de la familia se concreta en una orden de abstención de maltrato al agresor y en el cumplimiento de la medida de protección, so pena de ser sancionado.

El trámite por el que se ha de surtir la investigación por el incumplimiento de la orden de abstención o medida de protección es el incidental, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, que lo prevé para el desacato a la orden judicial emitida en la acción de tutela, pero con la particularidad de que debe fallar el mismo en audiencia.

Por esta razón, recibida la solicitud de sanción por incumplimiento de la medida de protección impuesta o a la orden de abstención emitida, o retaliación o incumplimiento de la obligación alimentaria del agresor, el o la funcionaria respectiva dispondrá su admisión, notificación personal y traslado por 3 días al incidentado para que ejerza su derecho de contradicción y defensa; se decretarán las pruebas pedidas por la partes y las que de oficio estime necesarias y practicadas estas en el perentorio término de 10 días, citará a la audiencia de decisión.

La notificación de la decisión se hará por estrados, si las partes acuden a la diligencia, o personalmente o mediante el aviso previsto para la notificación del auto admisorio de la acción; contra la decisión de sanción por incumplimiento, que impone la sanción de multa convertible en arresto, procede el recurso de apelación en efecto devolutivo ante el Juez de Familia o Promiscuo de Familia

del Circuito Judicial donde se emite la decisión. El efecto devolutivo conlleva que la sanción impuesta se cumpla, aun cuando sea apelada la decisión.

No regula la Ley 294 de 1996, ni su modificatoria la Ley 575 de 2000, que el trámite incidental tenga un propósito distinto a la comprobación o desvirtuación de la ocurrencia del incumplimiento de la medida o de la orden de abstención; por lo que contrario a dicho propósito resulta que en el mismo trámite de ejecución del fallo emitido, pudiera modificarse la medida de protección vigente.

Tampoco puede el funcionario de conocimiento, de oficio o a solicitud de parte, y en cualquier momento, modificar la medida de protección impuesta al agresor en la sentencia; pues se considera que si el proceso termina con la sentencia que cobró ejecutoria, y no puede aquella decisión ser modificada por el mismo funcionario que la emitió o por su superior jerárquico, en el trámite de segunda instancia del incidente que se genera por el incumplimiento a lo en ella dispuesto.

El trámite incidental viene siendo la ejecución de la sentencia emitida, en la medida en que su adelantamiento está supeditado a la existencia del fallo que dio por probado el acto de maltrato y responsabilizó del mismo al denunciado agresor, a quien impuso la orden de abstención y una medida de protección.

El trámite se adelantará entonces de acontecer un nuevo acto de maltrato por aquél a quien se le impuso al orden de abstención; o por incumplir la medida de protección que le fue impuesta, por ejemplo, porque no acudió al tratamiento reeducativo o terapéutico que se le ordenó; o porque no cumplió con el pago de la cuota alimentaria que tenía señalada desde antes del trámite de protección, acto de retaliación o venganza contra la víctima.

La medida de protección que se impondrá, ya como medida provisional o definitiva en contra del agresor, aunque puede estar constituida por varias de las ordenes o regulaciones señaladas es una sola y puede afirmarse que aquella no puede variarse en el trámite posterior al proferimiento de la sentencia, puesto que la ley prevé el trámite incidental sólo para sancionar el acto de incumplimiento de la orden de protección en aquella impuesta, esto es, en la sentencia ejecutoriada.

Sin embargo, en el punto parece no existir consenso en la jurisprudencia, algunas decisiones judiciales resolviendo recurso de apelación de autos decisorios del trámite incidental por incumplimiento de la medida de protección definitiva

impuesta en la sentencia, han conllevado reforma de la medida de protección vigente, o aceptación de perdón por el acto de incumplimiento cometido.⁷⁹

Si el incidentado es hallado responsable del acto de incumplimiento a la medida de protección, cualquiera sea la causa que lo origine, al mismo se le impondrá si es el primer incumplimiento, multa entre 2 y 10 salarios mínimos

79. Así, el Tribunal Superior de Pamplona en auto del 19 de julio de 1997 al decidir apelación del auto que resolvió un incidente de incumplimiento de medida de protección, posterior a sentencia ejecutoriada, dispuso no solo la revocatoria del auto que sancionaba al agresor, sino modificar la medida de protección impuesta en sentencia ejecutoriada y consideró que en caso de que el infractor insista en la práctica de agresión es posible imponer las demás medidas de protección como el desalojo. Tribunal Superior de Pamplona, auto de julio 19 de 1997. Expediente 079, Sala Civil-Familia-Laboral.

También se discute si, no obstante haberse proferido mediante sentencia que cobró ejecutoria, medida de protección y orden de abstención al agresor, tal determinación, esto es, la orden de abstención y cumplimiento de la medida so pena de sanción pecuniaria convertible en arresto, sea susceptible de disposición por las partes. Vale decir, que si se presenta un nuevo acto de maltrato después de impuesta la prohibición en sentencia, pueden éstas pedir a la autoridad competente para el conocimiento de la acción civil que no se sancione al agresor, aun cuando esté probado el nuevo acto de maltrato y, con ello, el incumplimiento a la orden emitida, por haberse dado con posterioridad al hecho reconciliación o perdón de la víctima al agresor.

El Tribunal Superior de Cundinamarca se inclina por una respuesta afirmativa a tal interrogante, en efecto, en providencia de fecha diciembre 19 de 1997 al decidir un recurso de apelación en contra del auto de fecha 23 de septiembre de 1997 emanado del Juzgado de Familia de Soacha, que decidió el trámite incidental de incumplimiento imponiendo multa de 2 salarios mínimos al agresor por contravenir su sentencia de fecha septiembre 4 de 1996.

Proceso dentro del cual las partes presentaron escrito en el que se aceptaba que el demandado con posterioridad al incumplimiento investigado había observado un cambio y buen comportamiento y por ello pedían no se hiciera efectiva la multa impuesta por el incumplimiento; resuelve favorablemente la petición de agresor y víctima, cónyuges entre sí, y en sustento de ello dijo el Tribunal:

“Si la función del juez en esta clase de conflictos es precisamente la de propiciar el acercamiento y la convivencia en la familia, es claro que en el presente caso se precipitó a fallar e imponer la sanción, cuando ya el agresor, según su esposa ofendida, se había enmendado y guardaba buen comportamiento.

En tales circunstancias se impone revocar la sanción impuesta pues mantenerla implicaría el rompimiento total de la unidad familia que está por lo menos en vía de recuperación, con la enmienda del agresor, lo que así decidirá la Sala” Tribunal Superior de Cundinamarca, Sala Civil-Familia, M.P. Dra. Carmen Rosa Avella, 19 de diciembre de 1997. Acta 47 de diciembre 19 de 1997.

legales mensuales, que deberá pagar dentro de los 5 días siguientes al de su imposición.

Ejecutoriada tal determinación, si no consigna en término la multa impuesta, ésta se convertirá en arresto a razón de 3 días por cada salario mínimo de los que fue condenado a pagar. La conversión se adopta de plano en auto que sólo es recurrible en reposición.

Si el incumplimiento es por segunda vez y tramitado el incidente de incumplimiento respectivo es hallado responsable de incumplimiento por segunda vez de la medida de protección y ello acontece dentro de los dos años siguientes a su imposición, la sanción será de 20 o 45 días de arresto.

Necesariamente, debe el Comisario o Juez, de encontrar acreditado el acto de maltrato compulsar copias para el inicio de las acciones penales ante la Fiscalía respectiva, en cuyo caso, si el actuar del agresor constituye delito o contravención se le revocarán los beneficios de excarcelación o subrogados penales de que estuviere disfrutando.

Debe recordarse como el primer acto de maltrato del agresor, puesto en conocimiento de la autoridad civil para obtener la expedición de una medida de protección, no conlleva para aquel, en el ámbito civil, sanción distinta a la de la imposición de la orden de abstención en la reiteración de los actos de maltrato y el cumplimiento de la medida de protección que le señale la autoridad competente.

Pero en el campo penal, ese acto inicial será investigado y de hallarse probado el hecho y encontrado el denunciado o denunciada como autor o autora responsable del reato, será sancionado o sancionada, acorde con las penas señaladas en el respectivo tipo.

3.3.2. PROCESO O ACTUACIÓN PENAL

Como se anotara en antecedencia, con esta actuación se pretende brindar al núcleo familiar una protección adicional a la conferida por el marco genérico del Código Penal- Delitos contra la vida e integridad personal, la libertad y la familia, con la consagración de nuevas conductas penales que protegen un bien jurídico particular, la Armonía y Unidad Familiar.

La Ley 294 de 1996 creó cuatro tipos penales consagrados en sus artículos 22 a 25 con el siguiente tenor literal:

“Artículo 22. Violencia intrafamiliar. El que maltrate física, síquica o sexualmente a cualquier miembro de su núcleo familiar, incurrirá en prisión de uno (1) a dos (2) años.”

Artículo 23. Maltrato constitutivo de lesiones personales. El que mediante violencia física o síquica, trato cruel o intimidatorio o degradante, cause daño en el cuerpo o en la salud sicológica de un integrante de su núcleo familiar, incurrirá en la pena privativa de la libertad prevista para el respectivo delito aumentada de una tercera parte a la mitad.

Artículo 24. Maltrato mediante restricción a la libertad física. El que mediante la fuerza y causa razonable restrinja la libertad de locomoción a otra persona mayor de edad perteneciente a su grupo familiar, incurrirá en arresto de uno (1) a seis (6) meses y en multa de uno (1) a dieciséis (16) salarios mínimos mensuales, siempre y cuando este hecho no constituya delito sancionado con pena mayor”

Artículo 25. Violencia sexual entre cónyuges. El que mediante violencia realice acceso carnal o cualquier otro acto sexual con su cónyuge, o quien cohabitó 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 sólo procederá por querella de la víctima”

3.3.2.1 La modificación y supresión de los tipos penales

El tipo penal violencia sexual entre cónyuges, descrito en el artículo 25 de la Ley 294 de 1996, fue declarado inexequible por la Corte Constitucional, consideró el estamento cabeza de la jurisdicción que no resultaba válido atribuir a una misma conducta- acceso carnal violento- sanción más leve si se cometía la interior del hogar, pues la libertad sexual no admitía gradaciones y los cónyuges o las parejas no matrimoniales no tenían restringida su libertad sexual y por tal razón, el trato desigual que la norma proponía no era legítimo.⁸⁰

80. La Corte Constitucional en Sentencia C-285 de junio 5 de 1997. M.P. Carlos Gaviria Díaz. En su decisión se acotó: “En resumen, el bien jurídico protegido, con la sanción de los delitos de acceso y acto carnal violentos, es la libertad sexual y la dignidad de las personas; tales bienes jurídicos no pueden entenderse disminuidos por la existencia de vínculo matrimonial, de hecho o por el simple conocimiento sexual anterior.”

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

Los restantes tipos consagraban diversas modalidades de violencia intrafamiliar, nuevos por su contenido en el ordenamiento, buscan sancionar aquellos actos de maltrato físico, psíquico o sexual no constitutivos de lesiones personales o de restricción de la libertad, cometidos al interior del núcleo familiar por uno de sus miembros contra el otro o la otra, los otros o las otras.

Reflejan ellos el propósito de proscribir las agresiones de todo orden al interior del hogar que no obstante su apariencia de leves, alteran la armonía y la unidad familiar a tal punto que su ocurrencia faculta al Estado para superar la barrera del Derecho a la Intimidad Familiar⁸¹, que debe ceder en protección de los derechos fundamentales de los miembros de aquella, que en su interior son sujetos de amenaza o agresión.

Estos tipos penales se crean investigables de oficio, esto es, no sometidos a la querella de parte, lo que significa que cualquier persona está en la obligación de formular las respectivas denuncias penales o que aún la autoridad competente debe iniciar la investigación de oficio.

El legislador confirió a la víctima la posibilidad de escoger la vía para el relamo de protección por los actos de violencia intrafamiliar, o bien la acción civil de solicitud de medida de protección, o bien la formulación de la denuncia penal por los creados punibles; entendiendo que serían las circunstancias de cada caso las que el permitirían a la víctima escoger lo que resultare a ella más conveniente.

Estos ilícitos tienen sujeto activo y pasivo cualificado, porque sólo se cometen entre miembros de la unidad familiar; prontamente la Corte Suprema de Justicia vino a precisar que para efectos penales, estas conductas sólo se cometían entre compañeros permanentes si la violencia que ocurría entre estos se presentaba estando viviendo juntos, es decir, cuando integraban la unidad doméstica, no así cuando se encontraren separados, aún teniendo hijos comunes; pues consideró que sólo los actos de agresión o amenaza entre padres e hijos, por el vínculo de filiación que permanecía incólume, no obstante la separación de la pareja.⁸²

81. *Sentencia C- 273 de 1998 Corte Constitucional.*

82. *Expediente 45, acta 35 decisión de diciembre 5 de 1996. M.P. Carlos Mejía. doctrina que se reitera en autos de Sala Plena Expediente 139. (acta 15 de julio 10 de 1997) Auto de julio 17 de 1997 M.P. y Juan Manuel torres Fresned, autos de diciembre 11 de 1997, expediente 510 Acta 31. M.P. Ramón Zúñiga Valverde.*

3.3.2.2 Competencia para la sanción penal y la conciliación

La competencia para el conocimiento de estos delitos, se obtenía por aplicación del principio de competencia residual y se asignaba al Juez Penal del Circuito, ante la falta de normatividad expresa que atribuyera competencia para el conocimiento de estos delitos a un Juez en particular⁸³, por ende, la fase instructiva estaba en cabeza de los Fiscales delegados ante dichos Jueces.

Múltiples conflictos se generaron entre autoridades judiciales del ámbito penal para determinar a quién competía investigar este tipo de hechos punibles, si se tipificaban lesiones personales o violencia intrafamiliar, entre compañeros permanentes, separados desde antes de la ocurrencia del acto de agresión.

Aun cuando era indiscutible que por ser estos delitos de violencia intrafamiliar investigables de oficio, pues no estaban sometidos a la exigencia de la querella como requisito de procedibilidad, había quienes abogaban por que en estos asuntos se intentase un acuerdo conciliatorio que terminase con la investigación penal, pues se consideraba que había elementos extraídos de la propia ley que permitían llegar a tal conclusión.

Así, la Fiscalía General de la Nación⁸⁴ publicó en el año 1998 una cartilla instructiva sobre Violencia Intrafamiliar, Proceso Penal y Conciliación, dentro de su Plan Integral de Capacitación. El instructivo elaborado por dos Fiscales delegados ante los Jueces Penales del Circuito, hacía énfasis en la posibilidad de que se intentase la conciliación en el proceso penal por el delito de violencia intrafamiliar, como fórmula de terminación de estos procesos, no obstante

83. Así lo disponía el artículo 72 del C.P.P.

84. Bolaños Palacios Fernando y García Dueñas Hernando. *Violencia Intrafamiliar. Proceso Penal y Conciliación*. Fiscalía General de la Nación. Plan Integral de Capacitación. 1998. Aunque los autores admiten la existencia de regulaciones penales sancionatorias de los delitos que atentan contra la unidad y armonía familiar, restan importancia al carácter sancionatorio que pudiera perseguir la ley y afirman que "Sería ideal que sea el Juez de Familia o Civil en su defecto, quien remita las diligencias cuando verifique que en realidad se está ante un delito", pues consideran un contrasentido que solo se ponga en actividad la rama penal del aparato judicial, pues consideran que es la acción civil la llamada a garantizar la protección o tutela de la célula básica de la sociedad, por su inmediatez que le llevó a reemplazar la tutela.

Y como conclusión, puede resaltarse que éstos aseguran que "La acción penal en cambio, por la relativa lentitud como se debe adelantar el procedimiento y por las consecuencias negativas de una sentencia condenatoria a un miembro de la familia (que afecta en realidad a toda la familia y no solamente al condenado), no debe ser aplicada como la única alternativa que tiene la ley 294"

que ellos se iniciaban por denuncia y no por querella de parte, requisito de procedibilidad para la conciliación.

Sustentaban su tesis, entre otros argumentos, en que de los principios para la interpretación de Ley 294 de 1996, señalados por aquella, el literal g) del artículo 3º consagraba “el preservar la unidad y armonía de los miembros de la familia, recurriendo para ello a los medios conciliatorios legales cuando fuere procedente”.

3.3.3. EL DELITO DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

El tipo penal violencia intrafamiliar artículo 22, fue demandado en la misma acción que conllevó la declaratoria de inexequibilidad del artículo 25, y al efectuar su estudio, la Corte Constitucional señaló pautas precisas para la clasificación de la conducta y su adecuación típica, que por lo claras y puntuales se transcriben parcialmente:

“Mediante el artículo 22 de la ley 294 de 1996, el legislador quiso elevar a la categoría de delito algunas conductas que no podían ser adecuadas a las figuras típicas previstas en el Código Penal, con el objeto de brindar una mayor protección a los miembros de la familia, que eventualmente puedan ser víctimas de violencia por parte de otro integrante de su misma familia. Los elementos constitutivos del tipo de maltrato son distintos a los de las lesiones. El maltrato implica un acto de agresión contra la persona que no altere su integridad física, síquica o sexual. En tanto que las lesiones precisan del daño en la salud. Los bienes jurídicos protegidos con las disposiciones son también diferentes: el artículo 22, protege “la armonía y la unidad de la familia”, y las disposiciones del Código Penal relativas a las lesiones protegen la “integridad personal”. El tipo penal descrito por la norma acusada no subsume todas las formas de violencia contra las personas. El tipo penal no es abierto. Las expresiones contenidas en la norma deben ser entendidas en su sentido natural, y será el juez al resolver sobre la responsabilidad de acusado, el que defina si la conducta es inocua, constitutiva de maltrato o de lesiones personales, para lo cual se ha de valer de todos los medios de prueba aceptados legalmente, y en particular del concepto del médico legista. El artículo 22 constituye un tipo penal autónomo, que no vulnera la Constitución”⁸⁵

85. *Sentencia C-285 de junio 5 de 1997. M.P. Carlos Gaviria*

Consideraciones que permitían reafirmar el propósito sancionatorio de los actos de violencia al interior de la familia que, en cumplimiento de los compromisos internacionales, señalaba el mencionado artículo.

Puede entonces diferenciarse claramente el maltrato y de las lesiones personales, pues el maltrato no requería para tipificarse el causar un daño a la integridad física de la víctima, mientras tal daño sí era elemento propio del tipo penal de lesión personal.

El deseo de que la conducta fuera querellable y con ello objeto de conciliación, se logró con la expedición del Código de Procedimiento Penal, Ley 600 de 2000, que en su artículo 35 señaló como requisito de procedibilidad la querella de parte para el delito de violencia Intrafamiliar y con ello, por disposición del artículo 78 alteró la competencia para su juzgamiento que pasó a ser atribución de los Jueces Penales Municipales⁸⁶, aun cuando fueren aquellos delitos investigables de oficio, por tener como sujeto pasivo a un o a una menor de edad.

Por su parte el Código Penal, Ley 599 de 2000, a más de derogar el tipo penal relativo al maltrato constitutivo de lesiones personales (artículo 23) que no quedó recopilado en su texto y que, a su vez, deroga cualquier otro tipo de descripciones de conductas punitivas⁸⁷, recogió la conducta en su artículo 229 y le confirió una nueva redacción que incluye importantes cambios; a más de hacer expresa la subsidiariedad que la doctrina había reconocido al tipo penal, hizo un incremento en su pena y previó una agravación punitiva cuando la víctima sea un menor o una menor de edad.

Artículo 229. Violencia intrafamiliar. El que maltrate física, síquica o sexualmente a cualquier miembro de su núcleo familiar, incurrirá siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor en prisión de uno (1) a tres (3) años. La pena se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes cuando el maltrato recaiga sobre un menor.

86. *El año 2000 significó un drástico cambio en la competencia para el coccimiento de la Violencia Intrafamiliar; la acción Civil de Protección dejó de ser atendida por el Juez de Familia o Promiscuo de Familia y El Tribunal Superior, para pasar a manos del Comisario de Familia o Juez Municipal y El Juez de Familia o Promiscuo de Familia en Segunda Instancia. Si se mira objetivamente el cambio de autoridades podría afirmarse que se degradó en importancia la tramitación de estos juicios y tal vez más drástico se presenta el cambio de autoridad jurisdiccional por autoridad policiva en lo que trata con la solicitud civil de medida de protección.*

87. *Artículo 474. Derogatoria. Deróganse el Decreto 100 de 1980 y demás normas que lo modifican complementan, en lo que tiene que ver con la consagración de prohibiciones y mandatos penales.*

3.3.4. LA REGULACIÓN ACTUAL

Los Códigos Penal y Procesal Penal (Leyes 599 y 600 de 2000) no tardaron en ser modificados, esta vez con la expedición de la Ley 882 de 2004 que elimina del tipo penal Violencia Intrafamiliar los maltratos sexuales y modifica la tipificación de maltrato psíquico por maltrato psicológico.

De otro la norma amplia la agravación específica de la pena, que antes sólo se daba por ser la víctima menor de edad, haciéndola extensiva a los eventos en que la víctima de la violencia sea, una mujer, un anciano, o una persona con incapacidad o disminución física, sensorial y sicológica o que se encuentre en estado de indefensión; modificación que fue objeto de control de constitucionalidad y que la Corte encontró adecuada a la Carta Constitucional.⁸⁸ Concluye la Corte que la supresión de los tipos penales (artículo 23 y 25 de la Ley 294) y del componente maltrato sexual del artículo 229, no comporta desprotección de los miembros de la familia, pues tales comportamientos resultan siendo sancionados por tipos penales generales, es decir los previstos para todas las personas.

Entonces, la violencia intrafamiliar sólo entrará a operar en caso de que los atentados al núcleo familiar no alcancen a tipificar los delitos que protegen los otros bienes jurídicos: vida, integridad personal, libertad personal, es decir, tipos penales como homicidio, lesiones personales, secuestro etc.

Será la violencia familiar una conducta punible que se estructurará cuando el acto de violencia no configure un hecho punible más grave, para lograr así que todo acto de violencia que afecta al núcleo familiar en su armonía y unidad sea sancionado.

Con la expedición del Código de Procedimiento Penal que implementó el sistema acusatorio, Ley 906 de 2004, se ratificó en cabeza de los Juzgados Penales Municipales la competencia para conocer de los delitos cuya iniciación requiere querella de parte, aun aquellos investigables de oficio por tener como sujeto pasivo un menor de edad y, con ello, de la violencia intrafamiliar y el maltrato con restricción de la libertad, pues estos tipos se reseñan como conductas querellables en el artículo 74 de la mencionada ley.

El artículo 3º del Código reiteró la prelación que en el orden interno tienen los tratados sobre derechos humanos, no susceptibles de suspensión ni aún en estados de excepción por ser parte del Bloque de Constitucionalidad.

88. *Sentencia C-674 de junio 30 de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil.*

La Ley 1142 de Junio 28 de 2007⁸⁹ reafirma la competencia en el Juzgado Penal Municipal para el conocimiento del delito de violencia intrafamiliar y de maltrato mediante restricción de libertad; pues modifica los artículos 37 numerales 3º y 4º y 74 de la ley 906 de 2004; asignando dicha competencia y consagrando la obligatoriedad de querella de parte para el inicio de la investigación por el delito de Maltrato mediante restricción de la libertad, aun cuando fuere investigable de oficio, por tener como sujeto pasivo un menor de edad.

La Ley también modifica el artículo 229 del Código Penal para señalar que:

“Artículo 33. El artículo 229 de la ley 599 de 2000, Código Penal quedará así:

Violencia intrafamiliar. El que maltrate física o sicológicamente a cualquier miembro de su núcleo familiar, incurrirá, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor, en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años.

La pena se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes cuando la conducta recaiga sobre un menor, una mujer, una persona mayor de sesenta y cinco (65) años o que se encuentre en incapacidad o disminución física, sensorial y psicológica o quien se encuentre en estado de indefensión.

Parágrafo. A la misma pena quedará sometido quien, no siendo miembro del núcleo familiar, sea encargado del cuidado de uno o varios miembros de una familia en su domicilio o residencia, y realice alguna de las conductas descritas en el presente artículo”.

A más de incrementar la pena por la comisión del delito, dispone que igual pena a la señalada para éste delito podrá imponerse a aquella persona que sin pertenecer al núcleo familiar, cometa una de las conductas que la norma describe (maltrato físico o psicológico) en contra de uno o más miembros de una familia que fueron encomendados a su cuidado en su propio domicilio.

Es decir, podrá imponerse la pena prevista para dicho delito al empleado o empleada del servicio doméstico que, por ejemplo, maltrate a los menores, ancianos o discapacitados, sin llegar a causarles lesiones personales o delito sancionable con pena mayor.

89. Por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana

Podría afirmarse que la ampliación del tipo penal a personas ajenas al núcleo familiar desconoce el intención protecciónista de la violencia intrafamiliar, que se concibe como un atentado de uno de sus miembros frente al otro, pues el propósito buscado por la Ley 294 de 1996 y la normativa internacional es proteger a la familia manteniendo el respeto por su armonía y unidad, previniendo, remediando y sancionando los actos de violencia que a su interior se presenten uno de los miembros del núcleo familiar contra otro u otros.

Independientemente de que se busque proteger a los miembros de la familia, individualmente considerados, que son objeto de maltrato por el tercero encargado de su cuidado y que sea justo que éste tercero reciba la sanción que merece por su conducta de maltratar a quienes por su indefensión son entregados a su cuidado; difícil resultará soportar tal tipo de recriminación y sanción, bajo normativas penales que tienen un objeto de protección específico, es decir, el tipo penal de violencia intrafamiliar de sujeto activo y pasivo cualificado, siendo el bien jurídico tutelado, la armonía y la unidad familiar.

Pues el propio tipo penal extendido descarta de entrada que se trate de persona integrada a la comunidad o al hogar, al colocar como sujeto activo a una persona ajena a la familia, que terminara siendo sancionada por actos que la propia jurisprudencia constitucional ha encontrado reprimibles, sólo con el propósito de mantener la unidad y la armonía familiar.

La Ley 1257 de 2008 introduce modificaciones significativas a la Ley 599 de 2000, al crear nuevas penas privativas de otros derechos:

1. Artículo 24. Adiciónense al artículo 43 de la Ley 599 de 2000 los siguientes numerales:
 10. La prohibición de aproximarse a la víctima y/o a integrantes de su grupo familiar.
 11. La prohibición de comunicarse con la víctima y/o con integrantes de su grupo familiar.

Parágrafo. Para efectos de este artículo integran el grupo familiar:

1. Los cónyuges o compañeros permanentes.
2. El padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo lugar.

3. Los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos.
4. Todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integradas a la unidad doméstica.

Para los efectos previstos en este artículo, la afinidad será derivada de cualquier forma de matrimonio, unión libre.

Y regula que tratándose de delitos relacionados con la violencia intrafamiliar, la prohibición al condenado de acercarse a la víctima o a los integrantes de la unidad familiar y el comunicarse con ellos, estará vigente durante el tiempo de la pena principal y hasta 12 meses más.

2. La ley 1257 de 2008, modifica la circunstancia 1^a de agravación punitiva que el artículo 104 de la Ley 599 de 2000 señala para el delito de homicidio, para incluir en ella el hecho cometido contra la persona que se halle integrada de manera permanente a la unidad doméstica; y adiciona al como nueva circunstancia de agravación de dicho tipo el cometerse el mismo contra una mujer “por el hecho de ser mujer”.

3. Así mismo, extiende la circunstancia de agravación por el vínculo familiar, para los delitos de Secuestro extorsivo, de los actos sexuales abusivos, del proxenetismo, del maltrato con restricción a la libertad; cuando se ejecuta la conducta respecto de pariente hasta cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil, sobre cónyuge o compañera o compañero permanente, o contra cualquier persona que de manera permanente se hallare integrada a la unidad doméstica. Y para dichos efectos, la afinidad la entiende derivada de cualquier forma de matrimonio o de unión libre.⁹⁰

3.4. ASISTENCIA A LAS VÍCTIMAS DEL MALTRATO

Sin importar el tipo de acción que se intente, Civil o Penal, importante resulta la protección que deben brindar las autoridades de policía a las víctimas del maltrato; aquellos a quienes se encomienda el uso legítimo de la fuerza deben proteger a quienes son víctimas de este tipo de conductas.

En ello, la elaboración del acta en que consten las actuaciones adelantadas por la autoridad ante la solicitud de ayuda y protección, llega a tener relevancia

90. Artículos 24 y siguientes de la ley 1257 de 2008.

probatoria para el funcionario llamado a decidir la solicitud de imposición de una medida de protección provisional.

La ley impone como obligación a las autoridades de policía, en estos casos:

- “ a) Conducir inmediatamente a la víctima hasta el centro asistencial más cercano, aunque las lesiones no fueren visibles;
- b) Acompañar a la víctima hasta un lugar seguro o hasta su hogar para el retiro de las pertenencias personales, en caso de considerarse necesario para la seguridad de aquella;
- c) Asesorar a la víctima en la preservación de las pruebas de los actos de violencia y;
- d) Suministrarle la información pertinente sobre los derechos de la víctima y sobre los servicios gubernamentales y privados disponibles para las víctimas del maltrato intrafamiliar.”⁹¹

3.5. LA REALIDAD Y LA VIOLENCIA INTAFAMILIAR

Los compromisos estatales frente a la comunidad internacional con miras a la protección de la familia, comportan la necesidad de tomar medidas de todo orden que en tal propósito se encaminan, por lo que insuficientes resultan las medidas judiciales si no van acompañadas de políticas de inversión social, en salud, vivienda, educación, empleo y reeducación.

Empezando por dotar a cada municipio de una Comisaría de Familia con un equipo técnico interdisciplinario que contribuya a una visualización amplia de la problemática y posibilitar mayor probabilidad de acierto en la toma de la medida de protección y la implementación de ayudas terapéuticas, cuando se carezca de instituciones especializadas.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a quien la ley delega la labor de diseñar políticas, planes y programas para erradicar la violencia intrafamiliar, presta una encomiable labor, hace presencia en gran parte del territorio nacional y sus múltiples programas atacan muchos de los flagelos causantes de este tipo de violencia; sin embargo, su labor y recursos resultan insuficientes, lo primero por lo segundo; el mismo clama por la ampliación de la cobertura de sus

91. Ley 294 artículo 20.

servicios, su presupuesto y la mejora salarial de sus funcionarios, propósitos debería ser políticas institucionales de las autoridades competentes, con mayor razón si nuestra violencia cotidiana parece augurarnos, en contra de nuestro querer, más familias desplazadas, viudas y huérfanos o huérfanas, como resultado de una confrontación armada, cada vez más confusa, sin sentido y sin punto de regreso.

El funcionario judicial o administrativo a quien corresponde adelantar las funciones que requiere el desarrollo de esta ley, en sus múltiples facetas, ha de asumir su labor con hondo compromiso social, desde la óptica de su propia vida familiar; más allá de la normal observancia de su función judicial o administrativa, debe reflejar en ella cumplimiento del deber de solidaridad que la Constitución le reclama; esforzarse por acertar en la toma de las medidas de protección y en efectuar seguimiento de las tomadas, en fin, lograr que las familias reciban la atención requerida, aún careciendo del actuar de las demás autoridades obligadas a prestar la atención especializada, sin dejar de responsabilizarlas por su omisión, pero sin justificar en la inoperancia de aquellas una actitud suya, pasiva o indolente.

Postulados que deben guiar su actuar, sólo así se brindará una ayuda a quienes con sus actos de violencia muchas veces reclaman, por ésta vía equivocada, un espacio de vida o de participación en la comunidad, o simplemente el ser oídos.

Por la directa conexión que tiene con ésta temática, importante resulta la labor que la Ley 1257 de 2008 le atribuye a la Consejería para la Equidad de la Mujer que en coordinación con la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo debe crear el comité de seguimiento del cumplimiento de esta ley, así como rendir informe anual al Congreso de la República sobre la situación de la violencia contra las mujeres, sus manifestaciones, magnitud, avances y retrocesos, consecuencias e impacto.

3.6. ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Ap

Con base en los contenidos expuestos en esta unidad, desarrolle el siguiente cuestionario:

1) *¿Cuál es la exigencia probatoria mínima para tomar una medida de protección provisional, en respuesta inmediata a la solicitud de*

Ap

protección por violencia intrafamiliar que ademada el Comisario de Famita o el Juez Municipal?

2) *¿En qué circunstancias la ley impone como medida de protección a la familia la orden de desalojo del agresor" de la casa de habitación de la misma?*

3) *¿Qué elementos de juicio deben considerarse para tomar una acertada medida de protección ya provisional o definitiva?*

4) *¿Cuales serían las medidas de Prevención, Remedio y Sanción de la violencia intrafamiliar, que las Leyes 294de 1996 y 575 de 2000 consagran? y ¿como se hacen efectivas?*

5) *¿En qué procesos, diferentes a la acción civil de protección por violencia intrafamiliar, pueden tomarse las medidas de protección consignadas en ésta reglamentación legal y que justifica tal facultad?*

6) *¿Qué significa que para el caso de la violencia intrafamiliar, la acción penal y la acción civil puedan se concomitantes?*

7) *¿Cree usted que los cambios en la atribución de competencia para el conocimiento de las acciones penal y civil, de Jueces de Familia y Tribunales, a Comisarios y Jueces de familia; y de Jueces Penales Municipales a Jueces Penales Del Circuito; incide en la protección de la familia contra los actos de violencia intrafamiliar? ¿si o no, sustente su respuesta?*

8) *¿Cuál es la exigencia probatoria mínima para tomar una medida de protección provisional, en respuesta inmediata a la solicitud de protección por violencia intrafamiliar que ademada el Comisario de Famita o el Juez Municipal?*

9) *¿Qué elementos de juicio deben considerarse para tomar una acertada medida de protección ya provisional o definitiva?*

10) *¿Cuales serían las medidas de Prevención, Remedio y Sanción de la violencia intrafamiliar, que las Leyes 294de 1996, 575 de 2000 y 1257 de 2008 consagran? y ¿como se hacen efectivas?*

Ap

11) *¿En qué procesos, diferentes a la acción civil de protección por violencia intrafamiliar, pueden tomarse las medidas de protección consignadas en ésta reglamentación legal y que justifica tal facultad?*

12) *¿Qué significa que para el caso de la violencia intrafamiliar, la acción penal y la acción civil puedan ser concomitantes?*

13) *¿Cree usted que los cambios en la atribución de competencia para el conocimiento de las acciones penal y civil, de Jueces de Familia y Tribunales, a Comisarios y Jueces de familia; y de Jueces Penales Municipales a Jueces Penales Del Circuito; incide en la protección de la familia contra los actos de violencia intrafamiliar? ¿Si o no, sustente su respuesta?*

Ejercicio 2

Atendiendo lo desarrollado en la tercera unidad, relacione 5 diferencias y 5 semejanzas entre la Acción Civil y la Acción Penal que para la protección de la familia crea la Ley 294 de 1996.

Ejercicio 3

En que consisten las medidas de atención que crea la ley 1257 de 2008 y que papel juega en su implementación el Sistema de Seguridad Social en Salud y los entes territoriales

3.7. AUTOEVALUACIÓN

Ae

Revise dos (2) de los 10 casos que a continuación se relacionan y respecto de cada uno de ellos responda los siguientes interrogantes:

1- ¿Quién es el sujeto agresor y quien la víctima?

2- ¿Cuál es la causa que genera la violencia intrafamiliar?

*3- Cómo Juez de conocimiento en primera instancia
¿Qué medidas provisionales tomaría?*

¿Cómo Sentenciaría usted la acción? ¿Qué medida de protección definitiva decretaría?

¿Compulsaría copias para investigación penal? ¿Si o no, y porque?

Ae

CASO 1

Alega la peticionaria que su cuñado, quien convive con su hermana Bárbara Suárez en una habitación de su casa desde hace ocho años, llega ebrio todos los fines de semana y amenaza y arremete de palabra y obra a quienes allí habitan. Que últimamente ha empezado a proferir amenazas de muerte contra los habitantes de la casa.

Son también accionantes los dos hijos menores y la compañera del accionado; que a los menores los intenta agredir con navaja que a diario porta y causa daños en los enceres de la vivienda que amenaza incendiar si no los puede matar. En sus borracheras ha tratado de matar los animales domésticos y emplea un vocabulario soez, da mal ejemplo a los menores y pone en peligro su educación. El accionado tiene su propia casa de habitación, a donde puede irse a vivir con su compañera e hijo y así vivir separadamente de la demandante, pues los problemas que éste tiene afectan la vida de la actora y de los demás habitantes de la casa.

De los hechos narrados son testigos los demás habitantes de la casa y los vecinos, pero estos últimos se niegan a declarar por temor a represalias del demandado. Es su hijo, de ocho años de edad, quien siempre resulta en medio de las peleas, a quien el demandado toma de escudo para hacer lo que quiere, agredir a los demás y evitar que le hagan algo a él.

Acude la accionante a la Comisaría de familia y solicita la expedición de una medida de protección a favor de ella y de los demás habitantes de su hogar, señala que el último acto de maltrato verbal aconteció 20 días atrás.

CASO 2

La señora Cecilia llega llorando al despacho del Juzgado Promiscuo Municipal de Chaguaní, municipio que carece de Comisaría de Familia, y alega que la noche anterior su ex marido en estado de embriaguez y a eso de las 12:00 p.m. irrumpió en su apartamento, partiendo los vidrios entró por el balcón y tomó un cuchillo de la cocina. Que ella, junto con su hija menor de edad, se refugió en la alcoba de la niña, pero él entró partiendo la puerta y la amenazó de muerte, que ella lo esquivó de diferentes formas para defenderse y al final fue su hijo quien logró controlarlo.

Ae

Pide que se tome una medida de protección inmediata, pues no es la primera vez que se comporta de esta manera y aunque ya le había puesto una demanda en la SIJIN no se le dio importancia a lo ocurrido; que de testigos están las puertas ventanas y paredes del apartamento y los vecinos del sector.

CASO 3

Alega la madre de la menor Geisel, que contrajo matrimonio católico con el demandado y procreó en su vigencia a las menores Geisel Estefany de 12 años y Elian Ximena de 11 años de edad y que está en trámite proceso de "cesación de efectos civiles" por el carácter violento y agresivo del demandado en el hogar; que hace 2 meses, a eso de las siete y media de la noche, la menor actora Geisel Estefany se desplazaba con unas amigas por el barrio y vio a su padre acompañado de la mujer con la que convive desde 3 meses atrás; su padre también la vio a ella y pensó que lo estaba siguiendo, se enfureció y la emprendió a golpes e insultos que la menor al verse en esa situación se dirigió al CAI de la Plazoleta a pedir protección, pues el demandado la perseguía.

Fue allí donde la atendió un agente de policía que impidió que la menor siguiera siendo agredida por su padre, el gente de la Policía dejó constancia en acta que el demandado argumentó que la niña era hija suya, que acababa de salir de un orfanato y que era enferma mental, que entonces la menor se sintió mal y se desmayó en el CAI. Manifiesta la actora que la agresión, además de ser física también fue psicológica y solicita se adopte una medida de protección a favor de las hijas menores especialmente de Geisel Estefany.

CASO 4

Relata la accionante que convive con el demandado desde hace ocho años y de dicha unión existen dos menores de edad, Yusbeydi Johana y Yuliana Elizabeth de 8 y 12 años de edad, respectivamente. Que hace dos años el demandado viene protagonizando actos de violencia en contra suya y de las menores; como amenazarlas de sacarlas de la casa; que ejerce violencia psicológica contra suya y de las niñas por que las tiene atemorizadas con su agresividad, intimidación, insultos y groserías constantes.

Ae

El Demandado acostumbra tomar con sus hermanos y llega con estos a la casa en estado de embriaguez, que la actora sólo puede callarse y atenderlo o acostarse sin decir nada, pues de lo contrario "le da en la geta"; que su compañero la golpea constantemente. Hace tres días como de costumbre el demandado llegó y sin mediar razón dijo que la fruta, que ellos expenden, estaba mal empacada y empezó a insultarla a ella y sus niñas, les decía que eran unas muertas de hambre, que no servían para nada, que si querían comer que trabajaran, que las niñas que se pusieron a llorar. Que la situación se repitió al día siguiente.

Aduce que las circunstancias en que viven son insoportables para las niñas, que están traumatizándose con la violencia desplegada por el padre y solicita el proferimiento de una medida tendiente a sancionar o remediar el proceder de su compañero y padre de sus hijas.

CASO 5

Relata la actora que convivió con su demandado por seis años y procreó con él a las menores Karen Carime y Tatiana Shirley Gómez Contreras; durante la convivencia sufría agresiones físicas y verbales del demandado, aun estando embarazada, por lo que entabló denuncia contra él en la Comisaría Familia y fue enviada al médico legista para que valorara su estado de salud, determinándosele una incapacidad de 12 días. Que, ante la Comisaría, el demandado prometió cambiar y dejar de agredirla y por esa razón continuaron conviviendo; Pero, días después, el demandado aprovechando la ausencia de la actora se marchó llevándose el televisor y un multimueble. Tanto la actora como el demandado son comerciantes y por lo que él va constantemente a la casa a retirar mercancía y el día de hoy, en las horas de la mañana, el demandado llegó a la casa y la amenazó diciéndole que "ya tenía quien la arreglara", al hacerle ella el reclamo por la amenaza, el demandado le dio una patada y golpeó varias veces en presencia de sus hijas.

CASO 6

Expone la querellante que el pasado sábado se presentó en su casa el demandado en grave estado de embriaguez y sin ningún motivo aparente la agredió verbal y físicamente. Que dichos actos se presentan constantemente, cada vez que está bajo la influencia de bebidas alcohólicas, que de igual manera insulta a sus hijos sin tener ningún tipo de consideración. Últimamente el demandado suele escuchar música a

Ae

todo volumen sin importarle que los hijos estén durmiendo, incluso los manda a traerle licor, además la amenazó con pegarle y al servirle la comida se la lanzó contra ella quebrando los platos; comportamientos de los que también han sido víctimas los vecinos. Solicita entonces el proferimiento de una medida tendiente a sancionar o a remediar el proceder de su compañero.

CASO 7

Alega la accionante que el miércoles pasado fue al médico y de allí se dirigió con su hija a la apertura de las fiestas del pueblo; que el demando, por ese hecho, la trató mal y le arrojó un pocillo por los pies. El domingo siguiente, cuando se encontraba con su hermano, quien le brindó una cerveza, el demandado al verla con él, la trató de "prostituta", a más de otros insultos y al día siguiente se encontraba en compañía de sus dos hijos Miguel y Yeisson y en el parque se encontró con su hermano y la novia; esa noche se tomó unos tragos y se fue junto con sus hijos a dormir en casa de sus padres, por lo que el demandado fue hasta allá a tratarla mal y al día siguiente le dijo que se fuera de la casa y se llevara a los niños, razón por la cual ella le reclamó, diciéndole que ella tampoco quería seguir viviendo con él, entonces el demandado la amenazó con dispararle si no se iba de la casa.

CASO 8

La querellante ha convive con el demandado hace 11 años y procreó en dicha convivencia a los aún menores Elver Alexis, Leydi Nataly y Leomardo David Carreño Suárez de 11, 7 y 5 años de edad respectivamente. Alega que desde hace tiempo el demandado tiene comportamientos violentos y agresivos en el hogar, principalmente cuando se encuentra bajo los efectos del alcohol, situación que es frecuente en él. El día anterior a las once de la mañana, encontrándose el menor Leonardo David jugando con su hermano Elver Alexis, el primero sin culpa le pegó al segundo, por lo que el demandado lo agarró del cuello y lo golpeó con su correa en varias oportunidades y lo seguía maltratando a pesar de que la accionante le decía que no lo castigara más; que entre golpe y golpe le decía el niño que si no dejaba de molestar lo metería en el tanque para que se ahogara, que por el trato de su padre el niño se traumatizó; que posteriormente, ese mismo día, en la noche el demandado estaba tomando en la casa desde las nueve de la noche, la demandada le dijo que le bajara el volumen a la música porque los niños

Ae

estaban dormidos y tenían que madrugar y aquél respondió con insultos y groserías delante de los menores hijos y se abalanzó a golpearla; el menor Elver Alexis intervino siendo éste agredido físicamente, que el demandado le decía que se fuera de la casa junto con los niños, que él se marchaba por un rato pero que cuando llegara no quería ver a nadie en el inmueble. La demandante se refugió en una habitación del segundo piso de la casa para evitar más problemas.

Dice sentirse amenazada y temerosa de regresar a la casa, pues desconoce la reacción que su compañero vaya a tomar hacia ella, solicita el proferimiento de una medida de protección tendiente a remediar el proceder de aquél.

CASO 9

Quien querella relata que el pasado lunes, a las tres de la mañana su sobrino, que vive con ella hace 5 años, llegó a su casa a interrumpir el sueño y la tranquilidad con insultos y con golpes a las cosas de la casa, incluso rompió un vidrio cuando lanzó una botella. Ante tales comportamientos, ella junto con sus hijos se tuvieron que refugiar en una de las habitaciones de la casa a donde éste llegó dándole puntapiés a la puerta; ella llamó a la policía y los agentes llegaron al inmueble para intentar calmar al agresor, que se encerró en su cuarto y no dejó que la policía lo sacara.

Por tal situación se vio obligada a salir de su casa junto con sus hijos para refugiarse en casa de su madre y sus hermanas. Argumenta que el demandado en ocasiones anteriores ya había tenido comportamientos agresivos, pero que por varias amenazas de muerte que éste había lanzado contra ella y sus hijos no había acudido ante la instancia judicial. Solicita entonces se tome una medida de protección, en especial el desalojo de su casa por parte del agresor.

CASO 10

Menciona la accionante haber contraído matrimonio católico con Mario Jesús Carrillo el 26 de octubre de 1985 y procreado con aquél a Jenny y a Mario Alberto Carrillo de 3 y 9 años de edad respectivamente; que desde hace varios años su esposo ejecuta actos de violencia intrafamiliar en su contra suya y de sus hijos, situación que se ha agudizado en los últimos dos meses. El maltrato consiste en insultos verbales y groserías,

Ae

así como el proferimiento de amenazas de muerte o de que va a sacar a los menores del colegio.

Señala que el día 13 de abril de 2006 su esposo llegó al medio día y empezó a tratarla mal intentando golpearla, pero ella no se dejó y se defendió; al ver que no la pudo maltratar, la amenazó de muerte; dice que teme que su esposo por su temperamento violento algún día llegue a maltratarlos y solicita el proferimiento de una medida tendiente a sancionar o a remediar el proceder de su cónyuge.

3.8. ANALISIS DE JURISPRUDENCIA

Aj

LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA REGULADORA DE LA ACCIÓN CIVIL Y EL INCIDENTE DE INCUMPLIMIENTO O DESACATO A LA MEDIDAS DE PROTECCIÓN U ORDEN DE ABSTENCION EMITIDAS HA GENERADO DEBATES QUE OBTIENEN DISIMIL RESPUESTA EN LA JUDICATURA.

3.8.1. LA IMPOSICION DE LA MEDIDA DE DESALOJO DEL AGRESOR DEL HOGAR ESTA CONDICIONADA A LA PRUEBA DE QUE LA CONVIVENCIA CON AQUEL CONSTITUYE UNA AMENAZA PARA LA VIDA E INTEGRIDAD PERSONAL DE LOS MIEMBROS DE SU NUCLEO FAMILIAR.

La trascendencia que tiene esta medida de protección en la vida del núcleo familiar que es objeto de ella, obliga especial consideración en torno a las circunstancias que deben reunirse para que sea viable su decreto, de tal manera que sólo en aquellos eventos en los que se determine con claridad la necesidad de la misma.

El Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Familia, en sentencia de julio 28 de 1997, al revocar la medida de desalojo que había dispuesto el Juez de Familia expuso: "No obstante estar demostrado que existió violencia de parte del señor XX, hacia su compañera, no procede ordenar el desalojo de la casa de habitación que comparte con la actora porque no se vislumbra que por el sólo hecho de la convivencia de las artes se ponga en inminente peligro la salud o la integridad de la demandante". Lectura que ya se había expuesto por el mismo tribunal en sentencias de abril 11 de 1997, agosto 6 de 1997.

Aj

Y en lo que toca con la legitimación en causa pasiva de la acción civil de violencia intrafamiliar, la jurisprudencia reitera que ella sólo puede dirigirse hacia aquellos que forma o están integrados al núcleo familiar que se quiere proteger; por lo que, si el causante del conflicto familiar es un tercero ajeno a la relación familiar, que tampoco se halla integrado de forma permanente a la unidad doméstica, no sería viable la interposición de la medida de protección como mecanismo para la superación de esa problemática, así como tampoco podría involucrarse al mismo en la toma de medidas de protección o de sanciones por su incumplimiento; así, en Sentencia de Mayo 14 de 1997, el Tribunal Superior de Bogotá aplicando tal limitación advierte que es improcedente la acción instaurada por la una esposa contra una mujer señalada como amante de su marido.

Y sobre las consecuencias de la inasistencia del señalado agresor a la audiencia de conciliación y trámite de la acción civil, la jurisprudencia del Tribunal Superior de Bogotá ha reiterado que conforme lo dispuesto en los artículos 4, 5 y 12 de la ley 294 de 1996 tal comportamiento suficiente prueba de confesión de responsabilidad de demandado en la ocurrencia del hecho “De las normas anteriormente descritas se colige que basta únicamente con la no presencia del demandado a la audiencia para tener por aceptados los hechos narrados en su contra” Sentencias de 11 de abril de 1997 (Acta 13 de abril 8 de 1997) y de 28 de julio de 1997 Exp. Medida 003. (Acta 31 de julio 15 de 1997).

3.82. EL INCIDENTE DE INCUMPLIMIENTO DE LA MEDIDA DE PROTECCIÓN.

.-El incidente de incumplimiento de la medida de protección impuesta al agresor, tiene como finalidad primordial establecer si en efecto ocurrió la conducta que se le atribuye agresor, pues de ser así, sobreviene la sanción pecuniaria inicialmente y luego de arresto incommutable. Sin embargo, como el acto de reiteración del maltrato permite deducir que no ha cesado la violencia, se discute si al interior del trámite incidental pueden tomarse otras medidas.

El Tribunal Superior de Pamplona, en auto del 19 de julio de 1997, al decidir apelación del auto que resolvió un incidente de incumplimiento de medida de protección, posterior a sentencia ejecutoriada, dispuso no solo la revocatoria del auto que sancionaba al agresor, sino modificar la medida de protección impuesta, que generó el incidente, consideró que en caso de que el infractor insista en la agresión es viable que el Juez de

Aj

conocimiento le imponga otra de las demás medidas de protección como el desalojo de la casa de habitación que ocupa con sus víctimas. Tribunal Superior de Pamplona, auto de julio 19 de 1997. Expediente 079, Sala Civil-Familia-Laboral.

.- También se discute si no obstante haberse proferido mediante sentencia que cobró ejecutoria, medida de protección y orden de abstención al agresor, dicha al determinación, esto es, la orden de abstención, sea susceptible de disposición por las partes, vale decir, que si se presenta un nuevo acto de maltrato después de impuesta la prohibición en sentencia, puedan éstas pedir a la autoridad competente para el conocimiento de la acción civil que no se sancione al agresor, aun cuando esté probado el nuevo acto de maltrato y, con ello, el incumplimiento a la orden emitida, por que se ha dado con posterioridad al hecho la reconciliación o perdón de la víctima al agresor.

El Tribunal Superior de Cundinamarca se inclina por una respuesta afirmativa a tal interrogante, en efecto, en providencia de fecha diciembre 19 de 1997 al decidir un recurso de apelación en contra del auto de fecha 23 de septiembre de 1997 emanado del Juzgado de Familia de Soacha, que decidió el trámite incidental de incumplimiento imponiendo multa de 2 salarios mínimos al agresor por contravenir su sentencia de fecha septiembre 4 de 1996; como las partes presentaron escrito en el que se aceptaba que el demandado con posterioridad al incumplimiento investigado había observado un cambio y buen comportamiento y pedían no se hiciera efectiva la multa impuesta por el incumplimiento, resolver favorablemente la petición de agresor y víctima, en sustento de su decisión el Tribunal expuso:

“Si la función del juez en esta clase de conflictos es precisamente la de propiciar el acercamiento y la convivencia en la familia, es claro que en el presente caso se precipitó a fallar e imponer la sanción, cuando ya el agresor, según su esposa ofendida, se había enmendado y guardaba buen comportamiento. En tales circunstancias se impone revocar la sanción impuesta pues mantenerla implicaría el rompimiento total de la unidad familia que está por lo menos en vía de recuperación, con la enmienda del agresor, lo que así decidirá la Sala” Tribunal Superior de Cundinamarca, Sala Civil-Familia, M.P. Dra. Carmen Rosa Avella, 19 de diciembre de 1997. Acta 47 de diciembre 19 de 1997.

3.9 BIBLIOGRAFIA RELACIONADA

BS

Para profundizar en los temas expuestos en la tercera unidad se pueden consultar las siguientes obras:

ALEXI Robert. Teoría del Discurso y Derechos Humanos. Traducción e introducción de Luis Villar Borda. Universidad Externado de Colombia. Serie teoría jurídica y Filosofía del Derecho. Tercera reimpresión de Primera Edición, 2001. 138 Pág.

CEPEDA, Manuel José. Los Derechos Fundamentales en la Constitución de 1991. Temis. Bogotá, Primera Edición, 1992, 350 Págs.

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Interpretación Constitucional. Modulo de formación elaborado por Diego Eduardo LÓPEZ MEDINA. Unibiblos, Bogotá, 2002, 140 Pág.

CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER, suscrita en la ciudad de Belén Do Para, Brasil, el 9 de junio de 1994, aprobada por la Ley 248 del 29 de 1995.

CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. Ley 51 de 1981.

DECLARACIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER, adoptada por Resolución de la Comisión de Derechos Humanos, 20004.

GARCIA SARMIENTO, Eduardo. La Familia, El Menor y las personas de la tercera edad en la Constitución. Librería Editorial Foro de la Justicia. Primera Edición, Bogotá, 1992. 152 Págs.

GONZALES VERGARA, Antonio. Crecer familia. Una Experiencia que deja huella. Bogotá. C.: orcas Editores Ltda., 1994., 82 p.

BS

VILLAMIL PORTILLA, Edgardo. *Protección Familiar Visión constitucional. Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 1999, 531 Págs.*

Impreso en los talleres de
Grafi-Impacto Ltda.
Diciembre de 2007