

**La jurisprudencia sobre el maltrato entre ex parejas sentimentales: Análisis bajo el lente
de los estudios de género**

Jeniffer Forero Laguado

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA

Maestría en Derecho de Familia

Facultad de Derecho

Bucaramanga, 2018

LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL MALTRATO ENTRE EX PAREJAS SENTIMENTALES: ANÁLISIS BAJO EL LENTE DE LOS ESTUDIOS DE GÉNERO*

*Jeniffer Forero Laguado***

RESUMEN:

Este artículo analiza el tema de la violencia provocada entre ex parejas y la forma como se aborda por la jurisprudencia colombiana, desde un enfoque de género, con el fin de examinar si se presenta una discriminación de género en los argumentos de la jurisprudencia vigente de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en materia de violencia intrafamiliar, cuando el maltrato denunciado se presenta entre ex parejas. Para realizar este estudio, en primer lugar se describirá algunas causas, estereotipos y manifestaciones de este tipo de violencia de género, se explicará también los ciclos de violencia de pareja, las dificultades que implica romper este ciclo, aunque la relación sentimental termine y las causas y eventos de la retractación. En segundo término, se identificarán los argumentos de la Corte ofrecidos en casos en que estudió esta problemática, y posteriormente, se examinarán desde una perspectiva de género, para determinar si existen criterios sospechosos de discriminación de género.

PALABRAS CLAVE: Género, ex parejas, jurisprudencia, violencia intrafamiliar.

ABSTRACT:

This article studies the issue of violence produced among ex-partners and the way it is addressed by Colombian jurisprudence, from a gender perspective, in order to examine whether gender discrimination exists within the arguments of the current jurisprudence of the Criminal Cassation Chamber of the Supreme Court of Justice in matters of interfamily violence, when the reported abuse is testified by ex-partners. To carry out this study, we will first describe some causes, stereotypes and manifestations of this type of gender violence, we will also explain the cycles of partner violence, the difficulties that arise while trying to break this cycle, even if the

* Artículo de investigación como requisito de grado de la Maestría en Derecho de Familia de la UNAB.

** Abogada egresada de la UIS. Especialista en Derecho de Familia de la UNAB. Especialista en Derecho Procesal de la U. Santo Tomas de Bucaramanga. Candidata a Magister en Derecho de Familia de la UNAB. jenflaguado@hotmail.com

relationship ends, and the causes and events that lead the victim to take back or change their testimony in order for the abuser to avoid being prosecuted. Secondly, the arguments that the Court has offered while studying this problematic will be identified, and subsequently, they will be examined from a gender perspective to determine if there is suspicious criteria of gender discrimination.

KEY WORDS: Gender, former couples, jurisprudence, interfamily violence.

Introducción

Todos hemos conocido al “amigo de un amigo” que ha tenido una pareja que tiene comportamientos agresivos, posesivos o violentos, los cuales no terminan con la ruptura de la relación. Y ello ocurre porque en muchas ocasiones quienes hacían parte de la pareja se queda en la etapa del duelo de la negación, no puede ver que la situación de su vida sentimental cambio y no puede obligar a otra a mantenerse en una sociedad económica y emocional que no quiere. Estos sentimientos se derivan de estereotipos ligados al éxito o fracaso en su proyecto de vida ligados a la continuidad o no de una relación sentimental, y a imaginarios que ligan la relación sentimental con “un derecho de propiedad” sobre otro ser humano, el cual, en esta sociedad en que la propiedad privada es casi tan importante como la dignidad humana, se considera fundamento digno para emplear cualquier tipo de armas emocionales e incluso físicas para lograr recuperar lo que considera “suyo”. Se tejen imaginarios ligados a frases como: “si no eres mía(o) no eres de nadie”, “necesitas a tu media naranja”, “le ha ido mal en la vida, está divorciada(o)”, “pasaste al mercado de lo usado”, el mito del “príncipe azul”, “eres mía(o) y yo soy tuyo(a)”, “sin mí no eres nadie”, “nadie te va a querer como yo”, “en la guerra y en el amor todo se vale”, entre otras muchas.

Este tipo de circunstancias fácticas son muy comunes en nuestra sociedad, según estadísticas de la Superintendencia de Notariado y Registro entre febrero de 2016 a febrero de 2017 se registraron en el país 64.709 matrimonios, 24.994 divorcios, 10.037 uniones maritales de hecho y 1.133 disoluciones de uniones maritales de hecho (Superintendencia de Notariado y Registro, 2017), sin contar obviamente con las separaciones de cuerpo y de hecho que no se

registran. Pese a que son pocas las estadísticas que distingan la violencia contra ex parejas sentimentales, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (2016) registra datos estadísticos sobre los homicidios de mujeres donde el presunto agresor es la pareja o ex pareja, indicando para el año 2014, 90 casos, para el año 2015, 81 casos, para el año 2016, 101 casos, y para el año 2017 un 30%, según informe del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (2018). Respecto de mujeres víctimas de violencia intrafamiliar, tampoco se diferencia entre parejas y ex parejas, pero se tienen para el año 2014, 31.766 casos, para el 2015, 29.027 casos y para el año 2016, 36.194 casos, en un registro más reciente, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (2017) reporta que de 71.980 valoraciones médico legales en el contexto de violencia de pareja para los años 2016 y 2017¹, el segundo agresor más concurrente es el ex compañero, con un porcentaje del 34% de los casos, igualmente informa que de las 10.169 valoraciones de riesgo de violencia mortal contra mujeres por parte de su pareja o ex pareja para los años 2016 y 2017², un 39% se encuentra en riesgo extremo y el 21% en riesgo grave. Según el mismo Instituto (2018) para todo el año 2017 de los 49.938 casos que informaron el presunto agresor, 31,85% fue el ex compañero permanente y 2,86% el ex cónyuge, para un total de ex parejas del 34,71%, y sobre las 6.754 valoraciones de riesgo de violencia mortal contra las mujeres por parte de su pareja o ex pareja, se indicó que un 60,3% se encontraba en riesgo grave y extremo.

Con esta breve información estadística se puede deducir que el tema de violencia contra ex parejas sentimentales es de trascendencia nacional y las decisiones jurídico políticas que se toman sobre este tema repercuten a una importante cantidad de población.

Este tipo de violencia, trasciende no solo en la integridad física de las personas que conformaron la pareja en sí (lesiones personales), sino también en la integridad emocional, psicológica, en la capacidad de socializar, de establecer relaciones emocionales y de confianza con otro ser humano, todo necesario para mantener una salud mental y por ende una unidad familiar, tanto en la ex pareja que resulta víctima, como de los hijos fruto de esa relación que

¹ De enero a octubre de 2017

² Igual parámetro

deben ser testigos de los vejámenes entre sus padres. Resquebrajando en lo más profundo ese círculo de seguridad que debe representar la familia.

El juez que conoce un asunto de violencia contra una mujer debe considerar que cuando se es víctima de maltrato por un ser amado, es muy difícil tomar la decisión de separarse de su agresor, muchos factores les impiden terminar con la agresión, por ejemplo la cultura, los estereotipos, la discriminación a las víctimas, la misma familia, que junto con la agresión y el arrepentimiento posterior, se vuelven un círculo vicioso que las hace creer que “todo va a mejorar”, que “ésta vez si va a ser la última”, que “esta vez él no tuvo la culpa, fue por mi culpa”, que hacen que se aferren a las épocas buenas de la relación como a un salvavidas. Pero para llegar a esta etapa de sumisión, ha tenido que pasar por golpes, maltrato psicológico y sexual, por amenazas a su vida y la de sus hijos, que la hacen pensar que un comportamiento pasivo es la única forma de evitar la agresión. Así que romper un círculo vicioso, no siempre depende de la sola decisión consciente de una persona, lo que lo hace tan complejo y a la vez valeroso de lograr. Por ello es que ante una violencia de género como la que se expone, y que continua luego de la ruptura de la relación, estas circunstancias deben ser consideradas por el Juez para tomar cualquier decisión en aras de alcanzar decisiones más justas.

La preocupación que incentivó este trabajo de investigación, es el desvalor que se le da judicialmente a esa violencia que se genera entre ex parejas sentimentales, que en su momento convivieron juntos, e incluso tuvieron hijos. Pues no se consideran si quiera las razones que generan esa violencia y que no se pueden comparar al modus operandi de unas lesiones personales dolosas.

Este artículo se enfocó en determinar desde un enfoque de género ¿cuáles son los criterios jurisprudenciales que permiten proteger a las personas víctimas de maltrato por parte de su ex pareja sentimental? Para lo cual se identificaron los criterios de violencia de género entre ex parejas sentimentales, para sensibilizar sobre la gravedad del problema, luego se examinaron los argumentos para la variación de la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la interpretación de "núcleo familiar", para posteriormente concluir que

sobre este tema de violencia entre ex parejas, no se utiliza, ni se ha utilizado, por parte de la Corte una perspectiva de género para su solución.

Para la realización de éste artículo de investigación científica se utilizó una metodología de tipo dogmática jurídica con enfoque cualitativo, un análisis documental de doctrina y teoría sobre violencia entre ex parejas, y un análisis documental de tipo normativo, de jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, teniendo como criterios de análisis el concepto de núcleo familiar en casos de violencia intrafamiliar y la relación entre personas que fueron pareja, separadas o divorciadas, convivientes en misma residencia o no, con hijos o no, desde una perspectiva de género siguiendo una metodología de análisis de género, de acuerdo a los pasos que expone FACIO (1992), utilizando un método deductivo de corte hermenéutico.

Género y violencia de género, sus representaciones y factores entre ex parejas

En razón a que el sistema patriarcal ha prevalecido en nuestra cultura desde siglos, se piensa que la perspectiva de género consiste en radicalizar la protección a la mujer y desamparar los derechos de los hombres, por lo que se ha llegado a ridiculizar y estigmatizar a las personas que lo promueven. Precisamente ello demuestra la violencia de género de nuestra sociedad y la resistencia a cambio de la humanidad. Pese a los errores conceptuales sobre el enfoque, el estudio de una situación jurídica desde un enfoque de género busca visibilizar un conflicto desde las interrelaciones sociales que se dan en su interior, no simplemente el contrato, o la lesión, sino las razones humanas que generan los conflictos, las desigualdades de poder entre las personas y dentro de ellas mismas, las relaciones jerárquicas desde lo político, por parentesco y la distribución de trabajo, para tratar de equiparar las cargas desde el derecho y la justicia, para garantizar el acceso a la justicia a todas las personas.

El “género”, tiene muchas definiciones, para RAMOS (1995:88) desde Comesaña Santalices (2004):

“El género ha sido definido como una construcción cultural que rige las relaciones sociales entre los sexos y los códigos normativos y valores -filosóficos, políticos, religiosos-, a partir de los cuales se establecen los criterios que permiten hablar de lo masculino y lo

femenino, y unas relaciones de poder asimétricas, subordinadas, aunque susceptibles de ser modificadas en el transcurso del tiempo” (p.6).

El enfoque de género busca, en primer lugar mostrar que a nivel social, quien ha tenido la voz y el poder de redactar la historia y la ciencia, ha construido por siglos estereotipos y roles de género, que modifican como te tratan y como se respetan o ignoran tus derechos dependiendo de tu género. Debemos reconocer que nos encontramos inmersos en un sistema social simbólico que asigna valoraciones positivas o negativas a las personas dependiendo de su género, y con base en ello se desenvuelve los sistemas de poder, dominación y control de un género a otro. Una vez se reconoce la desigualdad de género y sus fuentes, se busca deconstruirlo, desaprender y cuestionar las desigualdades derivadas de las supuestas diferencias naturales entre los sexos. Para poder luego edificar un nuevo constructo social de género en la que las imposiciones y cargas a nivel social, económico, político y familiar, no se fundamenten en “la naturaleza”. Si bien debemos reconocer las diferencias, no por ello se debe imponer desigualdades. Comesaña Santalices (2004).

Una de las formas en la que se evidencia la violencia de género, es la violencia de pareja. Pues es la intimidad de una relación sentimental, el perfecto escenario para que se inoculen con mayor facilidad los prejuicios de género, las inseguridades y la repetición de estándares aprendidos en la niñez acerca de cómo se debe demostrar y recibir amor, lo que genera que se presente la violencia y que la misma sea tolerada.

La violencia infligida por la pareja, para la Organización Mundial de la Salud (2013) se diferencia de la violencia doméstica o intrafamiliar y violencia contra la mujer, pues la doméstica o intrafamiliar abarca el maltrato que se le ocasiona a los niños y ancianos y cualquier otro integrante de la familia, y la violencia contra la mujer, no abarca la violencia que se suscita contra la pareja, ni implica que se presente la violencia por su pareja. La OMS caracteriza esta modalidad de violencia de género así:

“se presenta en todos los entornos y grupos socioeconómicos, religiosos y culturales. La abrumadora carga mundial de violencia infligida por la pareja es sobrellevada por las mujeres.

Si bien las mujeres pueden ser violentas en sus relaciones con los hombres, a menudo en defensa propia, y a veces hay violencia entre parejas del mismo sexo, los agresores más comunes en la violencia contra la mujer son compañeros (o excompañeros) íntimos de sexo masculino. En cambio, es mucho más probable que los hombres sean víctimas de actos de violencia perpetrados por desconocidos o por conocidos que por alguien más cercano a ellos.” (p.1)

Generalmente la mujer es víctima de este tipo de conductas, pues para el 2013 el 77,58% de la violencia intrafamiliar se dio contra mujeres, y un 22,42% contra hombres (CONTRETAS, 2014), y para el 2017, según el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (2018), se tiene que de los 50.072 peritaciones en el contexto de violencia de pareja, en el 86% la víctima fue una mujer, es decir por cada hombre que denuncia esta conducta, 6 mujeres lo hacen, en donde las causas o razones del acto de violencia con mas prevalencia fueron intolerancia, celos, alcoholismo e infidelidad. Para Marchiori (2010) el ciclo de la violencia conyugal o de pareja, se presenta en 3 estadios, primero la acumulación de tensiones en la relación y comunicación de la pareja, luego eclosión aguda de violencia por parte del golpeador, para llegar a la luna de miel o amor arrepentido, en donde inmediatamente reinicia el ciclo de los golpes y maltrato emocional con intermedios cada vez mas cortos. Así que la mujer víctima, tiene uno de dos caminos, o lucha o se reprime; cuando opta por el primer camino, puede que el agresor modifique la forma en que intenta dominar a la mujer, o puede que reciba constantemente una respuesta más violenta de su pareja, lo que generalmente obliga a la víctima a convencerse de que se encuentra en total indefensión, que si se defiende pone en peligro su vida o la de sus seres queridos y por ello, producto de la violencia estructurada de las que son víctimas desde niñas, renuncia a tratar de defenderse, o a buscar formas de alejarse, pueden hasta autoconvencerse que en verdad fue por su culpa, que hizo algo para merecer ser maltratadas (RODRIGUEZ LUNA, 2015), le resta importancia a las lesiones, lo que las lleva a optar por el camino de reprimirse, aprenden a vivir asustadas por la vida de su familia y de sí mismas, así que tratan de “no molestar” a su pareja sentimental, de evitar hacer algo que pueda reactivar su agresión, ello incluye, no reclamar, no

defenderse, aceptar las disculpas, incluso pedir las y esa situación de debilidad, de frustración, miedo, culpa, vergüenza y de negación, hace que cuando llegan a la etapa de amor arrepentido, quieran creer en ese cambio y lo hagan, recordando quizá la época de inicio de la relación, en la que seguramente no era tan evidente las agresiones a su autonomía y dignidad, pues se encontraba bajo el manto del enamoramiento.

La OMS (2013) sostiene que las mujeres no son víctimas pasivas, sino que podrían decidir no abandonar a su pareja violenta, como una estrategia para protegerse a sí misma y a sus hijos, o también como una respuesta al temor a las represalias, falta de apoyo económico, o de familiares y amigos, o igualmente derivada de la estigmatización o posible pérdida de la custodia de los hijos asociadas con el divorcio, o por amor y esperanza de que su pareja cambie.

El ciclo de violencia de pareja afecta la autoestima, la dignidad e incluso la capacidad de autoprotección de la víctima (la más instintiva en el ser humano), por ello es que generalmente cuando toman la decisión de pedir ayuda o salir de la casa que comparte con su victimario, se debe a “los gravísimos golpes sufridos y por el riesgo de violencia y vulnerabilidad de todos los miembros de la familia, en especial de los niños” (Marchiori, 2010, p.210), es decir, luego de haber padecido distintos tipos de violencia, de aceptar hacer cosas sin su voluntad, de ser torturadas y violadas quizá por años, luego de estar traumatizadas, cuando se ven en inminente riesgo de muerte o peligro para un ser querido, es que deciden irse, romper el vínculo de su matrimonio o unión marital de hecho.

Pero lamentablemente, la sola separación o rompimiento de la pareja no destruye el ciclo de violencia de pareja. ÁGREDA BENAVIDES & LÓPEZ GARCÍA (2017) señalan que de no elaborar un proceso de separación, el duelo por el divorcio psicológico y sus etapas, así como de no tomar un tiempo para adecuarse al nuevo estado, siendo necesario en todo caso que tengan recursos familiares, religiosos o sociales de apoyo en lo emocional y económico para que se dé una adaptación, pueden generar nuevamente violencia, dependiendo de la interrelación de la pareja, continuando con las agresiones que se vivió cuando existía la relación o creando nuevas.

Para ÁGREDA BENAVIDES & LÓPEZ GARCÍA (2017) la denuncia o el inicio de un proceso judicial, disminuye la violencia, hace que se limite a la verbal o psicológica, persistiendo cuando el agresor intenta socavar la voluntad de la víctima, amenazándola para el retiro de la denuncia. Resultando en muchos casos con una retractación de la denuncia, acto, que según Torres Romero (2013) es propio de una víctima que pese a la separación del victimario, éste sigue manteniendo el control sobre sus decisiones, la manipula, retomando el ciclo de violencia de pareja “portándose bien” y simulando cambio, y se retractan pensando que todo está solucionado y que tienen el control de la situación, pese a que después por volver a caer en el ciclo de violencia, la situación en verdad no haya cambiado. Otras razones de retractación vienen del miedo a su ex pareja, o por el sentimiento de culpa por hacer pasar al padre de sus hijos por un proceso penal y exponerlo a una condena (RODRIGUEZ LUNA 2015), también del orden económico y social, como las obligaciones maternales y el rechazo de una sanción penal, entre otras, que también tienen un componente fuerte de violencia de género y estereotipos que obligan a la mujer madre a no buscar justicia por los delitos que contra ella se cometen, por el “bienestar” de sus hijos y de la composición de su “familia”, que ella debe “cuidar” y responsabilizarse por mantenerla “unida”. La retractación también es motivo para que las personas que trabajan en el sistema judicial (desde los policías, fiscales, hasta los jueces y magistrados) que no están capacitadas para entender la gravedad cíclica y psíquica de ser víctima de violencia de pareja, se dejen llevar por los estereotipos de género y menosprecian los casos, implicando con esto una revictimización.

Igualmente ÁGREDA BENAVIDES & LÓPEZ GARCÍA (2017) precisan que suelen permanecer los lazos emocionales, aunque ya no tengan una naturaleza amorosa, y de ahí es que se genera los conflictos después de la separación. Lo cual es evidente, en una relación en la que existen hijos comunes, se mantienen los lazos emocionales por el hijo, lo que hace que los procesos de divorcio, separación de las uniones maritales de hecho, liquidaciones de la sociedad conyugal o patrimonial, custodia, alimentos, patria potestad y visitas, en ocasiones cuando no se ha generado un adecuado proceso de duelo, y se tienen problemas de raíz como dificultades económicas, celos y dependencia de sustancias psicoactivas o alcohol, sean tan conflictivos y nocivos, afectando no solo a la ex pareja víctima de maltrato, sino que también psicológica y socialmente a los hijos comunes, quienes aunque no reciban el golpe, insulto o violencia

económica, tienen que estar continuamente expuestos a esa tensión familiar, lo cual es un indicador de repetición de pautas intergeneracionales en relación con la violencia de pareja. Gómez Ortiz, Martín, & Ortega Ruiz (2017) concluyeron que existe un perjuicio mayor en el desarrollo psicosocial del niño, que es testigo de los conflictos o violencia de pareja, que el que pareciera generar con el divorcio de sus padres en sí mismo y el cambio de la estructura familiar, reflejando también que resultan más afectadas con síntomas de ansiedad las niñas que los niños.

FACIO (2002), permite evidenciar la importancia y trascendencia de estudiar las circunstancias sociales, familiares y judiciales, en los casos de violencia intrafamiliar, respecto de los hijos comunes, con un enfoque de género, ha dicho:

“¿Qué pasa por la cabeza de niños y adolescentes que ven a sus padres humillar y golpear impunemente a sus madres durante toda su estancia en la familia? ¿Creen que un niño que varias veces durante su niñez ha visto a su padre enviar a su madre al hospital con la nariz quebrada y las costillas rotas, pueda tener respeto por “la familia”, “la verdad”, “la justicia”, etc.? Más cuando ve que a ese padre la gente lo respeta por su honestidad, su inteligencia o lo que sea.

Todavía hay gente que cree que la violencia intrafamiliar contra las mujeres sólo afecta a las mujeres y que nada tiene que ver con la descomposición social y la falta de fe en los valores éticos y en los derechos humanos, o con la falta de credibilidad en las instituciones políticas y sociales. Pero esto ocurre debido a que la mayoría de los análisis de la realidad se hacen sin perspectiva de género. ¿Por qué? Porque es lógico pensar que si una persona se explica el mundo desde un punto de vista androcéntrico o hasta gynecéntrico, no va a ver la realidad y por tanto no va a ver las conexiones que hay entre todas las cosas”. (p.93)

Son pocas las investigaciones sobre el tema de la violencia o maltrato, propiciada por la ex pareja, la mayoría se limita a la violencia contra la pareja o tratan los dos temas indistintamente. Rescato la labor de Zaldívar Cerón, Gurrola Peña, Balcázar Nava, Moysén Chimal, & Esquivel Santoveña (2015) quienes afirman que la violencia postseparación se debe entender como:

“cualquier forma de abuso (sexual, psicológico, moral o físico), ejercido por un exesposo, ex amante u otra expareja (Brownridge, 2006). Una investigación reciente indica, una fuerte relación entre el divorcio y la victimización después de la separación (Bo-Vatnar y Bjorkly, 2011). Estos hallazgos han permitido entender, desde una perspectiva interaccional, la violencia postseparación como un fenómeno complejo, heterogéneo y dinámico.” (pag.2)

En estos casos es importante contextualizar bajo la perspectiva de género, pues el fenómeno de la violencia contra la mujer se debe al contexto cultural de patriarcado, en donde el hombre desea el control para dominar a la mujer, así que ante el divorcio o separación, el hombre advierte la amenaza real de perder su poder, por lo que intenta preservarlo por diversos medios, aún si en la relación no se había presentado violencia, puede en la etapa pos relación utilizar violencia física, psicológica, mediante acecho, violencia sexual, violencia patrimonial y controlándola económicamente, con sus obligaciones alimentarias, la liquidación de sociedades, o también mediante la utilización de sus hijos para afectar a su pareja psicológicamente, con amenazas a ella y a sus hijos, seguimiento, o alienación parental. Para Zaldívar Cerón, Gurrola Peña, Balcázar Nava, Moysén Chimal, & Esquivel Santoveña (2015) cuando la pareja tiene hijos en común, crean un campo fértil para continuar el maltrato, derivado del continuo trato que debe tener por ocasiones de las obligaciones parentales.

Pese a estos comportamientos agresivos e insensatos de los victimarios, la violencia contra la pareja, en la mayoría de los casos no se trata de un síntoma de una enfermedad psicológica del agresor. ESPINAR RUIZ (2003) afirma que aunque no hay acuerdo definitivo al respecto, si “está ampliamente extendida la idea de que entre los maltratadores no hay una presencia mucho mayor de trastornos psicopatológicos en comparación con la existente en el conjunto de la población” (p.98-99). Se suele coincidir en los siguientes rasgos de personalidad de los victimarios: “ansiedad, poca capacidad empática, hostilidad, falta de control de la ira, impulsividad, actitud posesiva, niveles bajos de autoestima, celos, déficit de habilidades sociales y comunicacionales, etc.” (p.99)

Existen estudios en los que se identifica como factores para calificar a las relaciones de pareja violentas, los patrones de toma de decisiones o el equilibrio de poderes en la relación, así como también factores individuales, como transmisión generacional de la violencia, la dependencia a sustancias psicoactivas o alcohol, circunstancias de frustración y situaciones de estrés, como el económico o laboral.

Por eso es que sin lugar a dudas se debe concluir los siguientes 3 puntos.

1. Desde un enfoque de género, en nuestro sistema social, no solo las mujeres somos discriminadas frente a los hombres, sino también no todas las mujeres somos tratadas como iguales. El hecho de tener hijos, impone culturalmente una responsabilidad de luchar por otro ser humano, responsabilidad que indudablemente también le corresponde al padre, pero socio culturalmente no se le impone, pues el estereotipo machista de la mujer madre protectora, hace que los hombres infectados por este estereotipo, se desentiendan de su papel que es igual de biológico y natural que el de protección de la madre, dejando a la madre la tarea que creen erróneamente que les corresponde: protección y crianza de su descendencia 24/7, carga que ni los hombres padres machistas, ni las mujeres no madres tienen. La mujer no madre frente a la mujer madre, se diferencian en este sistema social plagado de violencia de género, lo cual se debe reconocer, para luego cuestionar, deconstruir y modificar.

Si bien es cierto las mujeres no madre también son víctimas de violencia de pareja, una vez se rompe la relación, hay menos probabilidades de que se continúe en relación con las mujeres madres, la carga socio cultural que se les impone es diferente. El hecho de mantener contacto con el maltratador por sus hijos comunes, es un escenario propicio para continuar el maltrato, utilizando precisamente ese lazo inquebrantable para dominar nuevamente a la mujer o intentar hacerlo, amenazarlas con que no les darán la cuota alimentaria, y así no podrán “salir adelante” con sus hijos, o se los quitaran, o los dañaran de alguna manera (RODRIGUEZ LUNA, 2015). Ello sin tener en cuenta que las mujeres no madres tienen mayores posibilidades de continuar con su preparación académica y profesional, de tener mejores empleos y salario, unas posibilidades que por el mismo machismo y violencia estructurada a la mujer madre, es complicado, no imposible, pero si mucho más demandante para la mujer madre, más aún para la

mujer madre soltera, pues el papel de madre única cuidadora de sus hijos, le resta tiempo de dedicación que en un mundo capitalista y de constante competencia por becas, por puestos de trabajo y salarios le hace más difícil su crecimiento laboral, profesional y empoderamiento. Esas diferencias socio culturales machistas que afrontan las mujeres madres, hacen que se les dificulte aún más romper la relación marital y separarse de su compañero maltratador, pues tienen mayores sentimientos de miedo, culpa y vergüenza, mayor carga emocional (RODRIGUEZ LUNA, 2015), cultural y social, derivada de los estereotipos de género que les dicen que se queden en la relación, pues el machismo utiliza a sus hijos como el grillete de su vida, cuando no tiene por qué ser así, cuando no hay razón por la que ella sea la única que cuide y se responsabilice de un ser humano que ella sola no creó.

Por ello, cuando finalmente logran la separación, aunque realizaron un acto de valentía y de fuerza, se encuentran vulnerables, amenazadas y bajo una situación desesperada que al principio les parece incontrolable e insoportable. Recordemos que para el ser humano todo cambio al principio es difícil, pero éste le genera a la mujer madre una incertidumbre no solo de su vida, sino de la de sus hijos, lo que la hace susceptible en la mayoría de los casos, y sin un acompañamiento psicoterapéutico que les permita aprender de lo sucedido, superarlo y empoderarse, a volver a ser víctimas de maltrato por su ex pareja, volviendo a vivir el mismo infierno, pero sin que se limite a su hogar.

2. Pese a que Torres Romero (2013) concluye que debería dársele más participación a la víctima para la resolución de su caso en el área penal y administrativa, debido a sus propias necesidades, refiriéndose a lo que pudiéramos denominar un tipo de justicia restaurativa en procesos de violencia intrafamiliar, no puede formularse esa opción sin requisitos o reparos. Aunque se trata de una forma de acercar a la víctima y victimario, su familia o comunidad, y recomponer sus relaciones o tejido social, lo que sería ideal para verdaderamente resolver el conflicto, dado el ciclo de violencia que se presenta en estos casos, no concuerdo en que a toda víctima sin ninguna contemplación adicional, se le dé el poder para determinar qué hacer con su victimario y considerar si merece un castigo, cuál sería, lo que sí consideraría viable, si la víctima previo a esa decisión, tuviera una atención psicoterapéutica y capacitación en alguna técnica u oficio, que le permitiera salir del ciclo de abuso y también empoderarse como persona,

para poder cambiar su vida, pues solo de ésta manera verdaderamente tendrá la capacidad y autonomía suficiente de decidir, así podrá buscar lo mejor para ella y su familia, sin que la motive el miedo a su ex pareja. Claro que de intentarse este tipo de justicia restaurativa del conflicto familiar, paralelamente se debería trabajar de forma psico-social con el victimario y el entorno familiar que comparten.

3. Cuando se maltrata a la mamá de un niño, niña o adolescente, no solo se afecta a la mujer quien recibe los insultos, golpes y abusos, no es una agresión individual, que lesiona solamente su integridad física y personal, sino que afecta toda la vida de su hijo común, y lo que él o ella entienden por FAMILIA. De ahí también podemos deducir que es un estereotipo de género, el concepto de que la sola separación de padre y madre, puede afectar a los niños. Muchas mujeres madres soportan los maltratos de su pareja, padre de sus hijos, porque están convencidas de que si rompen la relación, sus hijos sufrirán porque se quedaran sin un padre, proveedor, ejemplo, figura masculina y paterna y eso afectará su desarrollo emocional y social, todo por ser hijos de padres separados o divorciados, sin embargo, ello es un concepto impuesto por el mismo patriarcado y que inclusive ahora aún con la liberación femenina, hace que muchas mujeres acepten el papel impuesto de madre abnegada, sufrida, maltratada y abusada, como un sinónimo de “buena madre”. Sin embargo, según la investigación de Gómez Ortiz, Martín, & Ortega Ruiz (2017), es un mayor perjuicio psicológico el que recae en el niño lo que en muchos hogares es común, que los niños sean testigos sin voz ni voto de la violencia entre sus padres. Entonces, se trata de un concepto más que busca que la mujer madre no se defienda, que trata de manipularlas para que mantengan el status quo del hombre machista que necesita tener a su compañera como una posesión, dominarla, para que le de el estatus de un hombre de familia que tanto aprecia la sociedad en un hombre, pero que le genera un desvalor laboral y económico a la mujer.

¿Ex parejas conforman un núcleo familiar? Análisis a partir de la jurisprudencia colombiana.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, desde la expedición de la Ley 294 de 1996 ha generado diferentes posiciones respecto del problema jurídico si ¿la conducta de maltrato a una ex pareja, debe ser calificada jurídicamente como violencia intrafamiliar?

La providencia fundadora de este problema jurídico es el auto del 22 de enero de 1998 (CSJ SP Exp. N°559, 1998), por el cual la Corte contestó a este problema con un NO, porque consideró que de acuerdo a los fines de protección del artículo 2° de la Ley 294 de 1996, la definición de núcleo familiar no incluye a los ex compañeros permanentes, ni siquiera en el evento de tener hijos en común, porque el literal b)³ del citado artículo hace relación al vínculo de filiación exclusivamente.

No obstante, la posición varió con el auto de Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia del 23 de marzo de 2006 (Exp.2005-00032, 2006), con la que se respondió al problema jurídico planteado, que el maltrato a un ex pareja sentimental SI debe calificarse como violencia intrafamiliar, sí la pareja tiene hijos en común, por cuanto: (i) La ley 294 de 1996, busca proteger a la institución familiar y no un tipo determinado de familia. Así que subsiste la familia cuando, mediando hijos, el padre o la madre, abandonan la casa paterna o materna, dejando a sus hijos con el otro progenitor. Fundamenta esta posición en lo dicho por la Corte Constitucional en sentencia T-523/1992, en la que explica que la obligación de los padres es procurarles a sus hijos un ambiente familiar adecuado, aún después de la ruptura de la relación de pareja. Con ello concluye que con la no convivencia de la pareja, no se excluye necesariamente la unidad esencial e irreductible que protege la Constitución. Y (ii) para reforzar su posición, trae como argumento de autoridad legislativa, las consideraciones que se tuvieron en cuenta por el legislador para la expedición de la Ley 294 de 1996, para afirmar que el legislador buscaba reprimir conductas ilícitas al “interior de la relación familiar o como consecuencia de haber existido una relación familiar”. Con lo que deduce que la Ley 294 de 1996 al momento de definir quienes hacen parte del núcleo familiar dice el “padre y la madre de familia”, por lo que es suficiente que los sujetos tengan esa calidad respecto de un hijo(a), sin que importe si mantienen un matrimonio o unión

³ “b) *El padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar*”.

marital de hecho, ni si conviven. Protección que se da en razón a los derechos del niño, niña o adolescente a tener una familia y no ser separada de ella.

Tesis que la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia reiteró en auto del 28 de agosto de 2008 (Exp.2008-0033, 2008), en el caso de una mujer en estado de embarazo que se encontró con su ex pareja, quien la agredió físicamente cuando ella le reclamó por la cuota mensual para su alimentación, pues esperaba un hijo suyo, con la agresión le causó 5 días de incapacidad médico legal sin secuelas. En esta oportunidad la Sala Plena, refirió los argumentos emitidos en el auto de sala plena del 23 de marzo de 2006 para afirmar que la unidad familiar cuando existen hijos, se mantiene entre el padre y la madre, aún después de la ruptura de la relación sentimental, porque eso era lo que buscaba proteger los legisladores de la ley 294/1996 y porque ha sido esa la postura de la Corte Constitucional desde la sentencia T-523/1992.

Posterior a esto, al interior de la Corte Suprema no se había retomado la discusión sobre este problema jurídico, es hasta el 7 de junio de 2017 (CSJ SP Rad. 48047, 2017), cuando se debatió el caso de una ex pareja con hijos, que convivían bajo el mismo techo, en el que el hombre agredió a su ex pareja delante de sus hijos de forma verbal y físicamente, causándole una incapacidad médico legal definitiva de 8 días. Con este caso, se volvió a cambiar la tesis, a un NO rotundo, porque la Corte consideró que cuando el artículo 2 de la ley 294 de 1996 y el artículo 26 de la ley 1257 de 2008 consagran que se integra un núcleo familiar con “*los cónyuges o compañeros permanentes*”, pretende proteger de las agresiones que uno le cause al otro, solo si mantienen un núcleo familiar (convivencia); y cuando señala que un núcleo familiar se compone por “*el padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar*”, protege de las lesiones que se produzcan no entre los padres, sino teniendo al hijo como posible autor o victimario. Concluye la Corte que los padres “*son familia respecto de sus hijos y por siempre, pero si esos progenitores no conviven en el mismo hogar no conforman entre ellos un núcleo familiar*”, es decir, cuando la convivencia termina, pierden la protección legal que el derecho les da a las parejas que conviven y que se tipifica como violencia intrafamiliar y en su lugar los califica como lesiones personales dolosas.

Los argumentos que sostienen esta decisión parten de: (i) Para la Corte el punible de violencia intrafamiliar, no busca la protección de cualquier miembro de la familia, sino que la víctima y el victimario tienen que hacer parte del mismo contexto nuclear. Pues no se protege a la familia en abstracto, como institución básica de la sociedad, sino “*la coexistencia pacífica de un proyecto colectivo que supone el respeto por la autonomía ética de sus integrantes*”. (ii) Si bien la Constitución permite que nazca una familia por voluntad de las personas, es dable concluir que también puede terminarse por su voluntad, ello respecto de las parejas, pero no ocurre lo mismo con la relación paterno filial, porque siempre serán padres e hijos. (iii) No puede constituirse la noción de “núcleo familiar” desde el derecho de los niños a tener una familia y no ser separado de ella, porque se impediría el divorcio o separación, quebrantando la dignidad, autonomía personal y autodeterminación de los progenitores, desconociendo que en ocasiones disfuncionales es más garantista a los derechos de los niños la separación de uno de sus padres, para lograr tranquilidad en su contexto familiar nuclear. (iv) La protección estatal de la familia, no se consigue solo con el derecho penal. Afirmar que cuando termina la convivencia de pareja, o sin siquiera haber convivido, se mantiene entre ellos el núcleo familiar, cuando tienen hijos comunes menores de edad, corresponde a una ficción ajena al Derecho Penal. (v) En un caso anterior (Rad.35764), la Corte, ante una denuncia entre hermanos, consideró que no había afectación al núcleo familiar, porque cada uno de los sujetos tenían su propio núcleo familiar o unidad doméstica separada, similares argumentos se utilizó en el caso (Rad.34510) en el que se estudió la circunstancia de agravación de un homicidio, así como en el caso de violencia intrafamiliar con compañeros permanentes que no habían cumplido los 2 años de convivencia (Rad.33772) y respecto de las parejas homosexuales en la sentencia C-029/09. (vi) La modificación al artículo 229 del CP, con el artículo 33 de la Ley 1142 de 2007, “reitera la necesidad de que agresor y agredido pertenezcan a una unidad doméstica, inclusive, sin que medien vínculos de consanguinidad, pues no se trata de asegurar la tranquilidad y armonía de la familia *in extenso*, sino del *hogar* en concreto”. (vii) Desde el derecho comparado, se aporta posiciones del Tribunal Supremo Español, en el cual el punible similar al de violencia intrafamiliar se le llama “violencia doméstica” y el Código Penal Federal de México, con el que se consagra para su configuración que tanto víctima como victimario deben convivir.

Esta tesis de considerar que el maltrato a la ex pareja, no conviviente, no permite que se configure el tipo penal de violencia intrafamiliar, se ha mantenido hasta el momento.

Reiterándose en sentencia del 6 de diciembre de 2017 (CSJ SP Rad.50775, 2017) en la que se estudió las agresiones verbales y físicas de parte de un hombre a su ex esposa, de quien se había divorciado hacía 3 meses y con quien tenía 2 hijos menores de edad. En este caso, pese a que el fallo de segunda instancia se profirió antes del cambio de posición jurisprudencial, y con fundamento en una visión amplia del núcleo familiar, derivada de la sentencia de la misma Sala del 3 de diciembre de 2014 (CSJ SP Rad.41315), se casó la sentencia por encontrarse que los implicados pese a tener unos hijos, no convivían juntos, por lo que se cambió la calificación jurídica de la conducta a lesiones personales dolosas.

Con similares argumentos, en sentencia del 6 de diciembre de 2017 (CSJ SP Rad. 49956, 2017), la Corte casó la sentencia de segunda instancia, para modificar la calificación jurídica a lesiones personales dolosas, en el caso de una mujer que cuando se encontró con su ex esposo y padre de su menor hijo, éste la amenazó de muerte por algo que supuestamente ella dijo sobre él y le propinó golpes, causándole 8 días de incapacidad médico legal definitiva sin secuelas. Esto por considerar que el núcleo familiar que protege el tipo penal de violencia intrafamiliar, debe ser actual y vigente, debe asegurarse la existencia material y real, no formal, de una familia y por ello no pueden componerla quienes no conviven.

Igualmente se reiteró esta tesis, que califica el maltrato a una ex pareja como lesiones personales dolosas, en auto del 17 de enero de 2018 (CSJ SP Rad. 50274, 2018), en el que una mujer, al recoger a su hijo menor de edad de la casa de sus abuelos paternos, recibió maltrato verbal y un golpe que le produjo una incapacidad médico legal definitiva de 10 días de su ex compañero sentimental y padre de su hijo. Lo mismo se sostuvo en el auto del 4 de abril de 2018 (CSJ SP Rad. 51956, 2018), en el que se analizó el caso de una ex pareja, que aunque no mantenían relaciones sentimentales, aún compartían residencia, porque el hombre agredió en el rostro y brazos a su ex compañera permanente, delante de su hijo común, ocasionándole una incapacidad médico legal definitiva de 5 días sin secuelas, en este asunto se calificó la conducta como violencia intrafamiliar, resaltándose que esto era así no porque tuvieran un hijo en común, sino porque el maltrato se dio entre convivientes, quienes conforman una unidad doméstica.

La sentencia más reciente –hasta el momento- en la que se plantea este problema jurídico, es la emitida el 4 de abril de 2018 (CSJ SP Rad. 46784, 2018), en la que se analizó el caso de una mujer que cuando decidió terminar la relación de pareja con el padre de su hija y con el que convivían para el momento de los hechos, fue retenida de manera violencia por su ex compañero permanente, quien la hizo subirse a diferentes medios de transporte en horas de la noche y madrugada, la sometía por la fuerza para besarla y para firmar un recibo de constancia de pago de cuota alimentaria a favor de su hija común, ocasionándole una incapacidad médico legal de 6 días. El problema jurídico principal en este caso era el establecer si procedía de la modificación de la calificación jurídica de la conducta por la que el imputado se allanó a los cargos. Se dijo que de considerarse que existían vulneraciones a garantías fundamentales procedería, mediante la nulidad del acto de allanamiento. Pero, la Corte consideró que en este caso no se justificaba decretar la nulidad, pues al momento en el que la víctima le comunicó la decisión de terminar la relación al victimario fecha en que se generaron los hechos, aun convivían como pareja, por lo que se cumpliría los criterios establecidos en la sentencia del 7 de junio de 2017 (CSJ SP Rad. 48047) para calificar la conducta como violencia intrafamiliar y no lesiones como lo dijo el Tribunal de segunda instancia.

Conclusiones

De la línea jurisprudencial podemos deducir que en los años 2006 y 2008 la Sala Plena del Alto Tribunal sostuvo la tesis de que los maltratos entre ex parejas, si configuraban una violencia intrafamiliar. Aunque la tesis es positiva a nuestro problema jurídico, en sus argumentos no se refleja una perspectiva de género, por el contrario el amparo que se les da a las víctimas de maltrato por la ex pareja se circunscribe al derecho de sus hijos de no ser separados de su familia y a la obligación que como padres tienen de mantener unas relaciones cordiales para el bienestar psicológico de sus descendientes. No se discute que ese sea la obligación de todo padre, no perturbar las emociones de sus hijos, no utilizarlos como premio u objeto de amenaza contra su ex pareja. Pero los argumentos de ésta tesis no atacan al panorama completo, ni su causa, pues el maltrato a la ex pareja no lo genera -en la mayoría de los casos-, la existencia de hijos comunes, sino las desigualdades de las relaciones de poderes entre los padres, los

estereotipos de machismo y sexismo, los que persisten si se ve el problema social y familiar desde el lente androcentrista, que invisibiliza a las mujeres no madres y discriminan a las madres, pues solo son valoradas en su función de cuidado frente a los hijos y no como mujeres, como personas.

Lo curioso de este argumento de 2006 que pretende proteger a los niños, niñas y adolescentes en su derecho a tener una familia y no ser separada de ella, es que pese a que perduró hasta el 2017, las denuncias por hechos de maltrato a la ex pareja que se presentaban por el ente acusador, no se hacían centradas en la afectación del maltrato a los hijos de esa ex pareja, pues se calificaba como víctima a las mujeres madres quien recibían el maltrato directamente y no el indirecto que pudiera haber afectado a sus hijos. Contradiendo en la práctica, el argumento de la jurisprudencia, pues si se aplicaba la violencia intrafamiliar para ex parejas por la afectación de esta conducta para sus hijos, bajo esa premisa, sus hijos comunes han debido ser las víctimas del punible. Lo que confirma el criterio sospechoso de discriminación por género, por omitir en la jurisprudencia la relevancia del maltrato a la mujer.

Por otra parte, desde el 7 de junio de 2017, contamos con una jurisprudencia vigente, reiterada y consolidada del órgano de cierre en la justicia penal, limitadora del núcleo familiar, para la interpretación del tipo de violencia intrafamiliar. Con esta tesis se considera que solo existe antijuridicidad al bien jurídico de la unidad familiar, si hay una afectación o maltrato a las personas que viven bajo la misma unidad doméstica, entendida como “bajo el mismo techo”, porque se asume que el legislador con la implementación del tipo de violencia intrafamiliar, no buscó un amparo abstracto sobre la familia como núcleo de la sociedad, sino uno concreto, proteger a las personas que constantemente se relacionan, comparten convivencia diaria, y por eso son más vulnerables entre sí. Excluyendo del punible a los actos de maltrato que se generan contra la ex pareja con la que no mantienen convivencia, sin importar si se tienen hijos comunes o no. Porque el literal b) del artículo 2 de la ley 294 de 1996, que contempla una forma de composición de un núcleo familiar, deja de interpretarse en referencia a la conducta de violencia intrafamiliar, como el maltrato del padre o madre entre sí, aunque no convivan, y pasa a entenderse que el victimario no se relaciona taxativamente en el numeral, sino de forma tácita por corresponder al hijo en relación con los padres, quienes pueden no convivir con su hijo, pero

si configurar violencia intrafamiliar si éste les propina un maltrato. Último argumento que también fue el que formuló el Alto Tribunal con la sentencia fundante en 1998.

El punto positivo para esta posición, es que ya no diferencia a la mujer no madre, de la mujer madre, y tampoco la vulneración a ella, la asume como una afectación a la familia. Pero en todo caso, termina teniendo más puntos negativos, pues convierte una protección disminuida, o parcializada, a una desprotección total, y lo peor, sin argumentos contundentes.

La idea principal de la tesis de la Corte Suprema de Justicia desde el 7 de junio de 2017, es que no todo asunto del derecho de familia puede ser tratado por el Derecho Penal, hay un claro mensaje de disminución del rango de conductas y de su carácter punible, quizá amparada por los debates que se suscitaron desde la candidatura del actual Fiscal General de la Nación, cuando se empezó a cuestionar la efectividad de la punibilidad del delito de violencia intrafamiliar⁴ en búsqueda de despenalizar totalmente los delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria. Si bien es cierto en el Derecho Penal se tiene como principio que el uso de este sistema adversarial, sancionatorio y privativo de la libertad, sea de ultima ratio, y los conflictos familiares que trascienden a delitos no se solucionan con un proceso penal, con una pena, ni con un incidente de reparación integral, porque el sistema judicial contribuye incluso a ampliar las brechas entre víctima, victimario y su familia y así a que se mantenga el daño que con la conducta se ocasionó (la desintegración familiar), esto es así porque al derecho penal solo le importa el delito, y la pena que se le debe imponer por esa trasgresión a los bienes jurídicos a los que el derecho les ha dado una preponderancia, pero no la recomposición del tejido social destruido; así que con base en esto, el considerar bajo este sentido “una ficción ajena al Derecho Penal” el que las ex parejas por el hecho de tener hijos comunes mantengan el mismo núcleo familiar, pudiendo el derecho resolver estos asuntos por otros medios, disminuye o silencia la problemática y la convierte en unas lesiones personales, que no tiene ni la misma pena para el infractor, ni la misma protección del Estado para la víctima y su familia, sin dar una solución real al conflicto, por el contrario en ocasiones agravando las desigualdades de género. Y ello se asegura porque no atiende a las implicaciones que tiene la violencia de género que nació por la relación familiar pre existente (con o sin

⁴ Ver las afirmaciones de prensa del actual Fiscal General de la Nación, Nestor Humberto Martínez <https://www.semana.com/nacion/articulo/eleccion-de-fiscal-general-polemicas-propuestas-de-candidatos/477047> en donde se dice que esta conducta de violencia intrafamiliar no debe ser penalizada con cárcel, porque provoca la ruptura del núcleo familiar y atosiga al sistema penal acusatorio, sino que debería responder con el pago de una indemnización por el daño causado

hijos) y trascendió a la separación física, sin que se haya perdido el hilo de causalidad, y se olvida de todos los estereotipos y la estigmatización de las desigualdades de poder en el curso de una relación de pareja y posterior a su terminación, pues al agresor poco le importa si la relación terminó en la vida real, porque a él, desde la niñez le han implantado que cuando una mujer dice NO es SI y que para ser un varón, ninguna mujer lo puede dejar, él debe conservar su harén, o utilizando el término sexista popular, su ganado.

En definitiva, esta posición de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia desde la sentencia del 7 de junio de 2017, no fue tomada con una perspectiva de género, ya que en sus argumentaciones no se planteó ningún argumento en relación con las causas que generan el maltrato a la ex pareja, ni las consecuencias que representaría este cambio de interpretación de la conducta punible, que se aplicó incluso de manera retroactiva, para las mujeres madres que son víctimas de este suplicio aún después de terminar su relación. Lo cual según FACIO (1992), en un caso como el que se presenta en este artículo, en que se evidencien conflictos derivados de las desiguales relaciones de poder entre las partes, y que deliberadamente no se valoraron al momento de tomar la decisión por el juzgador, amplifican esta discriminación y la violencia de género para las víctimas, ya no solo propiciada por su ex pareja, sino también por la justicia a la cual acudió para que la socorriera.

Si se analiza verdaderamente a quién beneficia y a quién perjudica esta posición jurisprudencial, se puede afirmar desde una perspectiva de género que la desidia del Alto Tribunal de valorar la situación fáctica real, para simplificarla o generalizarla, en los casos en que siendo afectadas con el flagelo de la violencia intrafamiliar, pese a que logran separarse físicamente de su relación abusiva, han tenido que seguir en contacto con el agresor aunque no compartan techo, porque, por ejemplo, tienen hijos comunes, o son vecinos, o compañeros de trabajo, si el agresor inicial decide no aceptar la pérdida, no hacer el duelo correspondiente y mantener o intensificar las agresiones a su ahora ex pareja, esa conducta, y su interpretación actual, beneficia al victimario, ya que en el evento de generarle a la víctima 8 días de incapacidad médico legal⁵, en vez de representarle al agresor una posible pena mínima de 6 a 14

⁵ Tiempo promedio en los casos de la línea jurisprudencial descrita.

años⁶, pasa a una pena de 16 a 36 meses de prisión⁷, enviando un mensaje que está lejos de la función de la pena en el sistema penal de prevención general, lo que permite también evidenciar un tipo de castigo a las mujeres en el momento en que se encuentran más vulnerables, de alguna manera reprochándole que se haya revelado y haya decidido separarse físicamente de su ex pareja abusiva, porque la deja susceptible y vulnerable a la manipulación del victimario, beneficiándolo nuevamente en su empresa de conservación del poder sobre otra persona.

Esto se explica porque al silenciar las voces de auxilio y plantear objetivamente el precepto que desde que se dé una separación física, se pierde la afectación al bien jurídico tutelado de la unidad familiar y por ende su relevancia para el Derecho Penal, no solo se afecta la sanción punitiva de la conducta, también trunca las posibilidades de restauración de la dignidad y el proceso de empoderamiento de la mujer víctima, pues al volver la conducta lesiones personales, se les quita el acompañamiento psico social y asistencial en el margen de las medidas de protección⁸ en casos de violencia intrafamiliar, y al permitir que la conducta sea querellable, por ende conciliable y desistible, se retrocede en la evolución del ordenamiento jurídico, ya que permite que las mujeres víctimas de este tipo de situación pueden recaer en el ciclo de violencia y que se encuentren en peligro de mayores agresiones, al requerir de conciliaciones prejudiciales para el inicio de la acción penal, sin tratamiento psico social adecuado, consintiendo el fenómeno de retractación, el cual no siempre se da por cambio real del victimario, sino por amenazas, intimidaciones o manipulaciones, expresiones que se anticipan al reinicio del ciclo del que tan difícil fue para ellas salir. No se trata de que las mujeres víctimas se vuelvan unas incapaces, sino que el ciclo de violencia de pareja les puede implicar un vicio en su consentimiento y voluntad, que termina no con la ruptura de la relación sentimental, sino con un trabajo psicoterapéutico y de empoderamiento, después del cual no permitirá que se le manipule, ni amenace.

Si bien es cierto, existe violencia de género cuando se asume a la mujer como sinónimo de familia, y lo que se discute en este artículo es que se haya excluido a las ex parejas del núcleo

⁶ Por tratarse de una conducta agravada por el hecho de que la conducta recaiga en una mujer, conforme al artículo 229 inciso 2 del CP

⁷ Artículo 111 y 112 inciso 1 del CP

⁸ Título II de la ley 294 de 1996

familiar, no se pretende identificar a la mujer como familia, sino exponer que este cambio jurisprudencial no consultó la teoría de género para excluir a las mujeres⁹ del núcleo familiar que tienen con sus ex parejas, ni las necesidades y afectaciones de éstas víctimas de violencia de género, menos la política criminal, ni las causas y consecuencia de éste tipo de conductas. Abriendo también una ventana para que en posteriores casos, ya no solo en relación con las ex parejas, se resuelva afectaciones al núcleo familiar con similares argumentos simplistas de límite espacial de convivencia, por ejemplo, podría llegar a afirmarse que los cónyuges o compañeros permanentes que manteniendo una relación a distancia, por diferentes circunstancias fácticas, por el hecho de no convivir constantemente bajo el mismo techo, de presentarse un maltrato entre ellos, no se configure una violencia intrafamiliar, porque la familia que se protege con este punible es la concreta que se limita a la convivencia pacífica bajo el mismo techo.

Adicional a lo anterior, resulta una prueba más que los argumentos de la Corte generan discriminación de género, el hecho de que se haya desaprovechado una oportunidad en el 2006 de zanjar este asunto definitivamente con el argumento de autoridad que expuso, y posteriormente haya omitido contra argumentar este postulado en el 2017. Ha debido profundizar el argumento de autoridad legislativo que la misma Sala trajo a colación en el 2006, de las justificaciones del tipo penal de violencia intrafamiliar, en las que se dijo que se buscaba reprimir conductas ilícitas al “interior de la relación familiar o como consecuencia de haber existido una relación familiar”. Postulado que hubiera permitido enriquecer la discusión, sin necesidad de acudir a estereotipos que limitan a la mujer a su condición de madre, ni a la protección de los derechos de los hijos, cuando se quiere discutir en juicio solo el maltrato entre sus padres y menos a argumentos simplistas de la protección según características espaciales de convivencia. Con este argumento de autoridad resultaba fácil, por decirlo de alguna manera, interpretar que para el propósito del legislador que introdujo a nuestro sistema jurídico la conducta punible de violencia intrafamiliar, era intrascendente si para el momento de los hechos la pareja convivía, o tenían hijos comunes, pues el espíritu de la norma era proteger también a las personas que habiendo conformado una familia –en alguna época- fueran víctimas de maltrato originado por esa relación familiar anterior, asunto que volvería este problema ya no un debate

⁹ A lo largo del artículo se refiere como víctimas del maltrato a las ex parejas a las mujeres, por cuanto según las estadísticas recolectadas y citadas en este texto, en su gran mayoría, las mujeres son las vulneradas por este punible.

doctrinal o hermenéutico, sino probatorio, y que protegerían a la mujer que con mucho esfuerzo ha dado el primer paso para empoderarse, terminar la relación con su abusador y separarse físicamente de él.

Frente al tema, y pese a que con las declaraciones del actual Fiscal General de la Nación en el 2016 se inició una discusión sobre la despenalización del punible de violencia intrafamiliar, ya en posesión ha cambiado su argumento, a favor de las víctimas de agresiones por parte de su ex pareja, presentando por intermedio de la Fiscal General de la Nación encargada, Dra. MARIA PAULINA RIVEROS DUEÑAS, el proyecto de ley 139 de 2017¹⁰, el cual se encuentra en oposición a la jurisprudencia vigente de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, y a la fecha ha sido aprobado por el Senado y se encuentra a espera del primer debate ante la Cámara de representantes¹¹. Con este proyecto de ley se pretende incluir en el mismo artículo 229 del CP, las personas que integran el núcleo familiar, precisando que el sujeto calificado de este punible sería: las ex parejas (separadas o divorciadas); el padre y madre de familia aunque no convivan en el mismo hogar, por maltrato contra el otro progenitor; los ascendientes o descendientes (incluyendo hijos adoptivos); las personas que sostienen relaciones extramatrimoniales de carácter permanente que se caractericen por una clara e inequívoca vocación de estabilidad¹²; así como también se propone aumentar las penas integrando al punible un agravante ante la reincidencia; evitar la victimización secundaria permitiendo la realización de audiencias cerradas al público y la posibilidad del uso de la prueba anticipada; y favoreciendo la celeridad de resolución judicial de estos casos, con la aplicación del procedimiento especial abreviado. Proyecto que permite concluir que los diferentes actores del sistema jurídico y judicial no concuerdan con la Corte Suprema de Justicia y sus argumentos que descalifican a la violencia entre ex parejas, de la violencia intrafamiliar.

Pero si los razonamientos basados en teoría de género antes expuestos, no fueran suficientes para reprocharle a la Corte su postura, esta propone argumentos que se caen por su propio peso. Sostiene que como la Constitución protege la conformación libre de familia, por la misma autonomía de la voluntad puede terminarse, pero como vemos de la ausencia de la posibilidad de

¹⁰ Radicado el 2 de octubre de 2017. Ver el texto del proyecto de ley en <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/textos-radicados-senado/p-ley-2017-2018/1028-proyecto-de-ley-139-de-2017>

¹¹ Ver el trámite dado al proyecto de ley 139 de 2017 en <http://www.senado.gov.co/az-legislativo/proyectos-de-ley>

¹² Lo que sería las Uniones Maritales de Hecho, aunque no estén declaradas como tal.

divorcio unilateral, esa premisa ni siquiera es válida en el derecho civil personas, para los cónyuges, así que el peso de su argumento decae al promover una afirmación que generaliza circunstancias familiares que resultan especiales en cada caso en particular, en las que en muchas ocasiones se mantiene la relación familiar, pese a su deseo de terminar el vínculo sentimental. Igualmente presenta como contra argumento de la jurisprudencia antes vigente, que la noción de “núcleo familiar” no puede fundarse en el derecho de los niños a tener una familia y no ser separado de ella, porque según la Corte impediría el divorcio o separación, lo cual constituye una falacia del hombre de paja, ya que la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia en sus providencias de 2006 y 2008 sobre el tema, nunca afirmó que cuando se amparaba con el tipo de violencia intrafamiliar el maltrato entre los padres ex parejas, porque se mantenía el núcleo familiar, eso significaba que los padres no podían separarse o divorciarse, por el contrario, se indicó que esa inclusión se hacía precisamente en razón a la que los hijos son más vulnerables a afectaciones psicológicas –según dicha providencia- cuando sus padres se separan o divorcian. Además, fundamenta su tesis en la modificación al artículo 229 del CP, con el artículo 33 de la Ley 1142 de 2007, que permite la configuración del injusto por una persona que “no siendo miembro del núcleo familiar, sea encargado del cuidado de uno o varios miembros de una familia en su domicilio”, porque sostiene que la misma ley trata de situar el ilícito dentro de los límites de la residencia que comparte el núcleo familiar; argumento que pierde peso si tenemos en cuenta que este apartado normativo fue modificado el 19 de julio de 2017, con el artículo 3 de la ley 1850 de 2017, para derogar precisamente este límite espacial, dando el legislador el mensaje contrario del Alto Tribunal.

Finalmente es inevitable resaltar que desde un punto de vista de justicia restaurativa, es necesario un cambio en el manejo de este punible, pues el sistema penal acusatorio no produce una solución al conflicto familiar, por el contrario lo tiende a agravar, pero una solución real si podría darse con el uso de justicia restaurativa, en los casos en que los afectados voluntariamente quieran probar una forma en la que de la mano de políticas sociales, de asistencia psico social y técnica para las víctimas, victimarios y sus familias, puedan intentar acordar formas que permitan la recomposición de sus relaciones familiares rotas. Aplicación que sería complicada, demorada y en algunas ocasiones frustrante, que no se podría realizar en todos los casos, pues requiere de un verdadero compromiso de cambio, pero tendría mejores resultados.

Referencias bibliográficas

- ÁGREDA BENAVIDES, A., & LÓPEZ GARCÍA, M. D. (2017) *DINAMICA RELACIONAL VIOLENTA EN EX PAREJAS HETEROSEXUALES, EN PROCESO DE DENUNCIA PENAL POR VIOLENCIA INTRAFAMILIAR*. (Tesis de maestría en familia, Pontificia Universidad Javeriana) Obtenido de: http://vitela.javerianacali.edu.co/bitstream/handle/11522/10155/Din%C3%A1mica_relacional_violenta.pdf?sequence=1&isAllowed=y el 19 de septiembre de 2018.
- Comesaña Santalices, G. M. (2004). *La ineludible metodología de género*. *Red Revista Venezolana de ciencias sociales, UNERMB, Vol.8 N°1 2004*. Obtenido de: <https://ebookcentral.proquest.com/lib/unabsp/detail.action?docID=3168313> el 23 de septiembre de 2018.
- CONTRETAS, M. I. (2014, diciembre) *Estado del arte de la violencia intrafamiliar en Colombia: estudios socio jurídicos*. *Revista de Derecho Público N° 33 julio-diciembre de 2014*. *Universidad de los Andes (Colombia) 1-29*. Obtenido de: <http://dx.doi.org/10.15425/redepub.33.2014.24> el 12 de agosto de 2018.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 22 de enero de 1998. (Exp. N° 559) No disponible en Relatoría de la Sala de Casación Penal, en su totalidad.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. Auto del 23 de marzo de 2006. (Exp. N° 11-001-02-30-0007-2005-00032) No disponible en Relatoría de la Sala de Casación Penal, ni Relatoría de Sala de Tutelas, en su totalidad.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. M.P. RUTH MARINA DÍAZ RUEDA. Auto del 28 de agosto de 2008. (Exp. N° 11-001-02-30-000-2008-00333-00)
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. SP8064-2017. M.P. LUIS ANTONIO HERNANDEZ BARBOSA. Sentencia del 7 de junio de 2017. (Rad. 48047)
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. SP20607-2017. M.P. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER. Sentencia del 6 de diciembre de 2017. (Rad. 50775)

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. SP20612-2017. M.P. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO. Sentencia del 6 de diciembre de 2017. (Rad. 49956)

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. AP096-2018. M.P. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO. Auto del 17 de enero de 2018. (Rad. 50274)

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. AP1312-2018. M.P. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER. Auto del 4 de abril de 2018. (Rad. 51956)

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. SP969-2018. M.P. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER y LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA. Sentencia del 4 de abril de 2018. (Rad. 46784)

ESPINAR RUIZ, E. (2003) *Violencia de género y procesos de empobrecimiento. Estudio de la violencia contra las mujeres por parte de su pareja o ex – pareja sentimental*. (Tesis de doctorado de la facultad de ciencias económicas y empresariales de la Universidad de Alicante). Obtenido de: <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/9905/1/Espinar-Ruiz-Eva.pdf> el 15 de octubre de 2018.

Facio Montejó, A. (1992). *CUANDO EL GÉNERO SUENA: CAMBIOS TRAE. Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal*. ILANUD 1era edición. San José, Costa Rica, 1992. Obtenido de: <http://www.fiscalia.gub.uy/innovaportal/file/2477/1/libro.pdf> el 24 de septiembre de 2018

FACIO MONTEJO, A. (2002). *Con los lentes de género se ve otra justicia*. Revista *EL OTRO DERECHO*, número 28, julio 2002. ILSA Bogotá. Obtenido de: <http://sitios.te.gob.mx/genero/media/pdf/562cc59475f0864.pdf> el 23 de septiembre de 2018.

Gómez Ortíz, O., Martín, L., & Ortega Ruiz, R.(2017). *Conflictividad parental, divorcio y ansiedad infantil*. Revista *Pensamiento Psicológico*, Vol 15 N° 2, 2017, pp 67-78. Obtenido de: <http://www.scielo.org.co/pdf/pepsi/v15n2/v15n2a06.pdf> el 20 de septiembre de 2018.

- Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. (2016). *Boletín Epidemiológico. Violencia de género en Colombia. Análisis comparativo de las cifras de los años 2014, 2015 y 2016.* Obtenido de: <http://www.medicinalegal.gov.co/documents/20143/57985/Violencia+de+G%C3%A9nero+en+Colombia.+An%C3%A1lisis+comparativo+de+las+cifras+de+los+a%C3%B1os+2014%2C+2015+y+2016.pdf> el 13 de septiembre de 2018.
- Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. (2017). *Violencia contra las mujeres. Colombia, comparativo años 2016 y 2017 (enero a octubre).* Obtenido de: <http://www.medicinalegal.gov.co/documents/20143/57992/Violencia+contra+las+mujeres.pdf> el 13 de septiembre de 2018.
- Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. (2018). *Forensis 2017. Datos para la vida.* Obtenido de: http://www.medicinalegal.gov.co/documents/20143/262076/Forensis+2017+Interactivo.pdf/0a09fedb-f5e8-11f8-71ed-2d3b475e9b82?fbclid=IwAR1w75Jwg7vnNFiyJ_Lt3qaF40OQmQE5LfYJFf1LwplS86_k-7n1dXWBwA
- Marchiori, H. (2010). *SERIE VICTIMOLOGÍA 8. VIOLENCIA FAMILIAR-CONYUGAL.* Obtenido de: <https://ebookcentral.proquest.com/lib/unabsp/detail.action?docID=3189184#> el 12 de septiembre de 2018.
- Organización Muncial de la Salud. Organización Panamericana de la Salud.(2013). *Comprender y abordar la violencia contra las mujeres. Violencia infligida por la pareja.* Obtenido de: http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/98816/WHO_RHR_12.36_spa.pdf;jsessionid=F9F5CABB992B02E273B1C9B8519B8072?sequence=1 el 21 de septiembre de 2018.
- RODRIGUEZ LUNA, R. (2015). *Culpa, miedo y vergüenza: las emociones de la violencia. El caso de violencia contra la pareja y/o ex – pareja. Revista Derechos y Libertades, (33), 223-252.* <https://doi-org.aure.unab.edu.co/10.14679/1017> el 15 de octubre de 2018
- Superintendencia de Notariado y Registro. (2017, 20 de abril). *EN COLOMBIA, POR CADA TRES MATRIMONIOS HAY UN DIVORCIO.* Obtenido de: <https://www.supernotariado.gov.co/PortalSNR/ShowProperty?nodeId=%2FSNRContent%2FWLSWCCPORTAL01149611%2F%2FidcPrimaryFile&revision=latestreleased> el 13 de septiembre de 2018.
- Torres Romero, S. (2013). *Aproximación al fenómeno de la retractación en las causas de violencia intrafamiliar. Revista de Derecho (Valdivia), Universidad Austral de Chile. Vol*

XXVI, N°1, julio 2013, pp.167-180. Obtenido de:
<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173728674008> el 20 de septiembre de 2018

Zaldívar Cerón, A., Gurrola Peña, G. M., Balcázar Nava, P., Moysén Chimal, A., & Esquivel Santoveña, E. E. (2015). *Las mujeres separadas de cara a la violencia de sus exparejas. Rumbo a su caracterización. Revista CienciaUAT, ciencias sociales Vol 10 N° 1, jul-dic 2015, pp 83-92.* Obtenido de: <http://www.scielo.org.mx/pdf/cuat/v10n1/2007-7858-cuat-10-01-00083.pdf> el 20 de septiembre de 2018.