



JUZGADO QUINTO PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE BUCARAMANGA

Radicación: 68-276-60-00-250-2018-00383-00 N.I. 179.159
Delito: VIOLENCIA INTRAFAMILIAR
Procesado: LUIS JOSE CAICEDO RODRIGUEZ
Providencia: AUTO RESUELVE SEGUNDA INSTANCIA RESUELVE SOLICITUD DE APLICACIÓN PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Bucaramanga, dieciséis (16) de diciembre de dos mil veintidós (2022).

ASUNTO A DECIDIR

Procede el Despacho a proferir la decisión que en derecho corresponda para resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto y sustentado por la Defensa en contra de la decisión adoptada en Audiencia Preliminar del día doce (12) de agosto de dos mil veintidós (2022) por el señor Juez Sexto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bucaramanga Descentralizado en Floridablanca, quien NEGÓ la aplicación del PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD por la modalidad de suspensión en beneficio del procesado LUIS JOSE CAICEDO RODRIGUEZ.

ANTECEDENTES

La Fiscalía General de la Nación investiga al procesado LUIS JOSE CAICEDO RODRIGUEZ por la presunta comisión del delito de VIOLENCIA INTRAFAMILIAR consagrado en el artículo 229 del Código Penal, en perjuicio de la señora ADRIANA PATRICIA PUENTES SUAREZ, trámite dentro del cual el Ente Acusador solicitó en audiencia preliminar de fecha doce (12) de agosto de dos mil veintidós (2022), aplicación del Principio de Oportunidad por la modalidad de suspensión de la acción penal a favor del investigado, conforme lo señalado en el artículo 324 numeral 13 del Código de Procedimiento Penal, toda vez que según los hechos acontecidos, las partes sostenían una relación amorosa y convivencia de 11 años, previa a la celebración de matrimonio en el año dos mil doce (2012) el cual fue disuelto por mutuo acuerdo, divorcio celebrado en el año dos mil diecinueve (2019), la pareja tiene en común una hija menor de edad, siguieron compartiendo techo hasta noviembre de dos mil diecinueve (2019), se resaltan 7 hechos relevantes en cuanto al acto delictivo: i) el veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciocho (2018) la señora ADRIANA PATRICIA PUENTES SUAREZ fue agredida con un puño en la cara, propinado parte del señor LUIS JOSE CAICEDO RODRIGUEZ, agresión que le causó lesiones en la boca e incapacidad médico legal de cuatro (4) días; ii) el veinticuatro (24) de mayo de dos mil diecinueve (2019) estando ya divorciados y durmiendo en cuartos separados en la misma vivienda, tuvieron una discusión para que el acusado se fuese de la casa y este le dice que es porque va a meter "al mozo", la amenaza con propinarle 4 tiros, arremete contra el celular de la víctima, patear algunas sillas y la denunciante debe acudir a dormir en otro lugar por miedo a su agresor; iii) el día veintinueve (29) de junio de dos mil diecinueve

(2019), aproximadamente a las once de la noche (11:00 p.m.) ADRIANA PATRICIA PUENTES SUAREZ se encuentra en un lugar y LUIS JOSE CAICEDO RODRIGUEZ hace presencia en el sitio, y la agrede verbalmente e insulta, se queda en el lugar y por debajo de la mesa le propina punta pies para que saliera a bailar con él, y ante su negativa la amenaza que la esperará en la casa para ahorcarla, las personas que la acompañaban la cambian de mesa y el LUIS JOSE CAICEDO RODRIGUEZ continuaba con las agresiones verbales, la víctima al ver dicha conducta tuvo que dormir en otro lugar, al día siguiente el procesado estaba empacando sus pertenencias; iv) el día trece (13) julio de dos mil diecinueve (2019) LUIS JOSE CAICEDO RODRIGUEZ acude a la vivienda de la víctima a recoger a su hija y agrede verbalmente a ADRIANA PATRICIA PUENTES SUAREZ; v) el día diecisiete (17) de julio de dos mil diecinueve (2019) se repite nuevamente agresiones verbales por parte de LUIS JOSE CAICEDO RODRIGUEZ al recoger a su hija, además la sigue hasta el gimnasio y este le dice que deben arreglar lo de separación de bienes por las buenas o malas; vi) el día treinta y uno (31) de julio de dos mil diecinueve (2019) el procesado ingresa a la casa de la víctima y se dirige a su habitación, con el fin de revisar si hay otra persona allí, las partes discuten por la división de bienes, le propina un golpe y la víctima se defiende con un palo, LUIS JOSE CAICEDO RODRIGUEZ le advierte que irá todos los días a molestarla y la quemará; y vii) el último episodio se presentó el día nueve (9) de noviembre de dos mil diecinueve (2019) en la noche, cuando ADRIANA PATRICIA PUENTES SUAREZ está ingresando a un lugar nocturno, el procesado se presenta allí y le indica que debe ingresar con él, ante la negativa de esta la agrede verbalmente y arremete contra uno de los acompañantes de la mujer, le dice que debe irse en 5 minutos, al no hacerlo la amenaza de golpearla en la cara, al irse del lugar le hace llamadas amenazantes.

El Ente Acusador conforme lo señalado por el artículo 323 C.P.P., en cuanto a la excepción del principio de oportunidad, respecto de la responsabilidad que recae en la Fiscalía General de la Nación, manifiesta que se dan los presupuestos establecidos en el artículo 324 numeral 13 del *ibidem*, pues, considera que se afectan mínimamente bienes colectivos, existe una reparación integral a la víctima y se deduce que el hecho no volverá a presentarse, esto en atención a que de las partes emana un compromiso mediante el cual LUIS JOSE CAICEDO RODRÍGUEZ se compromete realizar tratamientos psicológicos que lo lleven a mejorar en cuanto a los episodios anteriores, compromisos firmado por las partes el dieciséis (16) de febrero de dos mil veinte (2020) cuando acuden a la Fiscalía Seccional Cuarta, bajo orientación de la aplicación de solución de conflictos, se evidencia que las partes ya no viven bajo el mismo techo y se realizará una reparación integral a la víctima y realizará labores a favor de la víctima, compromisos que fueron cumplidos a cabalidad, es por ello que procede el Ente Fiscal a resaltar que en cuanto a la reparación, la víctima renuncia a cualquier relación con esta y pone presente que el comportamiento no se volvió a repetir a la fecha, que LUIS JOSÉ CAICEDO RODRÍGUEZ tiene buena conducta familiar, se cumple el compromiso de acudir al tratamiento psicológico, se valida con informes de profesional que lo está tratando, que a la fecha se ha presentado a 3 sesiones de 10, en cuanto al informe señala que el procesado tiene un buen pronóstico en relación al comportamiento, se evidencia una conciencia plena para los efectos negativos que conlleva a la violencia a las personas que él considera importantes.

DECISIÓN OBJETO DEL RECURSO Y SUSTENTACIÓN

El Señor Juez *A Quo*, en la ya referida decisión del día doce (12) de agosto de dos mil veintidós (2022), respecto de la solicitud elevada por la Fiscalía, mediante la cual solicitó autorizar la aplicación del principio de oportunidad en la modalidad de suspensión del procedimiento con fundamento en el artículo 324 numeral 13 del C.P.P., en favor de LUIS JOSE CAICEDO RODRIGUEZ investigado por la conducta punible de VIOLENCIA INTRAFAMILIAR, decide no autorizar la aplicación del principio de oportunidad en la modalidad de suspensión del procedimiento a prueba solicitado, pues considera que si eventualmente los compromisos adquiridos por el victimario reflejan la no repetición del evento y la indemnización eventual a la víctima que quedan suspendidos, lo cierto es que del acuerdo allegado por las partes, queda por fuera el tratamiento psicológico de la menor, pues la familia es un bien colectivo que en esta causa considera el ente Fiscal existe una afectación mínima a este bien jurídico, lo cierto es que la multiplicidad de eventos ha generado en la menor traumas, violencia psicológica sistemáticas, porque las víctimas son la señora ADRIANA PATRICIA PUENTES SUAREZ y la menor de edad que presenció varias agresiones, menor que queda fuera de la tipificación jurídica, por ello no es poco significativo los 7 actos de violencia intrafamiliar, amenazas de muerte y demás.

Respecto al mecanismo de solución de conflictos acordado en Fiscalía.

Así las cosas, retomando, aduce el *A Quo* que lo cierto es que el acuerdo al que llegaron las partes no contempla los señalamientos que hizo la víctima en la diligencia en cuestiones referentes a la menor de edad, en cuanto al tratamiento psicológico de la misma, ese condicionamiento está por fuera al acuerdo que arribaron las partes, oportunidad en lo que tiene que ver "afectación mínima de un bien colectivo", estos eventos han ocasionado traumas en la menor de edad; así las cosas la afectación colectiva no es mínima, es sistemática y generalizada que ha traído consigo consecuencias a las víctimas, puesto que la menor pudo presenciar los actos, en consecuencia se ha visto afectado su estado psicológico y debe disponer de un tratamiento profesional.

Respecto al principio de oportunidad por la modalidad de suspensión.

Considera el Juez de primera instancia que el acto delictivo y sus hechos mismos no son poco significativos, puesto que son siete actos disfuncionales, en los cuales se llevó a cabo amenazas de muerte, agresiones verbales, agresiones psicológicas y golpes, por ende no hay una leve afectación al bien jurídico, entonces no es procedente aplicar el principio de oportunidad, considerando como razones que cuando un Juez da fin al proceso penal se debe cumplir con unos presupuestos y la Fiscalía tiene la obligación de investigar las características de realización del delito, la VIOLENCIA INTRAFAMILIAR, así, conforme a las Altas Cortes es deber proteger a la mujer, dejar de pensar que es un hecho aislado, por ello, debe tratarse con un enfoque de género, no dejar por fuera la tipificación de la conducta punible, si bien es cierto, se acredita la probable autoría de LUIS JOSE CAICEDO RODRÍGUEZ en actos de VIOLENCIA INTRAFAMILIAR siendo

actos sistemáticos, la familia es un bien jurídico colectivo conforme a la argumentación fiscal. Para el caso en concreto, fue una violencia psicológica y física, esta primera es sutil y amenaza la madurez mental de una persona, se afectó el bien jurídico colectivo con una trascendencia con antecedentes, no es preciso referir de la poca afectación del bien jurídico; conforme a las pruebas que presenta la defensa en cuanto a la mejora del imputado, hay una garantía de no repetición, pero conforme a la indemnización integral, no hay lugar a esta, toda vez que la conducta viene de mucho antes y continuó después de la separación, es decir que el desistimiento de la víctima no tiene trascendencia.

PRONUNCIAMIENTO DEL RECURRENTE

El disenso se encuentra en discrepancia respecto de la decisión adoptada por el Juez *A Quo*, conforme a la negación de aplicar el principio de oportunidad en la modalidad de suspensión; aduce el defensor del investigado que en referencia al tratamiento psicológico de la menor, se acordó que LUIS JOSÉ CAICEDO RODRÍGUEZ asumiría el costo del tratamiento de las sesiones, por ende, solicita al Señor Juez conceder la oportunidad, pues el investigado reconoce cometió errores en el pasado que afectaron su núcleo familiar, los cuales causaron afectaciones que no son justificables, sin embargo se ha esforzado por corregir esta conducta y ha hecho lo posible por enmendar el daño causado, resalta que el imputado padece una afección que es Parkinson tal cual como se puede evidenciar en su historia clínica y que conforme a la naturaleza del delito y su sanción, sería poco garante condenar a un hombre que padece una afección que ha dañado su calidad de vida de forma permanente. Por otro lado, entre la víctima y el investigado se presentaron controversias a causa de su separación, los dos han intentado mejorar su comunicación y relación con el fin de reparar el daño y no afectar a su menor hija, por ello, solicita se dé aplicación del principio de oportunidad a modo de justicia restaurativa, aclara que esto no es un perdón judicial, pero si condicionar el beneficio consagrado en la ley.

DE LOS NO RECURRENTES

Por la Víctima:

Manifiesta ADRIANA PATRICIA PUENTES SUAREZ que si bien, la menor tuvo afectaciones, lo cierto es que en este momento solo observa que dicha afectación se encamina en que sus padres pudieran volver a estar juntos, es así que respecto a LUIS JOSÉ CAICEDO RODRÍGUEZ considera es una parte importante para su hija, él ha estado presente en la vida de la niña, niña que entiende que se respetan sus padres, la relación ahora es cordial, si bien, en su momento indicó la necesidad de psicología para la menor, no fue pedido por maltratos sino más bien, para ayudar al entendimiento de la separación de los padres.

Por la Fiscalía General de la Nación:

No hace pronunciamiento alguno.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Debe iniciarse por destacar que este Despacho es competente para conocer del presente recurso en virtud de lo estipulado en el numeral 1° del artículo 36 del Código de Procedimiento Penal.

Ahora bien, de acuerdo a los supuestos fácticos y jurídicos expuestos con antelación, es claro que en el caso *sub examine*, los problemas jurídicos a resolver por parte de este Despacho Judicial consisten en determinar si efectivamente: i). sí se está incurriendo por parte del Juzgado Sexto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bucaramanga descentralizado en Floridablanca en un error o acierto en la decisión adoptada el doce (12) de agosto de dos mil veintidós (2022) al no aprobar la aplicación del principio de oportunidad en la modalidad de suspensión contenida en el numeral 13 del artículo 324 del C.P.P. a favor del procesado LUIS JOSE CAICEDO RODRÍGUEZ; y ii). Sí se encuentra vedado el recurso de apelación interpuesto por el Defensor teniendo en cuenta que no tiene facultades para solicitar la aplicación del principio de oportunidad.

En cuanto al Principio de Oportunidad, el Título V del Código de Procedimiento Penal, lo reglamenta en los siguientes términos:

TITULO V PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

ARTÍCULO 321. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y POLÍTICA CRIMINAL. *La aplicación del principio de oportunidad deberá hacerse con sujeción a la política criminal del Estado.*

ARTÍCULO 322. LEGALIDAD. *La Fiscalía General de la Nación está obligada a perseguir a los autores y partícipes en los hechos que revistan las características de una conducta punible que llegue a su conocimiento, excepto por la aplicación del principio de oportunidad, en los términos y condiciones previstos en este código.*

ARTÍCULO 323. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD. *<Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1312 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> La Fiscalía General de la Nación, en la investigación o en el juicio, hasta antes de la audiencia de juzgamiento, podrá suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, en los casos que establece este código para la aplicación del principio de oportunidad.*

El principio de oportunidad es la facultad constitucional que le permite a la Fiscalía General de la Nación, no obstante que existe fundamento para adelantar la persecución penal, suspenderla, interrumpirla o renunciar a ella, por razones de política criminal, según las causales taxativamente definidas en la ley, con sujeción a la reglamentación expedida por el Fiscal General de la Nación y sometido a control de legalidad ante el Juez de Garantías.

ARTÍCULO 324. CAUSALES. *<Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 1312 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos:*

1. Cuando se tratara de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo máximo señalado en la Ley no exceda de seis (6) años o con pena principal de multa, siempre que se haya reparado integralmente a la víctima conocida o individualizada; si esto último no sucediere, el funcionario competente fijará la caución pertinente a título de garantía de la reparación, una vez oído el concepto del Ministerio Público.

Esta causal es aplicable, igualmente, en los eventos de concurso de conductas punibles siempre y cuando, de forma individual, se cumpla con los límites y las calidades señaladas en el inciso anterior.

(...)

7. Cuando proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa y como consecuencia de este se cumpla con las condiciones impuestas.

(...)

12. Cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social.

13. Cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse.

14. Cuando la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos, siempre y cuando exista y se produzca una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas. Quedan excluidos en todo caso los jefes, organizaciones, promotores, y financiadores del delito.

15. Cuando la conducta se realice excediendo una causal de justificación, si la desproporción significa un menor valor jurídico y social explicable en el ámbito de la culpabilidad.

16. Cuando quien haya prestado su nombre para adquirir o poseer bienes derivados de la actividad de un grupo organizado al margen de la ley o del narcotráfico, los entregue al fondo para Reparación de Víctimas siempre que no se trate de jefes, cabecillas, determinadores, organizadores promotores o directores de la respectiva organización.

17. <Numeral INEXEQUIBLE>

18. <Numeral adicionado por el artículo 40 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Cuando el autor o participe en los casos de cohecho formulare la respectiva denuncia que da origen a la investigación penal, acompañada de evidencia útil en el juicio, y sirva como testigo de cargo, siempre y cuando repare de manera voluntaria e integral el daño causado.

Los efectos de la aplicación del principio de oportunidad serán revocados si la persona beneficiada con el mismo incumple con las obligaciones en la audiencia de juzgamiento.

El principio de oportunidad se aplicará al servidor público si denunciare primero el delito en las condiciones anotadas.

(...)

PARÁGRAFO 3o. <Parágrafo CONDICIONALMENTE exequible> No se podrá aplicar el principio de oportunidad en investigaciones o acusaciones por hechos constitutivos de graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio, ni cuando tratándose de conductas dolosas la víctima sea un menor de dieciocho (18) años.

ARTÍCULO 325. SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO A PRUEBA. <Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 1312 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> El imputado o acusado, hasta antes de la audiencia de juzgamiento, podrá solicitar la suspensión del procedimiento a prueba, de la misma forma en que lo pueden hacer las personas simplemente imputadas, mediante solicitud oral en la que manifieste un plan de reparación del daño y las condiciones que estaría dispuesto a cumplir.

El plan podrá consistir en la mediación con las víctimas, en los casos en que esta sea procedente, la reparación integral de los daños causados a las víctimas o la reparación simbólica, en la forma inmediata o a plazos, en el marco de la justicia restaurativa.

Presentada la solicitud, individual o colectiva, el Fiscal consultará a la víctima y resolverá de inmediato mediante decisión que fijará las condiciones bajo las cuales se suspende el procedimiento, y aprobará o modificará el plan de reparación propuesto por el imputado, conforme a los principios de justicia restaurativa establecida en este Código. Si el procedimiento se reanuda con posterioridad, la admisión de los hechos por parte del imputado no se podrá utilizar como prueba de culpabilidad.

PARÁGRAFO. El Fiscal podrá suspender el procedimiento a prueba cuando para el cumplimiento de la finalidad del principio de oportunidad estime conveniente hacerlo antes de decidir sobre la eventual renuncia al ejercicio de la acción penal.

ARTÍCULO 326. CONDICIONES A CUMPLIR DURANTE EL PERÍODO DE PRUEBA. <Artículo modificado por el artículo 4 de la Ley 1312 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> El Fiscal fijará el período de prueba, el cual no podrá ser superior a tres (3) años, y determinará una o varias de las condiciones que deberán cumplir el imputado o acusado hasta antes de la Audiencia de juzgamiento, entre las siguientes:

- a) Residir en un lugar determinado e informar al Fiscal del conocimiento cualquier cambio del mismo.*
- b) Participar en programas especiales de tratamiento con el fin de superar problemas de dependencia a drogas o bebidas alcohólicas.*
- c) Prestar servicios a favor de instituciones que se dediquen al trabajo social a favor de la comunidad.*
- d) Someterse a un tratamiento médico o psicológico.*
- e) No poseer o portar armas de fuego.*
- f) No conducir vehículos automotores, naves o aeronaves.*

g) La reparación integral a las víctimas, de conformidad con los mecanismos establecidos en la ley.

h) La realización de actividades a favor de la recuperación de las víctimas.

i) La colaboración activa y efectiva en el tratamiento psicológico para la recuperación de las víctimas, siempre y cuando medie su consentimiento.

j) La manifestación pública de arrepentimiento por el hecho que se le imputa.

k) La obligación de observar buena conducta individual, familiar y social.

l) La dejación efectiva de las armas y la manifestación expresa de no participar en actos delictuales.

m) La cooperación activa y efectiva para evitar la continuidad en la ejecución del delito, la comisión de otros delitos y la desarticulación de bandas criminales, redes de narcotráfico, grupos al margen de la ley, o, aquellas organizaciones vinculadas con los delitos a los que hace referencia el parágrafo 2o del artículo 324.

PARÁGRAFO. Durante el periodo de prueba el imputado o acusado hasta antes de la audiencia deberá someterse a la vigilancia que el fiscal determine sin menoscabo de su dignidad. Vencido el periodo de prueba y verificado el cumplimiento de las condiciones, el fiscal solicitará el archivo definitivo de la actuación de acuerdo a lo reglamentado en el artículo siguiente.

ARTÍCULO 327. CONTROL JUDICIAL EN LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD. <Artículo modificado por el artículo 5 de la Ley 1312 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> **El juez de control de garantías deberá efectuar el control de legalidad de las solicitudes individuales o colectivas respectivas dentro de los cinco (5) días siguientes a la determinación de la Fiscalía de dar aplicación al principio de oportunidad.**

Dicho control será obligatorio y automático y se realizará en audiencia especial en la que la víctima y el Ministerio Público podrán controvertir la prueba aducida por la Fiscalía General de la Nación para sustentar la decisión. El juez resolverá de plano.

La aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados o acusados y la Fiscalía, no podrá comprometer la presunción de inocencia y solo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad.

(Negrillas, subrayas y color rojo de la fuente, no son originales del texto citado)

Ahora bien, respecto de la norma aplicable del delito por el cual se procesa a LUIS JOSÉ CAICEDO RODRÍGUEZ, que no es otro que el contenido en el artículo 229 incisos 1° y 2°, contenido en la Ley 1850 de 2017, respecto de los dos primeros eventos ocurridos antes del día veinte (20) de junio de dos mil diecinueve (2019), fecha en la cual entró en vigencia la reforma realizada

por la Ley 1959 de 2019, que aplica para los siguientes siete eventos descritos, normas que a su tenor literal disponía lo siguiente:

ARTÍCULO 229. El que maltrate física o psicológicamente 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 (60) 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 y realice alguna de las conductas descritas en el presente artículo.

ARTÍCULO 229. VIOLENCIA INTRAFAMILIAR. El que maltrate física o psicológicamente 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, adolescente, una mujer, una persona mayor de sesenta (60) años, o que se encuentre en situación de discapacidad o disminución física, sensorial y psicológica o quien se encuentre en estado de indefensión o en cualquier condición de inferioridad.

Cuando el responsable tenga antecedentes penales por el delito de violencia intrafamiliar o por haber cometido alguno de los delitos previstos en el libro segundo, Títulos I y IV del Código Penal contra un miembro de su núcleo familiar dentro de los diez (10) años anteriores a la ocurrencia del nuevo hecho, el sentenciador impondrá la pena dentro del cuarto máximo del ámbito punitivo de movilidad respectivo.

PARÁGRAFO 1o. A la misma pena quedará sometido quien sin ser parte del núcleo familiar realice las conductas descritas en el tipo penal previsto en este artículo contra.

a) **Los cónyuges** o compañeros permanentes, **aunque se hubieren separado o divorciado.**

b) **El padre** y la madre **de familia, aun cuando no convivan en el mismo hogar, si el maltrato se dirige contra el otro progenitor.**

c) *Quien, no siendo miembro del núcleo familiar, sea encargado del cuidado de uno o varios miembros de una familia en su domicilio, residencia o cualquier lugar en el que se realice la conducta.*

d) *Las personas con las que se sostienen o hayan sostenido relaciones extramatrimoniales de carácter permanente que se caractericen por una clara e inequívoca vocación de estabilidad.*

PARÁGRAFO 2o. 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 y realice alguna de las conductas descritas en el presente artículo.

ARTÍCULO 2o. Modifíquese el párrafo del artículo 149 de la Ley 906 de 2004, el cual quedará así:

PARÁGRAFO. En las actuaciones procesales relativas a los delitos contra la libertad y formación sexual, violencia sexual y violencia intrafamiliar, el juez podrá, a solicitud de cualquiera de los intervinientes en el proceso, disponer la realización de audiencias cerradas al público. La negación de esta solicitud se hará mediante providencia motivada. Cuando cualquiera de los intervinientes en el proceso lo solicite, la autoridad competente podrá determinar la reserva de identidad respecto de los datos personales de la víctima, los de sus descendientes y los de cualquier otra persona que esté bajo su guarda o custodia.

(Negrillas, subrayas y color rojo de la fuente, no son originales del texto citado)

Para el caso que nos ocupa, resulta palpable que no se satisface siquiera el requisito objetivo, puesto que el *quantum* de la pena excede, sin el agravante incluso, el límite previsto en el numeral 1 del artículo 324 *"cuando se tratare de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo máximo señalado en la Ley no exceda de seis (6) años"*, y teniendo en cuenta que el bien jurídico tutelado es el de La Familia, en donde expresamente se acepta que una de las víctimas es mujer, y se advierte claramente una violencia de género dentro de un contexto de discriminación, dominación o subyugación de la mujer que ameritaría aplicar el agravante del Inciso 2°, en todo caso es claro para el Despacho, así como acertadamente lo acotó el Señor Juez de Primera Instancia, que otra de las afectadas es la hija que es menor de edad, por lo tanto, es claro que no puede desconocerse que estamos frente a una eventual conducta de VIOLENCIA INTRAFAMILIAR AGRAVADA cuya pena aplicable entonces excede sobradamente el límite punitivo para que se aplique el Principio de Oportunidad, además que se está desconociendo por completo que la facultad que tiene el Ente Acusador de suspenderla es por razones de política criminal, y en este punto se hace necesario tener en cuenta que tratándose de delitos que conllevan una violencia de género contra una mujer, el Estado Colombiano ha adoptado una serie de medidas tendientes a darle la protección necesaria conforme a las normas constitucionales e incluso internacionales que ha tenido a bien acoger, y que obviamente constituyen un claro marco de referencia respecto de la *Política Criminal* en el delito de VIOLENCIA INTRAFAMILIAR, empezando por la estructuración de la conducta punible como tal que el legislador ha tenido a bien hacer, dentro del marco del manejo de la política criminal del Estado, dado a que esta clase de delitos son los que mayor impacto tienen en la sociedad, y al respecto de quien es el encargado del manejo de esta política criminal, tal y como lo ha decantado suficiente nuestro Corte Constitucional, por ejemplo en la Sentencia C-387/14 del 25 de junio de 2014, dentro del expediente D-9997 siendo Magistrado Ponente el Doctor JORGE IVÁN PALACIO PALACIO, en la que se dijo al respecto:

"3. El diseño de la Política Criminal

Ha señalado esta Corporación que **al Congreso de la República se le asigna competencia en la definición de la política criminal del Estado**¹ (arts. 114 y 150 superiores), **para determinar las conductas que constituyen delitos, las sanciones que deben imponerse y el procedimiento a cumplirse**. Le asiste en materia penal una competencia amplia que encuentra respaldo constitucional en los principios democrático y de soberanía popular (arts. 1º y 3º superior).² Bien puede el legislador penal crear, modificar y suprimir figuras delictivas; introducir clasificaciones entre las mismas; establecer modalidades punitivas; graduar las penas que resulten aplicables; y fijar la clase y magnitud de éstas con arreglo a criterios de atenuación o agravación; todo ello de acuerdo con la apreciación, análisis y ponderación que efectúe sobre los fenómenos de la vida social y del mayor o menor daño que ciertos comportamientos ocasionen al conglomerado social.³

El concepto de diseño de una política pública en materia penal comprende su articulación tanto en normas sustanciales como procesales. No obstante, tal potestad de configuración normativa no deviene en absoluta, toda vez que la Constitución Política y los tratados internacionales de derechos humanos (art. 93 superior), como instrumentos de carácter vinculantes, constituyen un límite inalterable al ejercicio del poder público, al consagrar valores superiores, principios constitucionales y derechos fundamentales.⁴ Entre los criterios específicos que debe observar el legislador al elaborar las normas penales, informa esta Corporación:⁵

(i) ***El principio de necesidad*** de la intervención penal relacionado con el carácter subsidiario, fragmentario y de *última ratio*. La Corte ha sostenido que “el derecho penal se enmarca en el *principio de mínima intervención*, según el cual, el ejercicio de la facultad sancionatoria criminal debe operar cuando los demás alternativas de control han fallado. El Estado no está obligado a sancionar penalmente todas las conductas antisociales, tampoco puede tipificar las que no ofrecen un verdadero riesgo para los intereses de la comunidad o de los individuos; la decisión de criminalizar un comportamiento humano es la última de las decisiones posibles en el espectro de sanciones que el Estado está en capacidad jurídica de imponer, y entiende que la decisión de sancionar con una pena, que implica en su máxima drasticidad la pérdida de la libertad, es el recurso extremo al que puede acudir el Estado para reprimir un comportamiento que afecta los intereses sociales. La jurisprudencia legitima la descripción típica de las conductas sólo cuando se verifica una necesidad real de protección de los intereses de la comunidad.”⁶ Además, “en el otro extremo se encontrarían aquellas conductas que, dado que se desenvuelven en ámbitos de libertad constitucionalmente garantizados, o debido a la escasa significación del bien jurídico que afectan, estarían constitucionalmente excluidas de la posibilidad de ser objeto de sanción penal.”⁷

(ii) ***El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*** en la garantía de los valores esenciales de la sociedad. Ha manifestado este Tribunal que “el derecho penal comporta una *valoración social en torno a los bienes jurídicos* que ameritan protección penal, las conductas susceptibles de producir lesiones en tales bienes, el grado de gravedad de la lesión que de lugar a la aplicación del *ius puniendi*, y el *quantum* de la pena que deba aplicarse. En principio, no existe, de manera expresa, un imperativo constitucional según el cual determinados bienes jurídicos deban, necesariamente, protegerse a través del ordenamiento penal. La opción de criminalizar una conducta, en aquellos eventos en que no está constitucionalmente impuesta o excluida, implica que el legislador ha considerado que para la protección de cierto bien jurídico es necesario acudir a mecanismos comparativamente más disuasivos que otros que podrían emplearse, no obstante

¹ En un sentido amplio ha sido definida como “el conjunto de respuestas (jurídicas, sociales, económicas, culturales, administrativas, tecnológicas, etc.) que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción.” Sentencia C-646 de 2001.

² Sentencias C-226 de 2002, C-1080 de 2002, C-853 de 2009 y C-334 de 2013.

³ Sentencia C-013 de 1997 y C-540 de 2012.

⁴ Sentencias C-420 de 2002, C-148 de 2005, C-475 de 2005, C-1033 de 2006, C-365 de 2012 y C-334 de 2013.

⁵ Cfr. sentencias C-420 de 2002, C-936 de 2010, C-241 de 2012, C-365 de 2012, C-742 de 2012 y C-334 de 2013.

⁶ Sentencias C-636 de 2009 y C-742 de 2012.

⁷ Sentencias C-442 de 2011 y C-241 de 2012.

su efecto limitativo de la libertad personal. Sin embargo, en el Estado de Derecho, a esa solución sólo puede llegarse cuando se ha producido una grave afectación de un bien jurídico, mediante un comportamiento merecedor de reproche penal y siempre que la pena resulte estrictamente necesaria.”⁸

(iii) **El deber de observar la estricta legalidad.** Esta Corporación ha indicado “(i) que la creación de tipos penales es una competencia exclusiva del legislador - reserva de ley en sentido material- y (ii) que es obligatorio respetar el principio de tipicidad: “*nullum crimen, nulla poena, sine lege previa, scripta et certa*”. De manera que el legislador está obligado no sólo a fijar los tipos penales, sino que éstos tienen que respetar el principio de irretroactividad de las leyes penales (salvo favorabilidad), y definir la conducta punible de manera clara, precisa e inequívoca”.⁹

(iv) **El principio de culpabilidad,** que tiene las siguientes implicaciones: “*Derecho penal de acto y no de autor.* El artículo 29 de la Constitución, en armonía con la definición del carácter político del Estado como Social de Derecho, y del postulado de respeto a la dignidad de la persona humana, consagra el principio de que no hay delito sin conducta, al establecer que ‘nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa’. El Constituyente optó por un derecho penal del acto, en oposición a un derecho penal del autor. Dicha definición implica, por una parte, que el acontecimiento objeto de punición no puede estar constituido ni por un hecho interno de la persona, ni por su carácter, sino por una exterioridad y, por ende, el derecho represivo sólo puede castigar a los hombres por lo efectivamente realizado y no por lo pensado, propuesto o deseado, como tampoco puede sancionar a los individuos por su temperamento o por sus sentimientos.”¹⁰

(v) **El deber de garantizar los derechos constitucionales y la aplicación de los convenios internacionales de derechos humanos** (bloque de constitucionalidad). La Corte ha señalado que “los tipos penales, se erigen en mecanismos extremos de protección de los mismos, y que, en ciertas ocasiones el tipo penal integra el núcleo esencial del derecho constitucional. Por lo mismo, al definir los tipos penales, el legislador está sometido al contenido material de los derechos constitucionales,¹¹ así como los tratados y convenios internacionales relativos a derechos humanos ratificados por Colombia.”¹²

(vi) **El deber de respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad.** Esta Corporación ha indicado que “al establecer tratamientos diferenciales se somete a un juicio estricto de proporcionalidad del tipo penal, así como de la sanción. La proporcionalidad, implica, además, un juicio de idoneidad. Así, ante la existencia de bienes jurídicos constitucionales, el legislador tiene la obligación

⁸ Sentencia C-489 de 2002. En este sentido la sentencia C-420 de 2002 expuso: “*haciendo abstracción de las distintas fases, escuelas y esquemas que han confluído en el derecho penal, lo cierto es que el único elemento común a cualquier sistema de imputación penal radica en el contenido de injusticia que se atribuye al delito, esto es, la antijuridicidad. El delito debía tener un contenido de ilicitud no solo formal frente a la norma sino también un contenido material que consistía en la lesión o, al menos, en la puesta en peligro de un bien jurídico. Así, la injusticia del delito radicaba en la afcción de derechos ajenos. El delito se dotó de un referente material que, a través de la categoría del bien jurídico, racionalizó el ejercicio del poder punitivo. Siendo así, el solo tenor literal de la ley no definía ya el delito, pues se precisaba también de un contenido sustancial que remitiera a la afcción de derechos ajenos.*”

⁹ Sentencia C-939 de 2002.

¹⁰ Sentencias C-239 de 1997, C-179 de 2007 y C-365 de 2012. Así mismo, en estas decisiones se ha sostenido que un derecho penal de acto “*supone la adscripción de la conducta al autor, en cuanto precisa, además de la existencia material de un resultado, la voluntad del sujeto dirigida a la observancia específica de la misma. Sólo puede ser considerado como autor de un hecho, aquél a quien pueda imputársele una relación causal entre su decisión, la acción y el resultado. El principio de que no hay acción sin culpa, corresponde a la exigencia del elemento subjetivo o psicológico del delito; según dicho principio, ningún hecho o comportamiento humano es valorado como acción sino es el fruto de una decisión; por tanto, no puede ser castigado si no es intencional, esto es, realizado con conciencia y voluntad por una persona capaz de comprender y de querer. De ahí que sólo pueda imponerse pena a quien ha realizado culpablemente un injusto. Para el derecho penal del acto, uno de los criterios básicos de imposición de la pena es el grado de culpabilidad, de tal manera que a su autor se le impone una sanción, mayor o menor, atendiendo a la entidad del juicio de exigibilidad, es decir, la pena debe ser proporcional al grado de culpabilidad.*”

¹¹ Sentencias C-125 de 1996, C-239 de 1997, entre otras. En relación con los aspectos procedimentales la Corte ha fijado igual criterio en relación con la iniciación de la investigación penal. Ver sentencias C-459 de 1995 y C-404 de 1998.

¹² Sentencias C-939 de 2002 y C-241 de 2012.

de definir el tipo penal de manera tal que en realidad proteja dicho bien constitucional”.¹³

En consecuencia, la Corte observa que **la configuración de las normas penales hace parte del diseño de la política criminal** que comporta una valoración ético-social en torno a los **bienes jurídicos que ameritan protección penal**, las conductas que merecen reproche penal y las penas.¹⁴”

(Negrillas, subrayas y color rojo de la fuente, no son originales del texto)

Entonces, no puede quedar al criterio o discrecionalidad de la Fiscalía lo que concierne a la Política Criminal respecto del delito de VIOLENCIA INTRAFAMILIAR, pues muy contrario al sentir de la Acusadora, la misma entidad ha expuesto claramente cual debe ser la directriz a seguirse por parte de los delegados, a partir del análisis que dentro de esta política criminal se ha efectuado, el cual ha concluido que es habitual que las mujeres maltratadas, madres, esposas, compañeras, hijas, que se mantengan dentro del denominado “ciclo de perpetuación de la violencia”, que como lo enseña la academia tiene tres fases: (i) *Fase de Tensión*, (ii) *Fase de Agresión*, y (iii) *Fase de Arrepentimiento o “Luna de Miel”*, siempre en medio de ésta última fase, la víctima tiende a darle a su agresor una segunda, tercera e infinitas oportunidades y múltiples perdones, muchas veces por motivos desconocidos, otras, presuntamente con el objetivo de poder mantener la ilusión de garantizarle a sus hijos un hogar, o quizás porque se tiene la creencia que de esta manera pueden asegurar el apoyo económico, o tal vez mantener el *estatus* de mujer comprometida y respaldada por un hombre, estereotipo machista que infortunadamente hace carrera especialmente en los estratos y poblaciones más vulnerables, o como en este caso, porque el amor de madre es más fuerte que su instinto de conservación y le da prelación a los intereses de su hija, también maltratada y víctima de los actos disfuncionales del indiciado.

Es por ello, que la Ley 1959 de 2019, estableció la posibilidad de practicar anticipadamente las pruebas, precisamente con el fin de evitar la manipulación de las víctimas y que la administración de justicia se convierta en un juego y se congestione y desprestigie, cuando reguló lo siguiente:

ARTÍCULO 3o. Modifíquese el numeral 3 y el parágrafo 3 del artículo 284 de la Ley 906 de 2004, relativo a la Prueba anticipada, los cuales quedarán así:

Artículo 284. Prueba anticipada. Durante la investigación y hasta antes de la instalación de la audiencia de juicio oral se podrá practicar anticipadamente cualquier medio de prueba pertinente, con el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Que sea practicada ante el juez que cumpla funciones de control de garantías.

2. Que sea solicitada por el Fiscal General o el fiscal delegado, por la defensa o por el Ministerio Público en los casos previstos en el artículo 112.

¹³ Sentencia C-939 de 2002.

¹⁴ Sentencia C-241 de 2012.

3. Que sea por motivos fundados y de extrema necesidad y para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio, o que se trate de investigaciones que se adelanten por el delito de violencia intrafamiliar.

4. Que se practique en audiencia pública y con observancia de las reglas previstas para la práctica de pruebas en el juicio.

PARÁGRAFO 1o. Si la prueba anticipada es solicitada a partir de la presentación del escrito de acusación, el peticionario deberá informar de esta circunstancia al juez de conocimiento.

PARÁGRAFO 2o. Contra la decisión de practicar la prueba anticipada proceden los recursos ordinarios. Si se negare, la parte interesada podrá de inmediato y por una sola vez, acudir ante otro juez de control de garantías para que este en el acto reconsidere la medida. Su decisión no será objeto de recurso.

PARÁGRAFO 3o. En el evento en que la circunstancia que motivó la práctica de la prueba anticipada, al momento en que se dé comienzo al juicio oral, no se haya cumplido o haya desaparecido, el juez ordenará la repetición de dicha prueba en el desarrollo del juicio oral, salvo que se trate de investigaciones por el delito de violencia intrafamiliar, evento en el cual, el juez se abstendrá de repetir la prueba anticipada cuando exista evidencia sumaria de:

- a) Revictimización;
- b) Riesgo de violencia o manipulación;
- c) Afectación emocional del testigo;
- d) O dependencia económica con el agresor.

(Negrillas y subrayas no son originales del texto)

Pero se resalta que es la misma entidad acusadora, para esta clase puntual de delitos, también ha emitido un Instructivo para que los Señores Fiscales, aborden esta clase de delitos y que se torna en obligatoria para éstos, a través de la DIRECTIVA No. 0001 del 16 de marzo de 2021¹⁵, "Por medio de la cual se establecen directrices generales para el acceso a la justicia, la recepción de denuncias, investigación, judicialización y persecución del delito de violencia intrafamiliar con ocasión de la expedición de la Ley 1959 de 2019", la cual considera este Despacho pertinente transcribir, en cuanto a los apartes más importante para este caso, a saber:

"Consideraciones particulares de actos de maltrato contra niños, niñas y adolescentes -NNA - . En los actos donde la víctima es un NNA, se entiende por maltrato "toda forma de perjuicio, castigo, humillación o abuso físico o psicológico, descuido, omisión o trato negligente, malos tratos o explotación sexual, incluidos los actos sexuales abusivos, la violación y en general, toda forma de violencia o agresión sobre el niño, la niña o el adolescente por parte de sus padres, representantes legales o cualquier otra persona"¹⁶, siempre que no se configure un delito con pena

¹⁵ <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2021-DIRECTIVA-0001-DIRECTRICES-VIOLENCIA-INTRAFAMILIAR.pdf>

¹⁶ Ley 1098 de 2006, artículo 18.

mayor. Se destaca que esta enunciación no es taxativa, solo refiere formas comunes de maltrato infantil.

Consideraciones particulares sobre los actos de maltrato contra mujeres. Si la víctima es una mujer¹⁷, es necesario considerar los conceptos de violencia y daño contemplados en los artículos 3 y 4 de la Ley 1257 de 2008. Esta norma establece como tipos de violencia "cualquier acción u omisión, que le cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico, económico o patrimonial"¹⁸. Finalmente, es importante recordar que dependiendo de las circunstancias del caso concreto la violencia económica podrá ser subsumida en el verbo rector maltratar¹⁹.

(...)

II. Investigación de los actos de violencia intrafamiliar con enfoque de género y aplicación de los principios de debida diligencia y celeridad.

15. Debida diligencia. La Fiscalía tiene el deber de investigar los hechos que constituyan violencia intrafamiliar de manera oficiosa, observando durante toda la investigación y procedimiento el principio de debida diligencia y celeridad²⁰.

La investigación bajo este estándar debe ser inmediata, eficiente, exhaustiva, profesional e imparcial, libre de estereotipos y discriminación, orientada a explorar todas las líneas de investigación posibles que permitan el esclarecimiento del hecho que la ley señala como delito, así como la identificación de quien lo cometió o participó en su comisión²¹. Debe desarrollarse dentro de un plazo razonable y debe garantizarse el impulso procesal, es decir que este no depende de la actividad procesal de la víctima o sus familiares.

En consecuencia, el Fiscal delegado deberá hacer uso de todas las herramientas de investigación y actividades de policía judicial contempladas por la Ley 906 de 2004, así como a todos los medios de prueba consagrados en el ordenamiento jurídico nacional.

Por ejemplo, podrá ordenar a la policía judicial, previo cumplimiento de los requisitos legales, la interceptación de las comunicaciones del agresor o sus familiares, la realización de búsquedas selectivas en bases de datos, allanamientos, inspección al lugar de los hechos, labores de campo, la toma de declaraciones de familiares y vecinos, la retención de correspondencia, recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones y demás actividades que se consideren pertinentes para realizar la adecuación típica. Por tratarse de un delito investigable de oficio, los particulares y funcionarios públicos tienen el deber de denunciar las conductas de las que tengan conocimiento que puedan constituir el delito de violencia intrafamiliar²².

16. Las actuaciones que se realicen en el marco de la recepción de la denuncia y en el desarrollo de la investigación deben ser libres de estereotipos de género. En las investigaciones por el delito de

¹⁷ El vocablo "mujer" debe ser entendido en un lenguaje incluyente, es decir, lesbianas, bisexuales, travestistas y transgeneristas, Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-063 del 13 de febrero de 2015, M.P. María Victoria Calle Correa.

¹⁸ Ibíd. Ley 1257 de 2008. Artículos 2 y 3.

¹⁹ Ibíd. Ley 1257 de 2008. Artículo 2

²⁰ Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), aprobada por el Congreso a través de la Ley 248 de 1 995. Artículo 3 de la Ley 1542 de 2012. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No 80/) I, Caso 12.626, Fondo, Jessica Lenahan (Gonzales) y otros, Estados Unidos, 21 de julio de 2011.

²¹ United Nations Office on Drugs and Crime (UNDOC); UN Women. Vienna in cooperation with the Thailand Institute of Justice. Handbook on effective prosecution responses to violence against women and girls. Nueva York : s.n., 2014

²² Ley 906 de 2004, artículos 67 y 68.

violencia intrafamiliar se debe adoptar una perspectiva de género²³, que permita orientar esfuerzos para eliminar las causas estructurales de este tipo de violencia, de forma que se materialice el derecho fundamental a vivir libres de violencia y discriminación²⁴. En consecuencia, todos los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación que en el ejercicio de sus funciones conozcan hechos constitutivos de violencia intrafamiliar o de violencia contra la mujer **deben actuar con imparcialidad y con ausencia de nociones preconcebidas o estereotipos de género**.

Para incorporar la perspectiva de género, es indispensable definir qué se entiende por estereotipo de género en la jurisprudencia nacional e internacional, así como en la literatura sobre esta materia. En ese orden de ideas, el concepto de estereotipo de género según la Corte Interamericana de Derechos Humanos consiste en *"una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente"*²⁵.

Por su parte, la Corte Constitucional ha señalado que los estereotipos lo *"conforman imágenes sociales generalizadas, preconceptos sobre características personales o roles que cumplen o deben ser cumplidos por los miembros de un determinado grupo social. Estas expresiones sirven para describir a un grupo, prescribir su comportamiento o asignar diferencias"*²⁶. Para el Tribunal Constitucional "en el ejercicio de la función judicial, el uso de estereotipos se da cuando se reprochan los actos de la persona por desviación del comportamiento esperado"²⁷.

En consonancia con lo anterior, siguiendo la jurisprudencia aplicable de la Corte Constitucional²⁸, a modo de ejemplo, se incurre en estereotipos de género en investigaciones por el delito de violencia intrafamiliar cuando²⁹: (i) se desestima la violencia intrafamiliar por considerar que se dieron agresiones mutuas, sin examinar si ellas respondían a una defensa de la víctima; (ii) se entiende que la violencia intrafamiliar es un asunto doméstico que está exento de la intervención del Estado; (iii) se afirma que la denuncia tiene como objetivo resultar vencedoras en el juicio de divorcio u obtener venganza, o que ha deformado los hechos, exagerando su magnitud; (iv) se desestima la gravedad de la violencia por inexistencia

²³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia SP93 I-2020 (55406), mayo 20 de 2020, M.P. Hugo Quintero Bemate.

²⁴ Corte Constitucional, Sentencias T-878 de 2014, T-718 de 2017, T-735 de 2017 y T-462 de 2018. La Corte señaló en la sentencia T-462 de 2018, reiterando consideraciones formuladas en las anteriores providencias enunciadas, que este tipo de violencia no se trata de un fenómeno "doméstico que deba ser abordado en la privacidad del hogar, sino que exige compromisos de parte del Estado y de la sociedad en su conjunto para eliminar sus causas estructurales, de forma que se permita la materialización del derecho fundamental de las mujeres a vivir libres de violencia y de discriminación. Al respecto, ha considerado que esa violencia hace parte de un contexto estructural de violencia que ha permeado los ámbitos políticos, social y económico, por las agresiones físicas, psicológicas y económicas de las que son víctimas "se tolera[n] sin que haya una reacción social o estatal eficaz.

²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

²⁶ Corte Constitucional, sentencias T-878 de 2014 y T-462 de 2018. Para la Corte los estereotipos de género "adquieren relevancia constitucional cuando sirven para excluir y marginar a ciertas personas, para invisibilizarlas. Al respecto de su rol en la administración de justicia, ha expresado que: El empleo de estereotipos al momento de evaluar el comportamiento de las partes en un determinado proceso se traduce en la adopción de preconcepciones basadas en prejuicios que puede llegar a constituir una acción discriminatoria. Específicamente, esto puede ocurrir cuando la negativa de protección de un derecho fundamental responde en cierta medida a un juicio de reproche por desviación del comportamiento esperado de una persona que es situada en alguna de estas dos circunstancias: en un caso, se considera que la persona se ha desviado del estereotipo esperado de acuerdo a, por ejemplo, su género; en el segundo caso una persona es identificada, implícita o explícitamente, con un estereotipo negativo, a saber un comportamiento que si bien no es ilegal, si es considerado reprochable (T-634 de 2013). En cuestión de género, según lo dicho, se piensa que las mujeres cumplen un rol reproductivo, deben ser castas y obedientes y al establecer diferencias con el género masculino, son nerviosas o desequilibradas. Los estereotipos de género son negativos cuando establecen jerarquías de género y asignan categorizaciones peyorativas o desvalorizadas a las mujeres, reproduciendo prácticas discriminatorias. La existencia de estos prejuicios influye en el modo en el que las instituciones reaccionan frente a la violencia contra las mujeres.

²⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-735 de 2017

²⁸ Ibid, Corte Constitucional, sentencias T-878 de 2014 y T-462 de 2018.

²⁹ Corte Constitucional, Sentencias T-634 de 2013, T-878 de 2014, T-012 de 2016, T-735 de 2017, T-027 de 2017, T-462 de 2018.

de secuelas significativas físicas o psicológicas, o porque la mujer no asume la actitud de inseguridad, angustia o depresión que se cree debe demostrar, v) se cree que los hombres no pueden ser víctimas de violencia intrafamiliar, entre otros.

(...)

V. Lineamientos para la investigación del delito de violencia de intrafamiliar.

31. La violencia intrafamiliar no es desistible ni conciliable. Esto significa que la Fiscalía tiene el deber de investigar los hechos que constituyan violencia intrafamiliar de manera oficiosa³⁰, observando durante toda la investigación y procedimiento el principio de debida diligencia y celeridad³¹. Así mismo, se resalta que en esta conducta punible no procede la conciliación, ni el desistimiento³² como formas de terminación del proceso. En ese sentido, es importante informar a la víctima en un lenguaje claro, sencillo y asequible que los acuerdos de reparación o indemnización que logre con su agresor no permitirán archivar, ni precluir la investigación 7°. Por lo tanto, la Fiscalía continuará con el ejercicio de la acción penal, aun cuando la víctima se acoja al artículo 33 de la Constitución Política³³ o logre un acuerdo con su agresor.

32. Consecuencias de los acuerdos reparadores entre víctima y agresor. En los casos de violencia intrafamiliar, cuando la víctima y su agresor lleguen a un acuerdo para reparar el daño causado, no es procedente ordenar el archivo de la actuación. Estos acuerdos no están contemplados como una causal de preclusión de la investigación contenidas en el artículo 332 de la Ley 906 de 2004 y tampoco se subsumen en ninguna de las allí previstas. Finalmente, no es procedente la extinción de la acción penal por aplicación favorable de la "indemnización integral" de que trata el artículo 42 de la Ley 600 de 2000³⁴. Por lo tanto, a pesar de su existencia, los Fiscales delegados deberán continuar con la investigación de estos delitos.

33. La investigación de la violencia intrafamiliar se debe realizar en contexto. En el marco de la investigación penal se debe indagar el contexto en el cual se desarrollaron los hechos constitutivos de violencia intrafamiliar. Lo anterior, con el objetivo -de comprender los móviles y las razones que llevaron a la persona indiciada a la ejecución de la conducta, las diversas formas de maltrato que fueron desplegadas, la asociación de hechos en los supuestos en los cuales la persona indiciada es reincidente, es decir que ha sido condenado previamente³⁵.

³⁰ Ley 906 de 2004, artículos 67 y 68. Por tratarse de un delito investigable de oficio, los particulares y funcionarios públicos tienen el deber de denunciar las conductas de las que tengan conocimiento que puedan constituir el delito de violencia intrafamiliar.

³¹ Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), aprobada por el Congreso a través de la Ley 248 de J 995. Artículo 3 de la Ley 1542 de 2012. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No 80/) 1, Caso 12.626, Fondo, Jessica Lenahan (Gonzales) y otros, Estados Unidos, 21 de julio de 2011

³² Ley 1542 de 2012. Artículos 1 y 2.

³³ Constitución Política. Artículo 33. "Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil"

³⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia SP14306-2016 (47990), octubre 5 de 2016, M.P. José Luis Barceló Camacho. En esta decisión la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, sostuvo que es posible aplicar la previsión del artículo 42 de la Ley 600 de 2000 al proceso establecido en la Ley 906 de 2004, con fundamento en el principio de favorabilidad "siempre y cuando se cumplan las exigencias señaladas en esta". Teniendo en cuenta que la violencia intrafamiliar es un delito que, según la Ley 1542 de 2012, no admite desistimiento, no es posible aplicar la extinción de la acción penal por reparación integral.

³⁵ El concepto de reincidencia solo aplica si se cuenta con sentencias condenatorias ejecutoriadas que derrumben la presunción de inocencia que cobija a todos los ciudadanos. Este principio rector del sistema penal acusatorio se encuentra contemplado en el artículo 7 de la Ley 906 de 2004 como desarrollo del debido proceso constitucional previsto en el artículo 29 inciso 4 de la Constitución Política. Para el delito de violencia intrafamiliar el inciso 3 del artículo 229 de la Ley 599 de 2000 señala que la reincidencia debe ser entendida como la existencia de condenas previas debidamente ejecutoriadas por ciertos delitos allí previstos dentro de los 10 años anteriores a la nueva conducta investigada.

Esto con la finalidad de analizar la viabilidad de la imposición de una pena mayor o si se trata de un caso de violencia que deba ser adecuado a un delito de mayor entidad, entre otros³⁶. Además, la investigación en contexto permitirá demostrar la sistematicidad del maltrato o su dinámica cíclica, lo cual permite comprender y explicar, incluso en instancias judiciales, sin desestimar la ocurrencia de los hechos, fenómenos propios de estas formas de violencia como la retractación, la defensa del agresor por parte de la víctima o la reanudación de relaciones sentimentales o de convivencia con el agresor.

Al Fiscal delegado le corresponde realizar una investigación que permita determinar si la comisión de la conducta punible ocurrió *"en un contexto de discriminación, dominación, subyugación, desigualdad, sometimiento o discriminación que justifiquen la imposición de la circunstancia de agravación al sujeto activo del delito"*³⁷: Para ello, se sugiere la realización de labores de campo como la inspección a lugares distintos al hecho, como por ejemplo en los CAI o en las inspecciones de policía competentes y cercanas al lugar de domicilio de la víctima, la toma de declaraciones de familiares y vecinos, entre otras. Lo anterior, como actividades que favorezcan la identificación y determinación de la existencia de registros de agresiones previas que permitan advertir escenarios sistemáticos de violencia. También, podrán tomarse como guías orientadoras de las actividades de investigación sobre el contexto de subyugación y subordinación de la víctima los criterios

³⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia SP4135-2019 (52394), octubre I de 2019, M.P. Patricia Salazar Cuéllar. Al respecto la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia estableció, en el análisis sobre la aplicación de las circunstancias de agravación punitiva consagradas en el inciso segundo del artículo 229, que: "(...) la Sala concluye lo siguiente: (...) (iii) este incremento punitivo se justifica en la medida en que se verifique que el sujeto activo realizó la conducta en un contexto de discriminación, dominación o subyugación de la mujer, independientemente de la finalidad con la que haya actuado; (iv) de esta forma, se garantiza que el daño inherente a una pena mayor esté justificado por la protección de un determinado bien jurídico; y (v) ello se traduce en la obligación que tiene la Fiscalía de indagar por dicho contexto no solo para establecer la viabilidad de una sanción mayor sino además, para verificar si se está en presencia de un caso de violencia de género, que debe ser visibilizado en orden a generar las transformaciones sociales que permitan erradicar este flagelo". En relación a este tema añadió "Sumado a lo anterior, la determinación de los contextos que rodean los episodios de violencia resulta útil para: (i) establecer si otras personas han resultado afectadas con la acción violenta, como suele suceder con los niños que son expuestos a las agresiones perpetradas por sus padres; (ii) determinar el nivel de afectación del bien jurídico y, en general, la relevancia penal de la conducta; y (iii) finalmente, porque solo a partir de decisiones que correspondan a la realidad, en toda su dimensión, es posible generar los cambios sociales necesarios para la erradicación del flagelo de violencia contra las mujeres, en general, y la violencia intrafamiliar, en particular". (Subrayas fuera de texto).

³⁷ Ibid., Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia SP4135-2019 (52394), octubre de I de 2019 M.P. Patricia Salazar Cuéllar, reiterada en las Sentencias SP468-2020 (53037), febrero 19 de 2020, M.P. Patricia Salazar Cuéllar y SP 1270-2020 (52571), junio 10 de 2020, M.P. Eyder Patiño Cabrera. En la providencia citada, señaló esa Corporación que "[d]e lo anterior se extrae lo siguiente: (i) el inciso segundo del artículo 229 del Código Penal está orientado a proteger a las mujeres y, en general, a las personas que se encuentren en situación de indefensión, tanto por su edad o condición física o mental, como por la dinámica propia de las relaciones familiares; (ii) el legislador estructuró la norma de tal manera que le corresponde a los operadores judiciales definir en cada caso si se dan las condiciones que justifican la mayor penalización; y (iii) ello reafirma la importancia de investigar acerca del contexto en el que ocurren los hechos, en los términos expuestos a lo largo de este proveído. (...) Asimismo debe considerarse que en el inciso segundo del artículo 229 se incluyeron diversos presupuestos que justifican el incremento punitivo objeto de análisis. La Sala advierte que la aplicación razonable de esa circunstancia de mayor punibilidad le impone al Estado múltiples obligaciones, según la distribución constitucional y legal de funciones. Así, por ejemplo cuando el sujeto pasivo sea mayor de 65 años la Fiscalía, al estructurar su teoría del caso y el juez, al dictar la sentencia, deben constatar la existencia de una relación de desigualdad que justifique el incremento punitivo, ya que es posible que la misma realmente no exista, por las características físicas la edad, el estado de salud o cualquier otro aspecto relevante de los integrantes del núcleo familiar. Lo anterior se acentúa cuando los hechos deban subsumirse en la fórmula más amplia que utilizó el legislador en la última parte de la norma ("o quien se encuentre en estado de indefensión"), lo que, en su conjunto, permite entender por qué en los debates al interior del Congreso se hizo énfasis en que "se entrega a manos del intérprete y del juzgador las notas concretas que indiquen el grado de indefensión o las condiciones de indefensión del caso concreto. (...) Al retomar el punto, esta Sala considera que en el ordenamiento jurídico colombiano la aplicación de la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el inciso segundo del artículo 229 del Código Penal está supeditada a la demostración de que la conducta constituye violencia de género en la medida en que sea producto de la discriminación de las mujeres, del hecho de considerarlas inferiores de su cosificación y en general cuando la conducta reproduce la referida pauta cultural que, con razón pretende ser erradicada". Concluyó que "en cada caso debe establecerse si existen relaciones de desigualdad sometimiento o discriminación que justifiquen la imposición de una pena mayor, lo que por expresa disposición legislativa también puede tener lugar cuando la conducta recae sobre un hombre, siempre y cuando se demuestre que este se encontraba en "estado de indefensión". (Subrayas fuera de texto).

enunciativos establecidos jurisprudencialmente por la Corte Constitucional. Ejemplos de estos son los señalados en la sentencia C-539 de 2016, para determinar si la violencia ocurre por "el hecho de ser mujer" relativos a la existencia previa de antecedentes de violencia, su intensidad y frecuencia, así como la presencia de ataques verbales o de humillaciones, ridiculizaciones, insultos o actos de menosprecio que podrían pasar desapercibidos frente a otros actos violentos de apariencia mucho más grave, como las agresiones físicas.

Por último, es importante resaltar que este tipo de investigación en contexto no constituye una carga sobredimensionada para la Fiscalía General de la Nación, pues no necesariamente se requiere la práctica pruebas "complejas o sofisticadas". Como se resaltó en la aclaración de voto de la decisión AP4175-2019 (56081) de 25 de septiembre de 2019³⁸, estas pautas culturales de sumisión y discriminación pueden ser identificados mediante preguntas puntuales en los interrogatorios a las víctimas y testigos del caso, y con la aportación durante el proceso de las respectivas pruebas que lo corroboren.

(...)

3 7. Violencia intrafamiliar en contra de menores de edad. Si la víctima de violencia intrafamiliar es menor de edad, el Fiscal delegado deberá verificar que se haya puesto en conocimiento del caso a la comisaría de familia. De no ser así, procederá de manera inmediata a informar a esta Entidad para que se realicen todas las actuaciones administrativas tendientes a restablecer los derechos NNA³⁹. En todo caso, el Fiscal delegado deberá propender por el cumplimiento de los "criterios para el desarrollo del proceso judicial de delitos en los cuales son víctimas los niños, las niñas y los adolescentes" desarrollados en el artículo 193 de la Ley 1098 de 2006⁴⁰, así como solicitar la apertura del incidente de reparación integral si no se ha dado cumplimiento a lo establecido en el artículo 197 de la misma normatividad⁴¹.

(...)

Conforme a lo anterior, la presente Directiva contiene los lineamientos para la investigación del delito de violencia intrafamiliar, con fundamento y en desarrollo de los parámetros constitucionales, legales y a la jurisprudencia."

(Negritas, subrayas y color rojo no son originales del texto citado)

En este caso, es notorio que la Fiscalía no acató ninguna de las directrices que obligatoriamente le correspondían, especialmente tratándose de una conducta en donde se acepta que existe una menor como víctima, así como realizó ningún tipo de práctica probatoria anticipada, ni tampoco solicitó la imposición de una medida de aseguramiento pese a la gravedad de la conducta y la reiteración de las amenazas y que efectivamente el bien jurídico de la Familia se quebrantó al punto que se llegó a la ruptura de la relación matrimonial. Ha de resaltarse, que corresponde a la Fiscalía General de la Nación, en cabeza de la Delegada, dar la protección que requiera la víctima, tal y como por ejemplo lo ha señalado nuestra Honorable Corte Suprema de Justicia, que en sede de Acción Constitucional de Tutela, Sentencia STP17417-2021 del 9 de diciembre de 2021, dentro del trámite radicado al No. 120692 siendo Magistrado Ponente el Doctor DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

³⁸ Ibid., Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, AP4175-2019 (56081) de 25 de septiembre de 2019, M.P. Eugenio Fernández Carlier. Aclaración de Voto Magistrada Patricia Salazar Cuellar.

³⁹ Ibid., Ley 1098 de 2006. Artículo 51.

⁴⁰ Ibid., Ley 1098 de 2009, Artículo 193.

⁴¹ Ibid., Ley 1098 de 2006.: Artículo 197

“Se recuerda que la tarea de la Fiscalía de solicitar herramientas de protección para las víctimas, **no corresponde a un único momento procesal, comoquiera que estas deben promoverse siempre que sean necesarias y con carácter urgente.**

Así, en caso de evidenciarse que las órdenes de protección impartidas no cumplen con su objetivo, pues, por el contrario, la víctima sigue en riesgo o su nivel se ha incrementado, **le corresponde al ente fiscal revisarlas y pedir ante las autoridades competentes la adopción de instrumentos eficaces para la salvaguarda real del afectado con la conducta punible.** Lo anterior de acuerdo con lo preceptuado en los artículos 11°, 133° y 134° de la Ley 906 de 2004. Diligencia que se extraña en el caso estudiado.”

(Negrillas y subrayas no son originales del texto)

Además, la causal invocada resulta ser inaplicable, puesto que La Familia no es un bien jurídico de poca monta, sino todo lo contrario, un bien jurídico de especial protección por parte del Estado, tal y como lo consagra el artículo 42 de nuestra Constitución Política, que literalmente dispone lo siguiente:

Artículo 42. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. 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. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. (...).

(Negrillas y subrayas no son originales del texto)

Respecto al tipo penal en ciernes, debe precisarse que este se encuentra consagrado en el Libro Segundo, Título VI del Código Penal, Delitos Contra La Familia, Capítulo Primero, De la Violencia Intrafamiliar, en donde respecto a la necesidad de proteger este bien jurídico por la jurisdicción penal, la Honorable Corte Constitucional en demanda de Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 229 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 33 de la Ley 1142 de 2007, Sentencia C-368/14 del 11 de junio de 2014, dentro del expediente D – 9960, siendo Magistrado Ponente el Doctor ALBERTO ROJAS RÍOS, entre otras cosas, dispuso lo siguiente:

“3. La protección especial a la familia en la Constitución Política: Unidad y armonía familiar como bienes jurídicos garantizados por el derecho sancionatorio.

Desde el principio fundamental contenido en el artículo 5°, la Constitución Política hace manifiesto el deber estatal de amparar a la familia como institución básica, o núcleo fundamental de la sociedad, por ello el artículo 13 ídem proscribire cualquier acto de discriminación por razón de origen familiar⁴², y establece a favor de sus miembros, cuando se encuentren en circunstancias de debilidad

⁴² Cfr. sentencia T- 586 de 1999.

manifiesta, el deber de sancionar “los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

(...)

Con el mismo enfoque de protección, el artículo 28 de la Constitución establece que sólo en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley, las personas pueden ser molestadas en su persona o familia. En correlación con ello el artículo 42 ídem al tiempo que impone al Estado y a la sociedad la obligación de garantizar la protección **integral** de los miembros de la familia establece que **cualquier forma de violencia – física, moral, psicológica o cualquier otra forma, por acción o por omisión-, “se considera destructiva de su armonía y unidad y será sancionada conforme a la ley”**.

En relación con la aplicación de normas relativas a mecanismos de protección de la unidad y armonía familiar, la Corte Constitucional, en sentencia C-652 de 1997, al revisar el artículo 9° de la ley 294 de 1996, señaló: “[l]a institución de la familia merece los mayores esfuerzos del Estado para garantizar su bienestar. De ahí que corresponda a las autoridades intervenir en las relaciones familiares, no con el fin de fijar criterios de comportamiento, lo cual pertenece a la órbita del derecho a la intimidad, sino para propiciar la armonía y la paz familiar, impidiendo cualquier amenaza o violación a los derechos fundamentales de sus integrantes”.

La obligatoriedad de las instituciones del Estado y del legislador de proteger a la familia y de manera particular la unidad y armonía familiar como un derecho constitucional, ha sido reconocida por la Corte Constitucional que, en sede de tutela ha precisado que:

*“A partir de la interpretación de las disposiciones normativas contenidas en el artículo 42 de la Constitución, es posible establecer la existencia de un derecho constitucional a mantener la unidad familiar o a mantener los vínculos de solidaridad familiar. De la caracterización constitucional de la familia, como núcleo fundamental de la sociedad, en la cual es necesario preservar la armonía y la unidad, mediante el rechazo jurídico de las conductas que puedan conducir a su desestabilización o disgregación, y, además, consultando el deber constitucional de los padres, consistente en sostener y educar a los hijos mientras sean menores o impedidos, resulta perfectamente posible derivar normas de mandato, de prohibición y de autorización. Siguiendo un razonamiento similar es posible configurar **el derecho a mantener la unidad familiar**. Este derecho es el corolario de la eficacia de la disposición que define la familia como el núcleo fundamental de la sociedad, en la medida en que constituye el dispositivo normativo que permite realizar la pretensión constitucional de protección a la familia (como núcleo fundamental de la sociedad), al autorizar la intervención de los jueces y en especial del juez constitucional, en situaciones concretas que tengan el poder de afectar la unidad y/o la armonía familiar. Esta hipótesis encuentra otro punto de refuerzo en otra disposición constitucional contenida en el artículo 42. En efecto, la Constitución rechaza de manera expresa toda forma de violencia en la familia que tenga la potencialidad de afectar la unidad y la armonía familiar. Ahora, **una lectura en clave libertaria de la Constitución lleva al intérprete a concluir que la violencia que censuró el constituyente no es sólo la violencia de tipo físico o psicológico, que se ejerce de manera directa entre los miembros de la familia, sino también la violencia estructural, la que se engendra en las formas veladas de poder, en las injusticias sociales o en las presiones antijurídicas sobre sus miembros**. En esta medida, el dispositivo normativo del derecho a mantener la unidad familiar, al tiempo que permite enervar este tipo de factores, constituye la traducción en clave de derechos-deberes de la más genuina voluntad del constituyente de 1991.”⁴³(resaltado fuera del texto)*

(...)

⁴³ Sentencia T-237 de 2004. En el mismo sentido en la sentencia T-887 de 2009, la Corporación recordó que “La protección estatal de la familia debe ser integral. De este modo, las autoridades “deben abstenerse de adoptar medidas administrativas o judiciales que, en la práctica, impliquen violar la unidad familiar, so pretexto, por ejemplo, de amparar los derechos fundamentales de alguno de sus integrantes”.

Concepto de familia. La reiterativa proclamación del deber de protección hacia la familia y siendo este un elemento esencial para el estudio de la demanda, impone precisar que el ámbito de protección no se limita a la familia en su modelo nuclear clásico del siglo XX compuesta por la madre, el padre y los hijos, sino que incorpora otras estructuras formadas por vínculos de consanguinidad o jurídicos, a las familias de crianza y a las parejas homosexuales, como lo definió la Corte Constitucional entre otras sentencias en la C-075 de 2007 y en la sentencia C-029-09⁴⁴, en la cual se analizó el déficit de protección en diferentes ámbitos a las parejas del mismo sexo.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido consistente en **proteger la unidad e integridad del núcleo familiar que surge por diferentes vínculos (naturales, jurídicos de hecho o crianza)**, así, desde las primeras decisiones adoptadas por esta Corporación se ha advertido que: *“para proteger a la institución familiar, la Carta Fundamental de 1991 ha elevado a canon constitucional su unidad como principio esencial. Esta consagración trasciende luego en el derecho prevalente de los niños a tener una familia y no ser separados de ella, ya que constituye el ambiente natural para su desarrollo armónico y el pleno ejercicio de sus derechos.”*⁴⁵

(...)

Protección especial a personas vulnerables dentro del ámbito doméstico.

Como lo precisó la Corte en la sentencia C-285 de 1997, dicha protección debe encaminarse también a garantizar los derechos de los miembros más débiles de la población (menores de edad, personas con discapacidad, ancianos, mujeres) y erradicar la violencia de la familia; objetivo en el cual está comprometido el interés general, por ser la familia la institución básica y el núcleo fundamental de la sociedad, y un espacio básico para la consolidación de la paz.

En relación con el deber de protección a los integrantes de la unidad familiar, y para efectos del estudio de la norma demandada, en particular de los agravantes punitivos que consagra, es preciso señalar que la Constitución establece un deber de especial protección a los grupos poblacionales señalados en el inciso segundo del artículo 229 del Código Penal.

En relación con el deber de protección a los integrantes de la unidad familiar, y para efectos del estudio de la norma demandada, en particular de los agravantes punitivos que consagra, es preciso señalar que la Constitución establece un deber de especial protección a los grupos poblacionales señalados en el inciso segundo del artículo 229 del Código Penal.

En relación con las **mujeres** el artículo 13 prohíbe cualquier forma de discriminación por razón del género al tiempo que ordena al Estado adoptar medidas a favor de grupos que la han sufrido, como el caso de las mujeres. En este punto es importante resaltar como el enfoque constitucional **está encaminado a superar la antigua concepción de la mujer como persona sometida al poder de la figura masculina en las relaciones parentales**, afectivas políticas, e incluso jurídicas y que se veía reflejada en distintas disposiciones legales de orden civil y la ausencia de reconocimiento, hasta hace poco más de medio siglo, de las mujeres como titulares de derechos civiles y políticos. En este sentido, los artículos 43 y 53 de la Constitución proclaman la igualdad entre hombre y mujer, proscriben la

⁴⁴ Dijo allí la Corte Constitucional: *“El legislador, dentro de su libertad de configuración, ha decidido estructurar un tipo penal orientado a sancionar, cuando ocurren en el ámbito familiar, conductas de violencia física o psicológica que no tienen la entidad necesaria como para integrarse en los tipos que, de manera general, protegen bienes como la vida, la integridad personal, la libertad, la integridad y la formación sexuales, o la autonomía personal, y de acuerdo con su tenor literal, las medidas previstas en las normas acusadas se desenvuelven en el ámbito de la protección integral a la familia, por cuanto lo que se pretende prevenir, es la violencia que de manera especial puede producirse entre quienes, de manera permanente, comparten el lugar de residencia o entre quienes, de manera quizá paradójica, se encuentran más expuestos a manifestaciones de violencia en razón de la relación de confianza que mantienen con otra persona, relación que, tratándose de parejas, surge del hecho de compartir un proyecto de vida en común, situación que también se presenta en el ámbito de las parejas homosexuales, da lugar a un déficit de protección porque ignora una realidad que, para los supuestos previstos por el legislador, puede aspirar a un nivel equivalente de protección al que se brinda a los integrantes de la familia”*.

⁴⁵ Sentencia T-278 de 1994, y en el mismo sentido la Sentencia T-523 de 1992.

discriminación de las mujeres por razón del estado de embarazo y, por el contrario, ordenan darles especial protección.

(...)

En la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2001/49: La eliminación de la violencia contra la mujer. Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2002/54: La eliminación de la violencia contra la mujer; Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2003/45: La eliminación de la violencia contra la mujer, la Comisión señaló que:

“La violencia física, sexual y psicológica que tiene lugar en la familia y que abarca, sin limitarse a estos actos, las palizas, los abusos sexuales de mujeres y niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación marital, el infanticidio de niñas, la mutilación genital femenina, los delitos cometidos contra la mujer por cuestiones de honor, los delitos pasionales, las prácticas tradicionales nocivas para la mujer, el incesto, los matrimonios precoces y forzados, la violencia no conyugal y la violencia relacionada con la explotación sexual comercial y la explotación económica”.

(Negrillas y subrayas no son originales del texto)

La misma Corporación Constitucional, en decisión similar a las antes citada, Sentencia C-022/15 del 21 de enero de 2015 dentro de la Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1 (parcial) y 2 (parcial) de la Ley 1542 de 2012 en el expediente D- 10405, siendo Magistrado Ponente el Doctor MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO, consideró respecto de La Familia, lo siguiente:

“5.3. La familia en el ordenamiento jurídico colombiano.

5.3.1. Esta Corporación ha señalado en su jurisprudencia, **que el régimen de la familia en el ordenamiento jurídico colombiano**, se rige por los siguientes preceptos constitucionales: (i) la consagración de principio fundamental del Estado la protección de la familia como institución básica de la sociedad (CP., art. 5); (ii) el reconocimiento de que todas las personas nacen libres e iguales y que el origen familiar no puede ser factor de discriminación (CP., art. 3); (iii) el derecho de las personas a su intimidad familiar y el deber del Estado de respetarlo y hacerlo respetar (CP., art. 15); (iv) la garantía del derecho de la familia a no ser molestada, salvo que medie mandamiento escrito de autoridad competente con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley (CP., art. 28); (v) la garantía de la no incriminación familiar, al señalar que nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil (CP., art. 33); (vi) la imposición al Estado la obligación de apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia (CP., art. 43); (vii) el derecho fundamental de los niños el tener una familia y no ser separado de ella (CP., art. 44); y (viii) el reconocimiento a los adolescentes del derecho a la protección y a la formación integral (CP., art. 45)⁴⁶.

5.3.2. De manera particular, el artículo 42 de la Constitución se refirió a la familia en los siguientes términos:

“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. 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.

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

⁴⁶ Sentencia C-821 de 2005.

Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley.

Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable.

La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos.

Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil.

Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley.

Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil.

También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley.

La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes.”

5.3.3. De acuerdo con el alcance del artículo 42, **corresponde a la sociedad y al Estado el deber de garantizar la protección integral de la institución familiar**, protección que según la Constitución se asegura mediante la implementación de un sistema de garantías, cuya finalidad es reconocer la importancia de la institución familiar en el contexto de la sociedad, y hacer realidad los objetivos que la orientan

5.3.4. **Ese ámbito de protección especial, se manifiesta**, entre otros aspectos: “(i) en el reconocimiento a la inviolabilidad de la honra, dignidad e intimidad de la familia; (ii) en el imperativo de fundar las relaciones familiares en la igualdad de derechos y obligaciones de la pareja y en respeto entre todos sus integrantes; (iii) en la necesidad de preservar la armonía y unidad de la familia, sancionando cualquier forma de violencia que se considere destructiva de la misma; (iv) en el reconocimiento de iguales derechos y obligaciones para los hijos, independientemente de cuál sea su origen familiar; (v) en el derecho de la pareja a decidir libre y responsablemente el número de hijos que desea tener; y (vi) en la asistencia y protección que en el seno familiar se debe a los hijos para garantizar su desarrollo integral y el goce pleno de sus derechos.”⁴⁷

5.3.5. **En suma, la institución de la familia ha sido considerada igualmente como un “presupuesto de existencia y legitimidad de la organización socio-política del Estado**, lo que entraña para éste la responsabilidad prioritaria de prestarle su mayor atención y cuidado en aras de preservar la estructura familiar, ya que ‘[e]s la comunidad entera la que se beneficia de las virtudes que se cultivan y afirman en el interior de la célula familiar y es también la que sufre grave daño a raíz de los vicios y desordenes que allí tengan origen.’”⁴⁸

5.3.6. En este sentido, **el orden constitucional vigente le reconoce el carácter de pilar fundamental dentro de la organización estatal, asociándola con la primacía de los derechos inalienables de la persona humana y elevando a canon constitucional aquellos mandatos que propugnan por su preservación, respeto y amparo, asignando al Estado a través de sus poderes públicos, su protección y salvaguarda.**

⁴⁷ Sentencia C- 840 de 2010.

⁴⁸ Sentencia C-271 de 2003.

5.3.7. Cabe resaltar que frente a la violencia al interior de la familia, el artículo 42 prescribe que *“cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley”*, mandato del cual se deduce en forma clara la facultad del Legislador para determinar las sanciones aplicables a quienes mediante cualquier forma de violencia atenten contra la armonía y unidad del grupo familiar.”

(Negritas y subrayas no son originales del texto)

Bajo estos presupuestos entonces, se torna como indispensable reconocer la existencia de la Unidad Familiar, como bien jurídico que se pretende tutelar por vía de la tipificación de la conducta de VIOLENCIA INTRAFAMILIAR, en el sentido amplio e informal de la existencia de un vínculo consanguíneo, afinidad o sentimental con propósito de permanencia donde se advierte una comunidad de vida, con lazos de amor, ayuda mutua, solidaridad, apoyo económico, asistencia solidaria, acompañamiento espiritual, en donde se comparte un mínimo de expectativas y recursos encaminados a un fin común, en donde se deposita la confianza entre unos y otros, generalmente por razones o lazos vinculantes, emocionales y pragmáticos, donde tienen cabida toda clase de tipología de estructura familiar⁴⁹, y es eso el objeto de protección por vía penal.

Sobre este especial aspecto, debe tenerse en cuenta que en materia de protección penal del bien jurídico de familia, no se deben confundir con los efectos patrimoniales o la caducidad de las acciones civiles, con los presupuestos objetivos que para la tipicidad de esta conducta se requieren, que son aspectos totalmente diferentes e irrelevantes para el derecho penal, al punto que la descripción normativa dada por el legislador en toda la evolución que ha tenido este tipo penal, nunca ha exigido que la relación deba seguir o tener los mismos criterios que en materia de derecho de familia, civil o incluso laboral y de seguridad social se esperen, debiendo recordar lo que al respecto a señalado la Honorable Corte Constitucional, por ejemplo en la Sentencia C-131/18 del 28 de noviembre de 2018, dentro del Expediente D-12134, siendo Magistrada Sustanciadora la Doctora GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO, en la cual se dijo, entre otras cosas, sobre la familia, el matrimonio, la unión marital de hecho y los medios probatorios que lo demuestren, lo siguiente:

“Síntesis del concepto de familia en el ordenamiento constitucional colombiano⁵⁰

3. Como lo señaló la **Sentencia C-577 de 2011**⁵¹ la Corte ha definido **la familia como una comunidad de personas unidas por vínculos naturales o jurídicos, fundada en el amor, el respeto y la solidaridad, caracterizada por la unidad de vida que liga íntimamente a sus integrantes más próximos**. Además, es una **realidad dinámica en la que cobran especial importancia los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de**

⁴⁹ <https://observatoriodefamilia.dnp.gov.co>: La tipología de estructura familiar clasifica a los hogares con base en la relación de parentesco entre sus miembros con el jefe de hogar. En primer lugar, los hogares se clasifican en hogares familiares y hogares no familiares dependiendo de la existencia de un núcleo familiar primario y/o de una relación filial (hijos/hijas, parentesco cercano) entre todos o algunos de los miembros del hogar. Los hogares se clasifican luego según la relación de parentesco.

⁵⁰ Consideraciones parcialmente tomadas de la Sentencia C-257 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁵¹ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Esta sentencia se ocupó de la demanda contra las expresiones “*un hombre y una mujer*” y “*de procrear*” contenidas en el artículo 113 del Código Civil, y contra la frase “*de un hombre y una mujer*” contenida en los artículos 2º de la Ley 294 de 1996 y 2º de la Ley 1361 de 2009. La Corte declaró exequible el primer fragmento, y se declaró inhibida para estudiar de fondo los otros dos.

conciencia, el derecho a la intimidad, entre otros. El régimen constitucional colombiano ha buscado hacer de la familia el escenario para que, dentro de un clima de respeto, no violencia e igualdad, sus integrantes puedan desarrollarse libre y plenamente⁵² sin la intromisión de terceros. De esta forma, la institución pretende lograr un equilibrio entre la estabilidad, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad de cada uno de sus integrantes⁵³.

Aunque la Carta Política *“le confiere plena libertad a las personas para consentir en la formación de la familia, no por ello deja a su total arbitrio la consolidación de la misma, pues en todo caso somete su constitución a determinadas condiciones, a fin de otorgarle reconocimiento, validez y oponibilidad a la unión familiar”*⁵⁴. **Tales requisitos sólo pueden ser generados e interpretados de conformidad con la reiterada jurisprudencia constitucional**⁵⁵ que ha sostenido de manera constante que la familia es la institución básica de la sociedad (artículos 5º y 42), y *“merece por sí misma la protección del Estado, con independencia de la forma en que se haya constituido, es decir, sin que se prefiera la procedente de un vínculo jurídico sobre aquélla que ha tenido origen en lazos naturales”*⁵⁶. En ese sentido, la protección a los diferentes tipos de familia (arts. 13 y 42 Superiores) proscribe cualquier distinción injustificada entre ellos.

4. Asimismo, la **Sentencia C-278 de 2014**⁵⁷ recordó que esta Corporación ha sostenido que **el concepto de familia es dinámico y variado**. En consecuencia, incluye familias originadas en el matrimonio, en las uniones maritales de hecho, así como a las constituidas por parejas del mismo sexo. En esa medida, **la familia debe ser especialmente protegida, independientemente de la forma en la que surge**. Esta posición reiteró lo establecido en la Sentencia C-577 de 2011 que se refirió a diferentes tipos de familias con hijos: las surgidas biológicamente, por adopción, por crianza, monoparentales, originadas por la unión de parejas del mismo sexo, y enfatizó que todas ellas están amparadas por el mandato de protección integral establecido en el artículo 42 Superior.

Entre las diversas formas de protección a la familia, puede mencionarse el amparo de su patrimonio, el establecimiento de la igualdad de derechos entre los miembros de la pareja, la consideración especial de los niños y niñas como titulares de derechos fundamentales o en el suministro de especial protección a las y los adolescentes y a las personas de la tercera edad⁵⁸.

5. Sin embargo, pueden existir diferencias legítimas en las formas de protección de ciertos efectos derivados de los distintos tipos de conformación de las familias, en particular en los casos de matrimonios, uniones maritales de hecho y uniones de parejas del mismo sexo. Para el análisis del asunto objeto de debate es relevante estudiar las dos primeras configuraciones.

El matrimonio y la unión marital de hecho

6. En relación con las diferencias entre el matrimonio y la unión marital de hecho, la **Sentencia C-278 de 2014**⁵⁹ analizó una demanda contra el artículo 1781 del Código Civil y, específicamente, uno de los problemas jurídicos abordados fue si se violaba el derecho a la igualdad, por el hecho de que el Legislador hubiese regulado de forma diferente la sociedad conyugal en el matrimonio y la sociedad patrimonial de la unión marital de hecho. En esa oportunidad este Tribunal reconoció el amplio margen de configuración del Congreso en la materia, y de qué manera ha optado por regular de modo distinto los efectos patrimoniales de la sociedad conyugal y de la sociedad patrimonial. La Corte concluyó que las diferencias no desconocen el derecho a la igualdad, puesto que se trata de

⁵² Cfr. Sentencia C-875 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁵³ Cfr. Sentencia C-660 de 2000. Paráfrasis tomada de la Sentencia C-577 de 2011.

⁵⁴ Cfr. Sentencia C-875 de 2005. Citada por la Sentencia C-577 de 2011.

⁵⁵ Por ejemplo ver la Sentencia C-700 de 2013.

⁵⁶ T-553 de 1994, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁵⁷ MP Mauricio González.

⁵⁸ Cfr. Sentencia C-560 de 2002. Citada por la sentencia C-577 de 2011.

⁵⁹ Esta providencia, entre otras, está incluida en el recuento jurisprudencial que hace la sentencia C-336 de 2014, MP Mauricio González Cuervo, sobre las diferencias entre el matrimonio y la unión marital de hecho, que en ese caso pretendía ilustrar la legitimidad de las distinciones para efectos pensionales.

instituciones diferentes respecto de las cuales la Constitución no ha previsto el deber de otorgar igual tratamiento.

La decisión explicó que la sociedad patrimonial fue regulada en la Ley 54 de 1990, pues el Código Civil no establecía previsiones sobre los efectos patrimoniales de las uniones maritales de hecho y ello generaba profundas injusticias. Para explicar el carácter meramente patrimonial de este tipo de efectos de la unión marital, la Corte Constitucional retomó la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que estableció que *“la sociedad patrimonial irradia sus efectos solamente en el plano económico y deriva, en primer lugar, de la existencia de una unión marital de hecho y, en segundo término, de que como consecuencia del trabajo, ayuda y socorro mutuos de los compañeros permanentes, se haya consolidado un patrimonio o capital común”*⁶⁰.

Esta sentencia muestra que la Corte Constitucional acepta que la Ley 54 de 1990 no estableció la absoluta igualdad entre los compañeros permanentes y los cónyuges. Sin embargo, reconoció la existencia de la unión marital y de una eventual sociedad patrimonial que podría derivarse de esta. En efecto, el nivel más fuerte de protección entre la unión marital y la sociedad patrimonial, derivado de la necesidad de salvaguardar a todo tipo de familia sin distinción alguna, ha sido dado a la unión marital de hecho, no a la sociedad patrimonial, pues esta figura es un resultado contingente y tiene efectos meramente económicos. Por su parte, la unión marital genera efectos a todo nivel, entre ellos sobre derechos fundamentales inalienables, como el estado civil de los hijos o el derecho a la protección en salud del compañero o compañera permanente. De este modo, *“las presunciones legales sobre la existencia de la unión marital de hecho, la configuración de la sociedad patrimonial entre los miembros de la pareja, la libertad probatoria para acreditar la unión, comportan mecanismos y vías diseñadas por el legislador con el objeto de reconocer la legitimidad de este tipo de relaciones y buscar que en su interior reine la equidad y la justicia”*⁶¹.

7. Las distinciones entre los mecanismos probatorios de la sociedad conyugal y de la sociedad patrimonial son consideradas legítimas –dentro de ciertos límites– desde el punto de vista constitucional, dadas las diversas dinámicas y consecuencias que se generan a causa de las características particulares de las figuras que les pueden dar origen: el matrimonio y la unión marital. En efecto, la jurisprudencia ha reconocido distinciones conceptuales: *“El matrimonio no es pues la mera comunidad de vida que surge del pacto conyugal; ésta es el desarrollo vital del matrimonio, pero no es lo esencial en él. La esencia del matrimonio es la unión jurídica producida por el consentimiento de los cónyuges”*⁶². **De otro lado, la dinámica del compromiso en la unión de hecho es distinta, la construcción de una vida en común por parte de los compañeros resulta la fuente que justifica la decisión de conformarla**⁶³. El consentimiento no pretende avalar un vínculo formal, **sino constituir una comunidad de vida, por encima incluso del reconocimiento legal**. Si bien los cónyuges y los compañeros permanentes buscan en esencia los mismos propósitos, no es menos cierto que cada pareja lo busca por caminos distintos, ambos protegidos por la Constitución bajo la idea de que uno de esos objetivos es comúnmente la conformación de una familia. De hecho, la libre autodeterminación de los miembros de la pareja es la que define si prefieren no celebrar el matrimonio y excluir de su relación del régimen jurídico propio de ese contrato.⁶⁴

La jurisprudencia ha afirmado que *“tanto las condiciones en que surgen las dos sociedades como las pruebas por aportar acerca de su existencia son diferentes y ello puede generar consecuencias distintas en este campo, siempre y cuando, como*

⁶⁰ “CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN CIVIL. M.P.: ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ. Bogotá, D.C., once (11) de septiembre de dos mil trece (2013).-Ref.: 23001-3110-002-2001-00011-01.” Cita tomada de la Sentencia C-278 de 2014.

⁶¹ C-098 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁶² C-533 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo.

⁶³ Cfr. Sentencia C-310 de 2004, citada por la sentencia C-577 de 2011.

⁶⁴ Cfr. Sentencia C-238 de 2012, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza que se ocupó de las diferencias entre el matrimonio y la unión libre en el marco del análisis de la vocación hereditaria del compañero o compañera supérstite en uniones de hecho integradas por heterosexuales y por personas del mismo sexo.

se ha expresado reiteradamente por esta Corporación, las diferencias sean razonables, es decir, se puedan sustentar con una razón objetiva”⁶⁵.

La **Sentencia C-1035 de 2008**⁶⁶ resaltó que, aunque es necesario proteger a todos los tipos de familia sin importar su origen, el matrimonio y la unión marital de hecho son diferentes porque el primero genera una relación jurídica con derechos y deberes para las partes que se extingue por divorcio, nulidad o fallecimiento, mientras que en el segundo **la relación nace del solo hecho de la convivencia**. Por ende, las partes son libres de culminar su relación con la misma informalidad con la que la iniciaron⁶⁷.

8. La legitimidad de las eventuales diferencias entre las situaciones que se presentan en las uniones maritales y en los matrimonios también fue reafirmada por la **Sentencia C-755 de 2008**⁶⁸ que determinó que los tratamientos diferenciales deben tener algún sentido, de lo contrario, se transgrediría el mandato constitucional que proscribe la discriminación por razones de origen familiar. De hecho, y como *obiter dictum*⁶⁹, se refirió al surgimiento de la sociedad patrimonial, que requiere de dos años de existencia de la unión marital para nacer a la luz del derecho, como un ejemplo de diferencia legítima.

(...)

Asimismo, precisó que *“toda interpretación que condicione otros derechos al transcurso de ese plazo sería ilegal e inconstitucional, pues el Legislador estableció claramente que el plazo de dos años sólo aplica para efectos de presumir o declarar judicial o voluntariamente la existencia de una sociedad patrimonial. **Los demás derechos patrimoniales sobre los que no hay norma específica** (por ejemplo la afectación de vivienda a patrimonio familiar inembargable, que tiene norma expresa) **no pueden interpretarse con base en este requisito, menos aún podría ocurrir algo similar con derechos que van más allá de lo patrimonial** y que, aunque tengan contenidos económicos, constituyen derechos inalienables cuya restricción implicaría un trato discriminatorio.”* En consecuencia, la Corte declaró exequible la expresión demandada.

11. Ahora bien, el ordenamiento jurídico colombiano consagra **mecanismos de protección que emanan de manera inmediata para quienes conformen una unión marital de hecho**; figura que solo exige a la pareja no tener un vínculo solemne entre sí y hacer comunidad de vida permanente y singular, conforme el artículo 1° de la Ley 54 de 1990. Un ejemplo es la garantía de que nadie pueda ser molestado en su familia, sino con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley (art. 28 superior). **En la Constitución no se establecieron requisitos temporales para ello, lo que sin duda sería contrario a la obligación de no discriminar por razones de origen familiar, dado que no tendría sentido que ciertos grupos familiares sí fueran sometidos a un término de convivencia para beneficiarse de esta garantía constitucional.**

Así, en relación con la afiliación al régimen de seguridad social en salud, en la **Sentencia C-521 de 2007**⁷⁰, esta Corporación al referirse a la constitucionalidad del artículo 163 de la Ley 100 de 1993, que regula lo concerniente a los beneficiarios del Plan Obligatorio de Salud, indicó que, en ciertos casos, el criterio temporal era discriminatorio:

“El marco jurídico diseñado por el constituyente permite al legislador configurar el sistema de seguridad social en salud, dentro de los límites propios del Estado Social de Derecho y de conformidad con los principios, derechos y garantías

⁶⁵ C-014 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁶⁶ M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁶⁷ Cfr. Sentencia C-533 de 2000, citada por la Sentencia C-577 de 2011.

⁶⁸ M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

⁶⁹ En la Sentencia C-755 de 2008, esta Corporación declaró exequible de manera condicionada el literal g del artículo 28 de la Ley 48 de 1993, conforme al cual se exime de la prestación del servicio militar en tiempo de paz a los casados que hagan vida conyugal. En particular, la Corte señaló que la exención se extiende a las personas que convivan en unión marital de hecho, en virtud del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución, pues la unión de hecho o la familia conformada por vínculos naturales, también está protegida por el artículo 42 Superior.

⁷⁰ M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

establecidos en la Constitución Política. Precisamente, el Estatuto Superior consagró una protección igual para las uniones familiares constituidas por vínculos naturales y jurídicos, como también para las conformadas por la decisión libre de contraer matrimonio o la voluntad responsable de conformarla.”⁷¹

Entonces, esta Corporación señaló que en la medida en que con la celebración del vínculo formal del matrimonio surge de manera inmediata, si se dan las condiciones legales, el derecho del cotizante a tener a su esposo o esposa como beneficiario del Plan Obligatorio de Salud, es claro que no existe ninguna justificación constitucional para que ese derecho no emane de la conformación libre y voluntaria de la unión marital de hecho de la misma manera⁷².

12. **En este orden de ideas, es legítimo señalar que el surgimiento de la unión marital de hecho no depende de un término concreto, sino de la voluntad para conformarla, de la singularidad de la relación, y del acompañamiento constante y permanente, que permita vislumbrar estabilidad y compromiso de vida en pareja.** No obstante, el surgimiento de la sociedad patrimonial que regula las relaciones económicas de esta forma de familia, sí requiere un tiempo mínimo de dos (2) años para que sea presumida por ministerio de la ley o pueda ser declarada judicialmente o de manera voluntaria.

13. En síntesis, **la protección a la familia como institución básica de la sociedad y la garantía de no discriminación,** lejos de equiparar las distintas formas de las que surgen las familias, lo que pretende es otorgar igualdad de derechos a todos sus miembros a través de la imposición de límites de razonabilidad en cualquier tratamiento diferenciado que se pretenda establecer. Adicionalmente, busca salvaguardar la voluntad de quienes han optado por una de las diversas formas de hacer familia para impedir que el Estado imponga una forma única de darle origen y permita el pluralismo garantizado por la Constitución.

De esta manera, el Legislador está habilitado para disponer tratamientos legales diferenciados entre el matrimonio y la unión marital de hecho, pues se trata de instituciones jurídicas de diferente naturaleza. No obstante, el poder regulador del Congreso sobre esta materia no es ilimitado, pues el mismo debe edificarse sobre una finalidad constitucionalmente admisible y que, a su vez, no altere la eficacia de los derechos fundamentales predicables de los integrantes de la familia, los cuales no pueden ser válidamente limitados con base exclusiva en el tipo de unión, contractual o natural, a partir del cual se construyeron los respectivos lazos.

La unión marital de hecho y los medios probatorios que pueden ser utilizados para demostrarla.

14. La Ley 54 de 1990, que principalmente regula los efectos patrimoniales de la unión marital de hecho, no establece un término para que la misma surja, dado que el artículo 1º de dicha norma la define de la siguiente manera: *“para todos los efectos civiles, se denomina Unión Marital de Hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular”*.

⁷¹ Como se explicará más adelante (fundamento jurídico 14), la existencia de disímiles medios probatorios para demostrar la unión marital de hecho ha sido aceptada por la jurisprudencia de esta Corporación, tanto en sede de control abstracto como de control concreto. En efecto, en la sentencia C-521 de 2007, esta Corte expuso que para demostrar la unión marital de hecho, con el fin de afiliar como beneficiario al compañero o compañera permanente al Plan Obligatorio de Salud, era suficiente una declaración juramentada ante notario. Asunto que se estableció en los siguientes términos: *“(…)La condición de compañero (a) permanente debe ser probada mediante declaración ante notario, expresando la voluntad de conformar una familia de manera permanente, actuación a la que deben acudir quienes conforman la pareja y que supone la buena fe y el juramento sobre la verdad de lo expuesto; por lo tanto, el fraude o la ausencia de veracidad en las afirmaciones hechas durante esta diligencia acarrearán las consecuencias previstas en la legislación penal y en el resto del ordenamiento jurídico”*.

⁷² En el mismo sentido se pronunció la Sentencia C-029 de 2009 que declaró inexecutable la expresión *“Para el caso del compañero(a) sólo cuando la unión permanente sea superior a dos (2) años”*, contenida en el literal a) del artículo 24 del Decreto 1975 de 2000 *“Por el cual se estructura el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.”*

Lo anterior ha sido reafirmado por la doctrina, **la cual precisa que la existencia de un término únicamente tiene relación con la presunción de existencia de la sociedad patrimonial**. Al respecto, Lafont Pianetta señala que es facultad y función del juez entrar a definir, según las pruebas aportadas, si existe o no la permanencia y estabilidad suficiente en la convivencia de la pareja para valorar la conformación de una unión que genere efectos legales⁷³.

De igual modo, el citado autor se refiere a la permanencia de los compañeros como la estabilidad reflejada en el acompañamiento constante entre ellos durante un período de vida. Así, recalca que el término o plazo no está establecido ni es dado al Legislador formularlo, pues puede variar en cada caso: *“(…) generalmente se descubre el carácter permanente con posterioridad a la iniciación. Algunas veces su establecimiento resulta sencillo, como cuando, establecida la vida común en hogar familiar (residencia o habitación) independiente, se desarrolla la convivencia en varios días (V.gr. 5, 7, 9 o más días), pues, dada esa convivencia general de pareja que antes no se tenía, demuestra que se trata de una relación marital con principio de estabilidad y, en consecuencia, permanente.”*⁷⁴

De lo anterior, es pertinente señalar que el surgimiento de la unión marital de hecho no depende de un término concreto, más si de la voluntad para conformarla, de la singularidad de la relación, y del acompañamiento constante y permanente, que permita identificar un principio de estabilidad y compromiso de vida en pareja. Cosa distinta es el surgimiento de la sociedad patrimonial que regula las relaciones económicas de esta forma de familia, que sí requiere un tiempo mínimo de dos (2) años para que sea presumida por ministerio de la ley⁷⁵.

15. Ahora bien, asunto diferente es la prueba de la unión marital. El artículo 4° de la Ley 54 de 1990, modificado por el artículo 2° de la Ley 979 de 2005, estableció que *“La existencia de la unión marital de hecho entre compañeros permanentes, se declarará por cualquiera de los siguientes mecanismos: 1. Por escritura pública ante Notario por mutuo consentimiento de los compañeros permanentes. 2. Por Acta de Conciliación suscrita por los compañeros permanentes, en centro legalmente constituido. 3. Por sentencia judicial, mediante los medios ordinarios de prueba consagrados en el Código de Procedimiento Civil, con conocimiento de los Jueces de Familia de Primera Instancia.”*

16. De una primera lectura podría considerarse que solo mediante tales elementos es posible demostrar la existencia de la unión marital de hecho. **Sin embargo, la existencia de diferentes medios probatorios para demostrar la unión marital de hecho ha sido aceptada por la jurisprudencia de esta Corporación, tanto en sede de control abstracto como concreto**. En efecto, en la **Sentencia C-521 de 2007** referida en el acápite anterior, esta Corporación expuso que para demostrar la unión marital de hecho, con el fin de afiliar como beneficiario al compañero o compañera permanente al Plan Obligatorio de Salud, era suficiente una declaración juramentada ante notario. Asunto que se estableció en los siguientes términos: *“(…)La condición de compañero (a) permanente debe ser probada mediante declaración ante notario, expresando la voluntad de conformar una familia de manera permanente, actuación a la que deben acudir quienes conforman la pareja y que supone la buena fe y el juramento sobre la verdad de lo expuesto; por lo tanto, el fraude o la ausencia de veracidad en las afirmaciones hechas durante esta diligencia acarrearán las consecuencias previstas en la legislación penal y en el resto del ordenamiento jurídico”*.

(Negrillas, subrayas y el color rojo no son originales del texto).

Bajo el entendido del perentorio mandato constitucional de proteger a la Familia, en su sentido más amplio y sencillo, conforme lo antes acotado, por lo que no es relevante si en este caso, fruto precisamente de los actos

⁷³ Lafont Pianetta P. *Derecho de familia unión marital de hecho (Ley 54 de 1990)*, Bogotá: Ediciones Librería Del Profesional, tercera edición, 2001. p. 123. Cita tomada de la Sentencia T-667 de 2012. M.P. Adriana María Guillén Arango.

⁷⁴ *Ibíd.* p. 123 y 124. Cita tomada de la Sentencia T-667 de 2012.

⁷⁵ Cfr. Sentencia T-667 de 2012, M.P. Adriana María Guillén Arango.

disfuncionales desplegados por el procesado, se disolvió el vínculo matrimonial, pues como ya se advirtió, la naturaleza del régimen civil, nada tiene que ver con la estructuración del bien jurídico de La Familia, que se protege desde el mismo instante de su nacimiento, que en casos de uniones maritales, se da con la mera decisión de quienes libremente optan por hacer una vida común en pareja e incluso más allá del divorcio. Sobre este preciso criterio, nuestro máximo organismo de cierre ordinario penal, en concordancia con lo ya expuesto por el máximo órgano constitucional ya citado, en Sentencia SP468-2020 del 19 de febrero de 2020, dentro del proceso Radicación No. 53037, siendo Magistrada Ponente la Doctora PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR, se reiteró lo siguiente:

“2. Sobre la tipicidad y lesividad del delito de Violencia intrafamiliar:

Ahora bien, dentro del primer cargo también se aduce por el demandante **la vulneración del principio de estricta tipicidad como circunstancia que quebrantó el debido proceso del acusado,** aspecto que desarrolla con amplitud al formular el cargo de violación directa por la indebida aplicación del tipo penal contenido en el artículo 229 del Código Penal.

El problema jurídico se concreta en el hecho de que, sin discutirse el maltrato físico desplegado por el acusado TÉLLEZ LEÓN, para el momento de los hechos, según se viene alegando, **no habitaba bajo el mismo techo de quien todavía era su cónyuge y con quien había procreado tres hijos, circunstancia que pondría en entredicho la existencia del elemento normativo relativo a que la víctima fuera «miembro de su núcleo familiar».**

Al respecto, frente a la reconstrucción del contexto lógico en el cual se presentó la situación objeto de estudio, es preciso recordar que, conforme se acreditó con los elementos materiales probatorios y evidencias físicas aducidos por la Fiscalía, tras algunos años de convivencia, durante la cual procrearon un hijo, Ingrid Johana Blanco Torres y EDWIN ALFONSO TÉLLEZ LEÓN contrajeron matrimonio civil el 12 de abril de 2005. Desde aquella época eran frecuentes y constantes los maltratos físicos y psicológicos a los que el acusado sometía a su pareja, **con quien convivía de manera intermitente en razón precisamente al hecho de que se producían distanciamientos cada vez que las agresiones se hacían intolerables para la mujer.**

De esa manera, mientras que TÉLLEZ LEÓN era trasladado a distintos lugares del país por disposición de la Policía Nacional, institución a la que pertenecía como patrullero, su cónyuge lo seguía con sus hijos, conformando la unidad familiar **que constantemente se fracturaba por los actos de violencia que de manera sistemática ejecutaba en contra de ella.** Aun así, durante los períodos en que se reanudaba la convivencia fueron procreados dos hijos más. Para el momento de los hechos la pareja tenía tres hijos en común, de 13, 9 y 3 años de edad, el mayor vivía con la abuela materna y los otros dos con su madre.

Es importante resaltar que, según lo puso de presente la víctima en el curso de su denuncia, el 21 de octubre de 2014 se había producido una última separación, consecuencia de lo cual ella y sus hijos se habían ido a vivir con sus abuelos. No obstante, como había sucedido desde el momento en que entablaron **su conflictiva relación, las separaciones nunca rompieron el vínculo entre ellos,** pues aparte de permanecer bajo su dependencia económica, el procesado TÉLLEZ LEÓN continuó acosándola, asediándola y agrediendo en la misma casa, donde se presentaba con regularidad, o sobre la vía pública

cuando se dedicaba a perseguirla, incumpliendo las medidas de protección impuestas por los juzgados y comisarías de familia.

(...)

Con ello, **en virtud del principio de tipicidad**, la Sala precisó en vigencia de aquella disposición que para efectos del predicado normativo alusivo a quien *"maltrate física o psicológicamente a cualquier miembro de su núcleo familiar"*, no basta maltratar a un miembro de la familia, sino a aquél que hace parte del «núcleo familiar», **expresión que responde en su contexto no solamente a la idea de conformación de una familia sino también, correlativamente, a la voluntad de disolverla**, caso en el cual, no obstante la existencia de hijos comunes, deja de subsistir la familia o la integración a ella de alguno de sus miembros como objeto digno de protección penal⁷⁶.

Además, recientemente la Corte ha venido precisando, frente a la actuación judicial relativa al delito previsto en el artículo 229 del Código Penal, **la importancia que cobra auscultar las dinámicas propias de cada familia, a efectos de establecer la forma como se interrelacionan sus integrantes, puesto que de ellas derivan los episodios de agresión**. (...)”

(Negritas, subrayas y color rojo, no son originales del texto)

Además, respecto del *principio de lesividad* y el *criterio de valoración de la vulneración del bien jurídico de la familia*, así como los factores objetivos de ponderación para el análisis de esta conducta delictiva, se debe tener en cuenta lo dispuesto en reiteradas oportunidades por la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, por ejemplo citadas en Sentencia SP-9642019 (46935) del 20 de marzo de 2019, siendo Magistrado Ponente Doctor EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER, que, sin constituir una lista taxativa o cerrada, dispuso deberían ser tenidas en cuenta por el Juez de Conocimiento al momento de adoptar su decisión, que son:

“2. La realización del maltrato en la conducta punible de ***violencia intrafamiliar*** y el principio de lesividad.

2.1. El tipo del artículo 229 del Código Penal sanciona a quien maltrate física o psicológicamente a otro integrante de su núcleo familiar:

Artículo 229-. Violencia intrafamiliar (modificado por el artículo 33 de la Ley 1142 de 2007). El que maltrate física o psicológicamente 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.

Acerca de la realización de una acción de maltrato físico o psicológico, la Sala, en el fallo CSJ SP14151, 5 oct. 2016, rad. 45647, precisó que este podría darse en un solo acto, aspecto que deberá valorar el juez para cada evento en concreto. En palabras de la Corte:

⁷⁶ Ibidem.

Conforme a la definición típica del delito de violencia intrafamiliar, no se precisa de un comportamiento reiterado y prolongado en el tiempo del agresor sobre su víctima, pues bien puede ocurrir que se trate de un suceso único, siempre que tenga suficiente trascendencia como para lesionar de manera cierta el bien jurídico de la unidad y armonía familiar, circunstancia que debe ser ponderada en cada asunto⁷⁷.

Lo anterior a su vez significa que el tipo en la *violencia intrafamiliar* también podría configurarse mediante una suma de varios actos (es decir, una conducta compleja), en tanto ello tampoco sería extraño al contenido del término "*maltrato*"⁷⁸. De hecho, en las acciones atinentes al daño sicológico (y no tanto en las de daño físico), es más fácil concebir una concurrencia o reiteración de actos, para efectos de predicar la perpetración del tipo, que la ejecución de aquel en un único evento.

Por ejemplo, en el citado fallo CSJ SP14151, 5 oct. 2016, rad. 45647, el caso no solo consistió en la agresión física que un día el sujeto activo realizó sobre su pareja (violencia física de un solo acto), sino también en el trato verbal que de manera frecuente repetía en la víctima, «*tildándola de loca, estúpida, ignorante, mitómana y ridícula*»⁷⁹ (violencia sicológica a través de diversos actos).

Por otra parte, la Sala, a partir de la sentencia CSJ SP, 13 may. 2009, rad. 31362, precisó que todos los tipos penales (ya sean de ejecución instantánea o permanente, ya de lesión o peligro concreto, e incluso abstracto, etc.) serán susceptibles del reconocimiento del principio de lesividad de la acción, que representa la «*obligación ineludible para las autoridades [de] tolerar toda actitud [...] que de manera significativa no dañe o ponga en peligro a otras personas, individual y colectivamente consideradas, respecto de los bienes y derechos que el orden jurídico penal está llamado como última medida a proteger*»⁸⁰. Según la Corte:

No es cierto que el problema de la afectación del bien jurídico le corresponda determinarlo únicamente al legislador en virtud de la política criminal que subyace a la elaboración de tipos penales, sino también le compete valorarlo en cada caso concreto al juez, al igual que a los demás operarios jurídicos, respecto de todos los asuntos que asuman en las distintas fases de la actuación, y con base en la aplicación de principios ineludibles para un Estado Social de Derecho como son los de lesividad, prohibición de exceso, necesidad, mínima intervención y naturaleza fragmentaria del derecho penal, entre otros⁸¹.

Esto último implica que el delito de *violencia intrafamiliar* no está exento de una valoración sobre la significativa lesión o puesta en peligro del bien jurídico, de manera que, si no se puede predicar un efectivo menoscabo en tal sentido, la acción deberá declararse atípica por su insignificancia, «*sin perjuicio de que también pueda contemplarse como un [tema] atinente a la antijuridicidad de la acción, o como causal de ausencia de responsabilidad en el injusto, o incluso como un principio general de interpretación que impide la configuración de la conducta punible sin tener que profundizar en las categorías dogmáticas del delito*»⁸².

(...)

⁷⁷ CSJ SP14151, 5 oct. 2016, rad. 45647.

⁷⁸ Según el DRAE, "*maltratar*" es tratar mal a alguien y "*tratar*" es comunicarse o relacionarse con alguien. Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Espasa, Madrid, 2014, Tomo II (h/z), pp. 1388 y 2165.

⁷⁹ CSJ SP14151, 5 oct. 2016, rad. 45647. Esto le ocasionó al sujeto pasivo, una mujer mayor de edad, "*un trastorno depresivo permanente*".

⁸⁰ CSJ SP, 13 may. 2009, rad. 31362.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² *Ibidem*. Y añade la Corte: "*En consecuencia, el artículo 11 del Código Penal debe interpretarse en el sentido de que el tipo siempre requiere de un desvalor del resultado, ya sea en forma de lesión del bien jurídico o de efectiva puesta en peligro del mismo, sin perjuicio de que cuando el legislador presuma el riesgo sea válida una apreciación probatoria en sentido contrario, y, en todo caso, dicho resultado, conforme a lo establecido en el artículo 9, podrá serle imputado objetivamente al autor de la conducta, o incluso constituirse en fundamento para la exclusión del tipo, con base en parámetros normativos como el principio de insignificancia*".

3. El análisis lógico de la situación como criterio para valorar la afectación del bien jurídico de la familia

3.1. La reconstrucción del contexto lógico en el cual se presentó la situación objeto de estudio (o análisis de la lógica situacional) es la labor que deberá afrontar el intérprete de la norma en aras de establecer si hubo un trascendente daño o puesta en peligro del bien jurídico que se pretende proteger (en este caso, de la armonía y unidad familiares).

Dicho análisis consiste en describir el comportamiento de los sujetos involucrados en la conducta a la luz del marco institucional, social, tradicional, etc., en el cual se desarrolle el hecho. Estas condiciones deben estar fundadas en datos de índole objetiva, pues de otra manera no podrían considerarse elementos propios de cada situación. Así, las acciones serán explicables (es decir, comprensibles racionalmente) cuando se ajustan de manera objetiva a la situación, a pesar de que sea distinguible **(i)** la situación tal como era y **(ii)** tal como la veía o interpretaba el agente⁸³. Bajo tal contexto, el juez tendrá que establecer si la conducta fue lesiva o no del interés jurídico materia de amparo.

Esta propuesta, en cuanto método puramente objetivo, no difiere de la valoración que para la verificación del principio de significancia planteó la Sala en el fallo CSJ SP, 13 may. 2009, rad. 31362, relativa a la apreciación de las condiciones objetivas desde la perspectiva del sujeto activo, así como de la información (también de índole objetiva) que se recopila una vez producido el resultado descrito en la norma. En palabras de la Sala:

Si como tantas veces lo ha señalado la Sala la teoría de la imputación objetiva parte de la base de que puede atribuirse determinado tipo al autor de la conducta al valorar ex ante (es decir, según las condiciones de un observador inteligente situado en la posición del autor) la creación por parte del sujeto agente de un riesgo no permitido o jurídicamente desaprobado para el bien jurídico, y al valorar ex post (o sea, teniendo en cuenta todas las circunstancias a la postre conocidas) la realización de ese peligro en el resultado, no hay duda de que ello también comprende una apreciación, que igualmente tendrá que efectuarse ex post, acerca de la lesividad de dicho resultado en directa relación con lo que es materia de protección por parte del legislador⁸⁴.

3.2. Para los comportamientos de *violencia intrafamiliar*, y sin tratarse de una lista cerrada ni taxativa, la Sala esboza estos factores objetivos de ponderación para el análisis lógico situacional de cada caso:

(i) Las características de las personas involucradas en el hecho. Más allá de la constatación de que los sujetos activo y pasivo de la conducta cumplen con la condición requerida por el tipo del artículo 229 del Código Penal (es decir, pertenecer ambos al mismo núcleo familiar), se deben estimar los rasgos que los definan y vinculen ante la institución social objeto de amparo (la familia). En tal sentido, serán relevantes factores como la edad, posición dentro de la institución, relación que tenían los implicados antes del evento, etc.

(ii) La vulnerabilidad (concreta, no abstracta) del sujeto pasivo. Como factor de particular importancia dentro de los indicados, será prevalente la debilidad manifiesta que pueda predicarse en la supuesta víctima, ya sea en razón de su sexo, edad, salud, orientación, dependencia económica o afectiva hacia el agente, etc. De ahí es posible establecer una relación directamente proporcional entre una mayor vulnerabilidad del sujeto pasivo y una mayor afectación o menoscabo del bien.

(iii) La naturaleza del acto o de los actos que se reputan como maltrato. Se trata de la apreciación del daño o puesta en peligro concreto del objeto material de la acción. Ello implica que la lesividad de un comportamiento se analizará en función de los intereses de las personas involucradas, como se dijo en CSJ SP, 13 may. 2009, rad. 31362. Por ejemplo, la bofetada de un padre contra su hijo tendrá

⁸³ Cf. Popper, Karl, *Conocimiento objetivo*, Tecnos, 2007, Madrid, p. 217.

⁸⁴ CSJ SP, 13 may. 2009, rad. 31362.

menos relevancia que un acto que le produzca incapacidad médica o daño psicológico.

(iv) La dinámica de las condiciones de vida. Aparte de la situación concreta de cada sujeto de la conducta, son de igual importancia datos como la vivienda en donde opera el núcleo, su estrato social, el rol de los demás integrantes de la familia, así como todo evento propio de la convivencia que incidiera en la producción del resultado.

Y **(v) la probabilidad de repetición del hecho.** Por obvias razones, si el peligro de volver a presentarse el incidente que se predica como maltrato es nulo o cercano a cero, la lesión a la unidad de las relaciones de la familia, o la armonía que se predica en esta, deberá tener similar o idéntica trascendencia. Son tales escenarios los que en últimas pueden calificarse de "aislados" o "esporádicos" y serán valorables de acuerdo con datos como el estado actual de la relación de los sujetos de la conducta, la forma en que se haya resuelto el conflicto, las medidas adoptadas para no reincidir, etc."

(Negritas, subrayas y color rojo no son originales del texto)

Además, como lo advierte la misma Directiva ya citada, es obligatorio para el Fiscal Delegado, aplicar perspectiva de género, respecto del cual nuestra honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en Sentencia SP1944-2022 del 25 de mayo de 2022, dentro del proceso radicado No. 51527 y siendo Magistrado Ponente el Doctor HUGO QUINTERO BERNATE, consideró lo siguiente:

"Igualmente, **en el marco de la perspectiva de género,** cabe rememorar que la víctima se vio enfrentada a una sorpresiva y abrupta arremetida de índole sexual conforme a la cual **no puede exigírsele exactitud en los detalles o minuciosas explicaciones sobre los pormenores del ataque, precisamente, por la naturaleza del episodio.** Eso sí, indudablemente, de la actitud violenta y la forma en que fue abordada por los encartados, era evidente que estos buscaban accederla carnalmente, lo cual efectivamente aconteció con los dedos de uno de los agresores, según el dicho de la injuriada, quien así lo percibió y sintió, tal y como se desprende de sus palabras."

(Negritas, subrayas y color rojo de la fuente, no son originales del texto citado)

Respecto del Enfoque de Género, con el que se debe analizar los casos de violencia contra la mujer y la aplicación que debe tenerse en cuenta, en cumplimiento de las normas internacionales que han sido adoptadas por Colombia y el marco de constitucionalidad, lo analizado en el fallo de tutela, proferido por la Honorable Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia STC15780-2021, del 24 de noviembre de 2021, dentro del trámite con radicación No. 11001-02-03-000-2021-03360-00, siendo Magistrado Ponente el Doctor AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO, se analizó lo siguiente:

3. La discriminación hacia la mujer y las respuestas normativas para combatirla.

3.1. Históricamente la mujer ha sido objeto de discriminación, en tanto el desarrollo de la sociedad terminó imponiéndole un trato diferente y subordinado al de los hombres, sin una justificación diferente a la configuración de los órganos reproductivos, pues desde tiempos inmemorables se le asoció con cargas socialmente menos

relevantes o despreciadas; así, se construyeron conceptos como lo femenino y lo masculino, buscándose la invisibilización del primero, mientras que al segundo se le concedió un grado de superioridad y de control sobre aquél.

En efecto, organismos como el Sistema Interamericano de Derechos Humanos han conceptuado que el *«modelo social y cultural dominante en la cultura occidental considera que el género y el sexo abarcan dos, y sólo dos, categorías rígidas, a saber, masculino/hombre y femenino/mujer»*⁸⁵, otorgándosele un valor preponderante al primero en materias como la dirección del hogar, de las organizaciones, del Estado y, en general, de la sociedad, lo cual remarca un claro contexto de discriminación, no sólo frente a lo femenino, sino también frente a quienes no se identifican con ese binario.

Lo femenino fue asociado con los deberes del cuidado familiar, la crianza de los hijos, la estabilidad afectiva de la pareja, huelga decirlo, la obligación de ser complaciente; mientras que a lo masculino se le relacionó con la provisión del hogar, el liderazgo de la familia y de la sociedad, el encargo de trabajos que exigen fuerza, entre otras conductas esperadas por la colectividad.

3.2. Reconociendo el entorno de desigualdad y afectación a la dignidad humana propiciado por las distinciones y cargas que se atribuyeron tanto a mujeres como a hombres, modernamente, **los Estados y la comunidad internacional han velado por la construcción de instrumentos que reivindiquen los derechos de la mujer y la reconozcan como sujeto en igualdad de condiciones con el otro género**, siendo este un escenario propicio para superar la discriminación histórica.

En este sentido, **Colombia ha suscrito distintos tratados y convenciones como parte de sus compromisos en materia de Derechos Humanos**, de los cuales se destacan la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer de 1953⁸⁶, la Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer de 1967, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer -CEDAW- de 1981⁸⁷ y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer -*Convención de Belém do Pará*⁸⁸.

Este marco normativo internacional, integrado al ordenamiento jurídico nacional por fuerza del artículo 93 de la Constitución Política, **se armoniza con las obligaciones convencionales suscritas por Colombia ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, desde la cláusula general de protección y garantía que corresponde a los Estados parte por conducto de sus agentes frente a sus ciudadanos** (artículos 1° y 2° del Pacto de San José de Costa Rica).

Del mismo modo, la legislación nacional previó mediante la ley 1257 de 2008 un conjunto de garantías en favor de las mujeres, tales como el derecho a una vida libre de violencia, tipificando como delito la discriminación por la razón de sexo con la ley 1482 de 2011, entre

⁸⁵ CORTE IDH. “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”. Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017. Párr. 32. - Colombia. Ministerio de Justicia y del Derecho. Cartilla Género. Página 17.

⁸⁶ Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas y ratificada por el Congreso de la República mediante la Ley 35 de 1986.

⁸⁷ Proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas y ratificada por el Congreso de la República mediante la Ley 51 de 1981.

⁸⁸ Aprobada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos en su vigésimo cuarto periodo ordinario de sesiones, el día 9 de junio de 1994 y fue ratificada por el Congreso de la República mediante la Ley 248 de 1995.

otras normas que propenden por la protección y defensa de sus garantías.

Estas prerrogativas, que inicialmente se concentraron en la mujer, progresivamente se han extendido a otros grupos socialmente discriminados, rechazados por su orientación sexual o su identificación con uno u otro género, aunque su sexo no corresponda a ese patrón social asignado; aquellos a quienes sus prerrogativas se les han restringido, menoscabando el ejercicio efectivo de sus derechos y el desarrollo de proyectos de vida individuales y familiares.

4. Distintas formas de discriminación por razón del género.

4.1. De forma particular, la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, conceptúa como discriminatorio *«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»*.

Trasluce, según la noción de marras, que la discriminación puede tener como fuente las diferenciaciones, prerrogativas, excepciones, rechazos, negativas, limitación o reducción, siempre que satisfagan los siguientes presupuestos: (I) están basadas en el sexo; y (II) tengan por propósito o como resultado menoscabar el reconocimiento o los derechos de la mujer.

Adicionalmente, constituye una forma de discriminación la utilización de preconceptos con relación a las dinámicas existentes entre hombres y mujeres en el imaginario social, es decir, **el uso de estereotipos, pues con ellos se enfatizan los tratos históricamente desiguales y se rompe el propósito de lograr la igualdad de géneros.**

Según la Organización de Naciones Unidas *«un estereotipo de género es una opinión o un prejuicio generalizado acerca de atributos o características que hombres y mujeres poseen o deberían poseer o de las funciones sociales que ambos desempeñan o deberían desempeñar»*⁸⁹.

De forma ampliada, esta Sala también ha precisado que los estereotipos *«son creencias generalizadas construidas social y culturalmente sobre los atributos personales de hombres y mujeres. [D]ichas creencias pueden implicar una variedad de componentes incluyendo características de la personalidad, comportamientos y roles, características físicas y apariencia u ocupaciones y presunciones sobre la orientación sexual»* (SC3462, 18 ag. 2021, rad. n.º 2017-00070).

Tales creencias, ha dicho la Sala, se convierten en *«categorías monopolizadoras»*, que vician o comprometen los criterios de imparcialidad judicial y sana crítica en la valoración probatoria puesto que *«no asumen una postura crítica y sin pensarlo, las pruebas que se recaudan en el marco de ese imaginario son bienvenidas y valoradas como las ideales; las contrarias, o las que allega el juicio la persona, el grupo o la pareja discriminada son desechadas acriticamente»*⁹⁰.

⁸⁹<https://www.ohchr.org/sp/issues/women/wrgs/pages/genderstereotypes.aspx>

⁹⁰ Ibidem

Por ejemplo, criticando algunas dinámicas de las relaciones familiares en torno a que la mujer es mejor cuidadora de los hijos, esta colegiatura ha manifestado que esa *«interpretación es sexista y estereotipada, pues no es cierto que la progenitura responsable sólo pueda predicarse respecto de la madre, atendiendo a su condición de mujer, como tampoco lo es que el padre, por su género masculino, sea menos capaz de asumir su rol como ascendiente de una manera adecuada (...)»*⁹¹, pues funda tal creencia en el género de los progenitores como base para cercenar o ignorar sus derechos frente a la descendencia común (CSJ,SC3728-2021).

4.2. **Tratándose de la administración de justicia, es pacífico que se configura un escenario de discriminación, entre otros eventos, cuando**

[L]os estereotipos se reflejan o se encuentran inmersos en el derecho, como en las premisas implícitas de la legislación y las implicaciones del razonamiento y lenguaje usados por jueces y juezas.

*Cuando un Estado aplica, ejecuta o perpetúa un estereotipo de género en sus leyes, políticas públicas o prácticas, lo institucionaliza, dándole la fuerza y autoridad del derecho y la costumbre. El ordenamiento jurídico, como una institución estatal, condona su aplicación, ejecución y perpetuación y por lo tanto genera una atmósfera de legitimidad y normalidad. (...). Cuando un Estado legitima así un estereotipo de género, provee un marco legal para facilitar la perpetuación de la discriminación en el tiempo y a través de diferentes sectores de la vida y la experiencia sociales*⁹².

Así, la labor judicial no puede estar aislada del reconocimiento de tal circunstancia, pues desde luego, poner frente a todo mecanismo de discriminación, en procura del cumplimiento del principio de igualdad, **es responsabilidad de los jueces**, de ahí **la necesidad de aplicar la perspectiva de género en sus decisiones**, y en general, en todas **las etapas del proceso que se encuentra bajo su dirección**; pues esta tiene como función optimizar el sistema jurídico para permitir evidenciar y abordar dimensiones de protección de derechos y libertades de los seres humanos.

Bien se ha dicho:

*La perspectiva de género no es una “teoría”, mucho menos una “ideología”, sino (...) nada más (...) **“una herramienta clave para combatir la discriminación y la violencia contra las mujeres y contra las personas con orientaciones sexuales e identidades de género diversas; y un concepto que busca visibilizar la posición de desigualdad y de subordinación estructural”***⁹³.

Su ratio **debe atender el principio universal de igualdad y no discriminación**. En dicho principio, la *«noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación»*⁹⁴.

En términos de esta Corporación:

⁹¹ CSJ, STC- 8534-2019.

⁹² COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2018). p. 49.

⁹³ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Op. Cit. p. 43

⁹⁴ CORTE IDH. Caso Duque Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310, párr. 91 y 92.

(...) juzgar con perspectiva de género es recibir la causa y analizar si en ella se vislumbran situaciones de discriminación entre los sujetos del proceso o asimetrías que obliguen a dilucidar la prueba y valorarla de forma diferente a efectos de romper esa desigualdad, aprendiendo a manejar las categorías sospechosas al momento de repartir el concepto de carga probatoria, como sería cuando se está frente a mujeres, ancianos, niño, grupos LGBTI, grupos étnicos, afrocolombianos, discapacitados, inmigrantes, o cualquier otro; es tener conciencia de que ante situación diferencial por la especial posición de debilidad manifiesta, el estándar probatorio no debe ser igual, ameritando en muchos casos el ejercicio de la facultad deber del juez para aplicar la ordenación de prueba de manera oficiosa.

(...) “Para el ejercicio de un buen manejo probatorio en casos donde es necesario el «enfoque diferencial» es importante mirar si existe algún tipo de estereotipo de género o de prejuicio que puedan afectar o incidir en la toma de la decisión final, recordando que **«prejuicio o estereotipo» es una simple creencia que atribuye características a un grupo**; que no son hechos probados en el litigio para tenerlo como elemento esencial o básico dentro del análisis de la situación fáctica a determinar.

“Discriminación de género, entonces, es acceso desigual a la administración de justicia originada por factores económicos, sociales, culturales, geográficos, psicológicos y religiosos, y la Carta Política exige el acceso eficiente e igualitario a la administración de justicia; por tanto, si hay discriminación se crea una odiosa exclusión que menoscaba y en ocasiones anula el conocimiento, ejercicio y goce de los derechos del sujeto vulnerado y afectado, lo que origina en muchas ocasiones revictimización por parte del propio funcionario jurisdiccional.

“Es muy común encontrar problemas de asimetría y de desigualdad de género en las sentencias judiciales; empero, no se puede olvidar que una sociedad democrática exige impartidores de justicia comprometidos con el derecho a la igualdad y, por tanto, demanda investigaciones, acusaciones, defensas y sentencias apegadas no solo a la Constitución sino a los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales aceptados por Colombia que los consagran”⁹⁵.

4.3. Visto lo anterior, **refulge que juzgar con perspectiva de género no significa desfigurar la realidad para beneficiar a un sujeto procesal o que deba accederse a las pretensiones** enarboladas por un grupo de personas históricamente excluido o discriminado; **en verdad se trata de una obligación, a cargo de los funcionarios judiciales, para que en su labor de dirección activa del proceso, superen la situación de debilidad en que se encuentra la parte históricamente discriminada o vulnerada, evitando reproducir patrones o estereotipos discriminatorios que impidan acercar la justicia al caso concreto**. Su operatividad sirve exclusivamente a los fines propios del proceso judicial y **al rigor del acto probatorio**.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha doctrinado que

...analizar con perspectiva de género los casos concretos donde son parte mujeres afectadas o víctimas: **i) no implica una**

⁹⁵ CSJ STC, 21 feb. 2008, rad. 207-00544-01. Reiterada en fallos de 28 may. 2019, rad. 2019-00131-01; 22 jul. 2020, rad. 2020-00070-01; 11 nov. 2020, rad. 2020- 02944-00; y 18 dic. 2020, rad. 2020-03320-00.

actuación parcializada del juez en su favor; reclama, al contrario, su independencia e imparcialidad y ii) ello comporta la necesidad de que su juicio no perpetúe estereotipos de género⁹⁶ discriminatorios, y; **iii) en tal sentido, la actuación del juez al analizar una problemática como la de la violencia contra la mujer, exige un abordaje multinivel**, pues, el conjunto de documentos internacionales que han visibilizado la temática en cuestión -constituyan o no bloque de constitucionalidad- son referentes necesarios al construir una interpretación pro fémina, esto es, una consideración del caso concreto que involucre el espectro sociológico o de contexto que describe el calamitoso estado de cosas, en punto de la discriminación ejercida sobre la mujer. Se trata por tanto de, utilizar las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos junto con el derecho interno, para buscar la interpretación más favorable a la mujer víctima. (CC SU080/20)

Del mismo modo, la perspectiva de género se debe acentuar cuando en la práctica se reclama la materialización de los derechos de las personas con una orientación sexual diferente, con el mismo rigor con el que se aplica a las mujeres.

5. Los contextos de violencia contra la mujer y la perspectiva de género.

5.1. La mujer, quien ha estado sometida a un histórico contexto de discriminación y desigualdad, también ha sido objeto de especial protección contra todas las formas de violencia por razón del género, en específico, la Convención de Belém Do Pará define este flagelo como **«una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres»**.⁹⁷

En su preámbulo, los Estados parte, hicieron una serie de manifestaciones todas ellas de absoluta relevancia para comprender el contexto, el propósito y el contenido de la convención. Allí se entiende que la violencia contra la mujer comprende *«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»*,⁹⁸ y describe tres tipos de violencia⁹⁹: la física, sexual y psicológica.

Del mismo modo, el precitado instrumento visibiliza tres ámbitos donde se manifiesta esta violencia así: (I) **en la vida privada, cuando la violencia se ejerce dentro de la familia, la unidad doméstica** o en cualquier otra relación interpersonal, aun cuando el agresor ya no viva con la víctima; (II) en la vida pública, cuando la violencia es ejercida por cualquier persona, ya sea que esta se lleve a cabo en la comunidad, en el lugar de trabajo, en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar; y finalmente, (III) la violencia perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, dondequiera que ocurra.

5.2. Sobre la aplicación de éste y los demás instrumentos internacionales que vinculan a Colombia sobre la materia¹⁰⁰, la Corte

⁹⁶

Cfr.

ESTEREOTIPOS

DEGÉNERO.

Rebeca

Cook.

https://www.law.utoronto.ca/utfl_file/count/documents/reprohealth/estereotiposde-genero.pdf, consultado el 26/02/2020.

⁹⁷ Preámbulo Convención Belém Do Pará.

⁹⁸ Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, artículo 1.

⁹⁹ Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, artículo 2.

¹⁰⁰ Además de los anteriores instrumentos, Colombia acogió: i) La “Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional” y el “Protocolo para Prevenir, Reprimir y sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional”, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el quince (15) de noviembre

IDH ha recordado en términos generales que la efectividad de los instrumentos judiciales “significa que la función de esos recursos, dentro del sistema del derecho interno, sea idónea para proteger la situación jurídica infringida”¹⁰¹. Particularmente, en el Caso Rosendo Cantú y otras vs. México, la Corte Interamericana anotó que:

*“En casos de violencia contra la mujer las obligaciones genéricas establecidas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana se complementan y refuerzan, para aquellos Estados que son Parte, con las obligaciones derivadas del tratado interamericano específico, la Convención de Belém do Pará. En su artículo 7.b dicha Convención obliga de manera específica a los Estados Partes a utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. **De tal modo, ante un acto de violencia contra una mujer, resulta particularmente importante que las autoridades a cargo de la investigación la lleven adelante con determinación y eficacia,** teniendo en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y las obligaciones del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección.”¹⁰²*

5.3. El enfoque de género, dentro del panorama anotado, tiene un alcance transversal a todas las fases del proceso, con el propósito de proscribir los estereotipos, así como solventar la discriminación y violencia que afectan los principios de igualdad y dignidad humana. Se expresa, entonces, en cada una de las etapas procesales, incluyendo, - pero sin limitarse - al enteramiento, contradicción, **instrucción**, alegación, decisión e impugnación.

6. Test de procedencia para incorporar la perspectiva de género a los asuntos litigiosos desde la función judicial.

En aras de hacer realidad la igualdad, principio cardinal de la Constitución Política, **corresponde a los jueces identificar si el proceso sometido a su conocimiento debe ser revisado con perspectiva de género**, labor que deberá acometerse en el momento en que se detecten circunstancias discriminatorias o **de violencia de género**, en el marco de la controversia sometida a componenda judicial.

Esta Sala ha reiterado con vehemencia que el funcionario judicial *tiene el deber funcional de aplicar el «derecho a la igualdad» y de disminuir las secuelas de la violencia frente a grupos desprotegidos y débiles, como ocurre con la mujer, por medio del rompimiento «de los patrones socioculturales de carácter machista en el ejercicio de los roles hombre-mujer que, por sí, en principio, son roles de desigualdad» (STC12625-2018).*

Así las cosas, **huelga que el fallador revise por lo menos los siguientes tres criterios de análisis ante precisas reclamaciones que relacionen el género con la cuestión objeto de litigio:**

6.1. Evaluar las asimetrías entre los roles de género identificables en el caso concreto, incluyendo criterios de interseccionalidad.

de dos mil (2000).16ii) La “Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer”, hecho en Nueva York, el 31 de marzo de 195316. iii) Convención Interamericana sobre la Nacionalidad de la Mujer. 16 iv) el “Protocolo facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el seis (6) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).¹⁶

¹⁰¹ Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez, sentencia, párrafo 64. La decisión se encuentra disponible en la dirección electrónica http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf

¹⁰² Corte IDH, Caso Rosendo Cantú y otra vs México, sentencia, párrafo 177. La decisión se encuentra disponible en la dirección electrónica <http://www.ordenjuridico.gob.mx/JurInt/STCIDHM5.pdf>

6.1.1. El concepto de género alude a los «roles, comportamientos, actividades y atributos que una sociedad, en una época determinada, considera apropiados para hombres y mujeres. Es una construcción social y cultural que asigna a las personas unos roles y conductas esperadas dependiendo de si se es hombre o se es mujer. Establece qué se entiende por femenino y por masculino en cada sociedad».¹⁰³

Así, en las relaciones humanas se observa que existe una suerte de distribución de cargas afectivas, laborales, de cuidado, entre otras, las que, para bien o para mal, imponen un patrón de identificación basado en el género. Usualmente esta distinción está imbricada de criterios discriminatorios y categorías de desigualdad, que corresponden a aspectos connaturales de las diferencias que existen entre lo femenino y masculino, es lo que podemos llamar asimetrías entre los roles de género.

Algunos elementos orientadores, sin ser los únicos, sobre los cuales debe indagar el fallador para identificar la relación asimétrica que existe entre distintos roles de género presentes en una relación negocial o afectiva, son:

(I) De qué manera uno u otro rol **cuenta con autonomía, libertad y ejercicio pleno de su voluntad** en las decisiones que adopten frente a vínculo que los une, bien sea para su conservación o disolución.

(II)Cuál es el **nivel de decisión en asuntos que de consuno deben adoptar**, es decir, ¿hay alguien con mayor capacidad para decidir?; tratándose de asuntos de familia, es importante cuestionar si ¿hay una dependencia económica frente al posible abusador?, lo cual puede expresarse por la persona que contribuye con la financiación económica del hogar, o por la identificación de la persona a nombre de quién figuran los activos sociales, o la administración efectiva del dinero del hogar, entre otros.

(III) **Cómo las determinaciones de quien está en una posición de poder limitan o direccionan las circunstancias del otro**, es decir, cuál es el nivel de influencia en la conducta de quien está en aparente estado de subordinación.

6.1.2. **Bajo esta perspectiva, se espera de los jueces un adecuado análisis de contexto con relación a las circunstancias fácticas del caso**, con el objetivo de identificar dinámicas de poder entre las partes en conflicto, de cara a establecer si alguna de ellas ha sido sometida en su libertad por la otra, con ocasión de algún tipo de violencia física, psicológica, social, económica o sexual.

Dicho de otra manera, **corresponde al fallador evaluar de qué manera el rol asumido, por una parte, en una relación jurídica concreta, fue fruto de su autonomía y libertad o si está condicionada por factores de discriminación y violencia**, para comprobar si las determinaciones o conductas del convocado limitaron o direccionaron al afectado.

Tal estudio debe ser integrador, por lo que deviene imperativa la revisión de otras circunstancias de vulneración concurrentes, **tales como la pobreza, nivel educativo, etnia, orientación sexual, entre otros**; es decir, debe superarse la evaluación de interseccionalidad.

Así las cosas, **no solo el sexo o género con el que se identifique una persona es un factor único de discriminación, sino que también debe evaluarse que no concurra otra circunstancia discriminatoria como su nivel educativo o capacidad económica**, circunstancias que en la mayoría de las ocasiones derivan en actos de violencia, pues la discriminación *per se* tiene naturaleza agresiva,

¹⁰³ Colombia. Ministerio de Justicia y del Derecho. *Cartilla Género*. Página 17.

en tanto su mera retórica atenta contra la dignidad humana, incluso cuando no tiene implicaciones físicas.

6.1.3. A modo de ejemplo, con relación a la **violencia económica** la jurisprudencia constitucional ha enfatizado que

“(…) Esta clase de agresiones son muy difíciles de percibir, pues se enmarcan dentro de escenarios sociales en donde, tradicionalmente, los hombres han tenido un mayor control sobre la mujer. A grandes rasgos, en la violencia patrimonial el hombre utiliza su poder económico para controlar las decisiones y proyecto de vida de su pareja. Es una forma de violencia donde el abusador controla todo lo que ingresa al patrimonio común, sin importarle quién lo haya ganado. Manipula el dinero, dirige y normalmente en él radica la titularidad de todos los bienes. Aunque esta violencia también se presenta en espacios públicos, es en el ámbito privado donde se hacen más evidentes sus efectos.

Por lo general, esta clase de abusos son desconocidos por la mujer pues se presentan bajo una apariencia de colaboración entre pareja. El hombre es el proveedor por excelencia. No obstante, esa es, precisamente, su estrategia de opresión. La mujer no puede participar en las decisiones económicas del hogar, así como está en la obligación de rendirle cuentas de todo tipo de gasto. Igualmente, el hombre le impide estudiar o trabajar para evitar que la mujer logre su independencia económica, haciéndole creer que sin él, ella no podría sobrevivir.

Es importante resaltar que los efectos de esta clase [sic] violencia se manifiestan cuando existen rupturas de relación, pues es ahí cuando la mujer exige sus derechos económicos, pero, como sucedió a lo largo de la relación, es el hombre quien se beneficia en mayor medida con estas particiones. De alguna forma, la mujer “compra su libertad”, evitando pleitos dispendiosos que en muchos eventos son inútiles.” (CC T-012/16, reiterada en SU201/21).

6.2. Verificar la configuración de patrones o actos de violencia.

Aunado a lo anterior, **el juzgador está en la obligación de identificar la existencia de actos o patrones de violencia alrededor de la relación asimétrica identificada**, en desarrollo de las obligaciones contenidas en los artículos 7° de la Convención Belém Do Pará, 1°, 2°, 8° y 25 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

Para estos fines, conviene recordar que **la violencia basada en género encuentra sus raíces en el notorio desequilibrio de poder de las relaciones entre lo femenino y lo masculino**, al punto que es usual que se manifiesten actos de agresión contra «las mujeres o personas con una identidad de género diversa (lesbianas, gay, bisexuales, transgeneristas e intersexuales)», la mayoría de las veces orientadas a lograr su sometimiento a los patrones dominantes (CC T-878/14).

Remárquese que los actos abusivos -físicos, psicológicos, económicos o sexuales- **no requieren tener la condición de reiterativos, bastando con la ocurrencia de un evento único para que se estructure este elemento**. Es decir, para que se prediquen los efectos propios de la aplicación de la perspectiva de género, resulta irrelevante que la violencia sea aislada o sistemática.

6.3. Causalidad eficiente de la violencia infringida en la afectación de los intereses del sujeto en situación de vulnerabilidad.

Verificados los dos elementos anteriores, **también corresponde al funcionario judicial revisar que la causa que la víctima** o sujeto procesal invoca, explícita o implícitamente, como origen de los daños, perjuicios, o afectaciones ante la jurisdicción, **tiene conexión causal con la violencia que sufre o padeció por razón de su género.**

7. Aplicaciones concretas del enfoque del género en la resolución de controversias judiciales

7.1. **Una vez establecida la necesidad de acudir al enfoque de género,** resulta pertinente que el sentenciador adopte las medidas necesarias para superar la situación de discriminación y violencia a la que se ha visto sometida una de las partes en el proceso, por medio de mecanismos que hagan efectiva su igualdad.

De allí que la Corte Constitucional **haya establecido unas cargas, en cabeza del funcionario judicial,** para asegurar el acceso a una justicia con perspectiva de género, a saber:

- i) Desplegar toda actividad investigativa en aras de garantizar los derechos en disputa y la dignidad de las mujeres.*
- ii) Analizar los hechos, las pruebas y las normas con base en interpretaciones sistemáticas de la realidad, de manera que en ese ejercicio hermenéutico se reconozca que las mujeres han sido un grupo tradicionalmente discriminado y como tal, se justifica un trato diferencial;*
- iii) No tomar decisiones con base en estereotipos de género;*
- iv) Evitar la revictimización de la mujer a la hora de cumplir con sus funciones; reconocer las diferencias entre hombres y mujeres;*
- v) Flexibilizar la carga probatoria en casos de violencia o discriminación, privilegiando los indicios sobre las pruebas directas, cuando estas últimas resulten insuficientes;*
- vi) Considerar el rol transformador o perpetuador de las decisiones judiciales;*
- vii) Efectuar un análisis rígido sobre las actuaciones de quien presuntamente comete la violencia;*
- viii) Evaluar las posibilidades y recursos reales de acceso a trámites judiciales;*
- ix) Analizar las relaciones de poder que afectan la dignidad y autonomía de las mujeres. (C.C T – 878 de 2014)*

Repárese, entonces, que el enfoque de género comprende una revisión diferencial (I) en la construcción de los hechos, (II) en el recaudo de las pruebas, (III) **la valoración de las pruebas,** e incluso (IV) en la resolución de las pretensiones.

7.2. En la construcción de los hechos existe el deber de leer los relatos fácticos de forma integral, escudriñando en ellos la narrativa de género expresamente invocada o subyacente a la alegación, inclusive cuando la perspicuidad como elemento propio de las acciones judiciales sea extraño a la causa.

Del mismo modo, **en el análisis de los hechos debe dejarse de lado los estereotipos de género,** máxime en escenarios de violencia psicológica o económica, con el fin de encontrar explicaciones desde el sentido común o la lógica, sin considerar la calidad de víctima y

las condiciones que la violencia genera en su percepción de la realidad (CC T-590/17).

Por ejemplo, la Corte Constitucional ha enfatizado que, en el ejercicio de la función judicial, el uso de estereotipos se da cuando se reprochan los actos de la persona *por desviación del comportamiento esperado* (T-462/18), con afirmaciones prejuiciosas, tales como:

* No se puede invocar la intimidad y la inviolabilidad de los hogares para justificar agresiones contra las mujeres en las relaciones privadas y domesticas (C-408/96).

* Se desestima la violencia intrafamiliar por considerar que se dieron agresiones mutuas, sin examinar si ellas respondían a una defensa. (T-027/17).

* Se desconoce la violencia psicológica denunciada, **al estimar que los testigos de los actos no eran presenciales** o que el vínculo matrimonial debe prevalecer para mantener la unidad familiar (T-967/14).

* Las agresiones mutuas entre la pareja hacen perder a la mujer el derecho a que su caso se revise a la luz de un enfoque diferencial (CSJ STC3322-2018).

7.3. De otra parte, para acercarse a la verdad objetiva del caso, **los jueces cuentan con la facultad de decretar pruebas de oficio**, las cuales permitirán clarificar las narraciones hechas por las partes, con el fin de comprobar la existencia de violencia o discriminación basada en género.

Y es que, si bien el decreto de pruebas de oficio, como regla de principio, **es una facultad que en contados casos se convierte en una obligación**, esto último sucede precisamente en materia de violencia de género, pues corresponde a las autoridades adelantar todas las pesquisas para determinar su existencia en aplicación directa de los artículos 7° de la Convención Belém Do Pará, 1°, 2°, 8° y 25 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, mandatos que hacen parte del bloque de constitucionalidad según el artículo 93 de la Carta Fundamental.

7.4. En el recaudo de las pruebas se deben evitar situaciones re victimizantes, huelga decir, **no puede permitirse que la víctima sea expuesta a otras situaciones de discriminación o ampliar, fuera de su espacio de confianza, las circunstancias vulneradoras de su integridad o que la expongan a eventos traumáticos**; incluso, **debe considerarse la prohibición de ser confrontada con el victimario**, conforme al artículo 8 literal k) de la Ley 1257 de 2008.

Luego entonces, los funcionarios judiciales deben evitar, dentro del conjunto de probanzas, optar por aquellas que vuelvan a la víctima sobre situaciones complejas emocionalmente, **máxime si lo que se pretende demostrar ya está plenamente comprobado por otros elementos de juicio obrantes en el plenario**; asimismo, deberá hacer uso de las facultades legales de reserva de los juicios, con el fin de evitar una contradicción directa entre el presunto victimario.

Del mismo modo, **los jueces deben ser cuidadosos en el uso del lenguaje al momento de practicar interrogatorios o declaraciones de parte**, sin usar expresiones ofensivas al auscultar los hechos debatidos, siendo especialmente cuidadosos de **establecer la pertinencia, necesidad y conveniencia de las preguntas**, para no incurrir en **reiteraciones innecesarias**, que finalmente, **son formas de revictimización** (T-093/19), ni acudir a estereotipos de género para tratar de establecer la verdad de lo acontecido.

7.5. También **debe flexibilizarse la carga de la prueba**, con el fin de alivianar el peso sobre los hombros de la víctima y promover que el eventual victimario tenga un rol activo en el esclarecimiento de los hechos, so pena de que la decisión de fondo sea contraria a sus intereses (T-462/18).

Regla que encuentra respaldo en el inciso segundo del artículo 167 del Código General del Proceso: *«según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares»*.

7.6. **Dar impulso oficioso al recaudo y práctica de pruebas**. Es deber del funcionario judicial desplegar toda la actividad probatoria posible, incluso oficiosa, para corroborar los supuestos fácticos del caso como, por ejemplo, la existencia de una violencia de género o la configuración de una relación contractual (T-093/19).

La falta de exhaustividad en el recaudo probatorio es una falla del Estado en el cumplimiento de los deberes de garantía y protección judicial previstos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, luego entonces, no es permitido al juez archivar los procesos o investigaciones a su cargo por falta de material probatorio, sin que se haya hecho uso de los poderes oficiosos, cuando se hace una evaluación fragmentado o se le da alcance distinto al contexto de la mujer al momento de valorar el acervo allegado, desestimando la existencia de un patrón de violencia (T-735/17).

7.7. Las reglas de apreciación desde la función judicial deben direccionarse en dos (2) sentidos: (I) considerarse las pruebas dentro del contexto del comportamiento de una persona sometida a violencia o a discriminación; y (II) al evaluar las expresiones, manifestaciones de partes y terceros, deberán evitarse los estereotipos, por lo que deben estas leerse en el contexto de personas permeadas por contextos estructurales de discriminación o violencia.

Sobre el primero de los elementos señalados, debe tenerse en cuenta que **conforme a las reglas de la sana crítica, al juez le corresponde acudir a la lógica racional, considerando la situación de las personas en un escenario de discriminación y violencia de género**, los cuales conducen a que la víctima tenga comportamientos sin una identidad clara, tendientes a su invisibilización y denegación de su situación.

Con relación al segundo punto, los jueces al valorar las expresiones, manifestaciones y aseveraciones de partes y terceros deberán evitar incurrir en prejuicios o conclusiones estereotipadas.

En caso de pruebas encontradas, sin que sea posible alcanzar la seguridad de lo ocurrido por medio de las reglas de la sana crítica, **esta duda deberá resolverse en favor de la víctima**, siempre que dicha contrariedad halle explicación en el comportamiento de una persona agredida o discriminada, que pretende ocultar su condición para evitar una revictimización o escenarios de exclusión social.

7.8. En la resolución de las pretensiones, **los jueces deben acudir a la posibilidad de emitir decisiones extra y ultra petita**, cuando el caso brinde elementos para ello; además, deberá proferir decisiones multinivel, que respondan al cumplimiento de las obligaciones internacionales suscritas por el Estado Colombiano.

La jurisprudencia de esta sala ha dicho que, tratándose de los asuntos de familia, el artículo 281 del Código General del Proceso, establece en su parágrafo que «el juez podrá fallar ultrapetita y extrapetita, cuando sea *necesario para brindarle protección adecuada a la pareja, al niño, la niña o adolescente, a la persona con discapacidad mental o de la tercera edad, y prevenir controversias futuras de la misma índole*», estándar que incluye a las víctimas de violencia de género como sujeto de protección reforzada (STC12625-2018).

También, el canon 42.6 de la Constitución Nacional, en concordancia con el precepto 7° literal g) de la Convención de Belém Do Pará, obliga a los Estados parte a diseñar, establecer, regular y aplicar mecanismos dúctiles, ágiles y expeditos, con el fin de asegurar que la mujer objeto de violencia intrafamiliar tenga acceso efectivo a la reparación integral del daño, de manera justa y eficaz.

En desarrollo, la Corte Constitucional profirió sentencia de unificación (SU080/20), con efectos *inter pares*, en donde fijó como reglas: (I) la posibilidad de tener acceso efectivo a una reparación del daño producto de los ultrajes, indistintamente de la naturaleza procesal del medio elegido para tal fin; y (II) que las víctimas de violencia de género no pueden ser obligadas a acudir a un nuevo trámite judicial para obtener reparación integral de hechos demostrados ante un juez, pues ello las revictimiza.”

(Negrillas, subrayas, color rojo y aumento del tamaño de la fuente, no son originales del texto citado)

Bajo este mismo lineamiento la misma Corte Suprema de Justicia, en vía de tutela, pero esta vez por la Sala de Casación Laboral, en Sentencia SL1130-2022 del 22 de marzo de 2022, dentro de la actuación bajo el radicado No. 74857 siendo Magistrada Ponente la Doctora CECILIA MARGARITA DURÁN UJUETA, recordó y sintetizó al respecto de este tipo de casos, lo siguiente:

1.3. Perspectiva judicial en casos de violencia intrafamiliar.

La violencia intrafamiliar se expresa de diferentes formas, pues - siguiendo literal c) del artículo 3.º la Ley 294 de 1996, incluye daño el verbal por ofensa o ultraje, físico, psíquico, amenaza, maltrato, entre otros y se incide en ella cuando – de acuerdo con la Corte Constitucional en sentencia CC SU080-2020- **el accionar violento se despliega por un integrante del grupo familiar, con independencia del lugar en que se materialice, «como consecuencia de los vínculos que la unen con la institución».**

La importancia de atacar cualquier tipo de agresión en el hogar fue exaltada en providencia CC T311-18, en la que al recordar la decisión CC C408-1996 sobre la constitucionalidad de la Ley 248 de 1996, se dijo:

(...) la violencia intrafamiliar también ha sido considerada como una respuesta a la violencia de género y, específicamente, del femenino. La Corte al pronunciarse sobre la Ley 248 de 1996, con la cual se aprobó la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belem do Para” hizo algunas reflexiones que explican la importancia que se

le ha reconocido a la violencia en el hogar, las cuales deben recordarse:

“11- Pero ello no es todo; las mujeres están también sometidas a una violencia, si se quiere, más silenciosa y oculta, pero no por ello menos grave: las agresiones en el ámbito doméstico y en las relaciones de pareja, las cuales son no sólo formas prohibidas de discriminación por razón del sexo (CP art. 13) sino que pueden llegar a ser de tal intensidad y generar tal dolor y sufrimiento, que configuran verdaderas torturas o, al menos, tratos crueles, prohibidos por la Constitución (CP arts 12, y 42) y por el derecho internacional de los derechos humanos. Así, según la Relatora Especial de Naciones Unidas de Violencia contra la Mujer, ‘la violencia grave en el hogar puede interpretarse como forma de tortura mientras que las formas menos graves pueden calificarse de malos tratos en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por ello esta Corporación considera que es no sólo legítimo sino una expresión de los valores constitucionales que el tratado prohíba también la violencia contra la mujer en el ámbito del hogar. En efecto, la Constitución proscribe toda forma de violencia en la familia y ordena a las autoridades sancionarla cuando ésta ocurra (CP art. 43), razón por la cual esta Corporación, al declarar exequible, en la sentencia C-371/94, la facultad de los padres de sancionar moderadamente a sus hijos, precisó, en la parte resolutive, que ‘de las sanciones que apliquen los padres y las personas encargadas del cuidado personal de los hijos estará excluída (sic) toda forma de violencia física o moral, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 12, 42 y 44 de la Constitución Política’ (subrayas no originales).

No se puede entonces invocar la intimidad y la inviolabilidad de los hogares para justificar agresiones contra las mujeres en las relaciones privadas y domésticas. Es más, esta violencia puede ser incluso más grave que la que se ejerce abiertamente, pues su ocurrencia en estos ámbitos íntimos la convierte en un fenómeno silencioso, tolerado, e incluso, a veces, tácitamente legitimado. Hace tan solo 30 años, en 1954, en un país de alta cultura democrática como Inglaterra, el comandante de Scotland Yard se jactaba de que en Londres había pocos asesinatos y que muchos de ellos no eran graves pues eran simplemente ‘casos de maridos que matan a sus mujeres. (Resaltado fuera del texto original, salvo la expresión “estará excluída (sic) toda forma de violencia física o moral”).

Así que no pasa desapercibido por dicho órgano de cierre, como por el presente, **que la violencia intrafamiliar ocurre en especial contra la mujer**, razón por la cual en la misma decisión se precisó que:

(...) la tipificación de la violencia intrafamiliar no es la única reacción estatal; de otro lado, este Tribunal, entendiendo que la respuesta que es exigible del Estado no es suficiente para lograr la meta de equilibrar los derechos de las mujeres y superar la violencia de género que de ella se deriva, ha considerado que: “la violencia contra las mujeres constituye un problema social que exige profundos cambios en los ámbitos educativo, social, jurídico, policial y laboral, a través de los cuales se introduzcan nuevas escalas de valores que se construyan sobre el respeto de los derechos fundamentales de las mujeres. Ya se ha demostrado que las leyes resultan insuficientes, puesto que tienen que formar parte de un esfuerzo más general. Se debe repensar la relación entre hombres y mujeres, porque una sociedad que tolera la agresión en contra de ellas es una sociedad que discrimina. Y dejar de vivir en una sociedad que discrimina es responsabilidad de todos.

Incluso, haciendo referencia a la providencia CC C022-2015 en la que se dijo que la exclusión de la violencia intrafamiliar de la lista de delitos querellables se ajustaba a la Constitución Política, la aludida Alta Corporación reconoció que tal medida «cumplía el propósito de “perseguir y erradicar la violencia de género y los feminicidios que se presentan en el país, en su mayoría mujeres víctimas de violencia intrafamiliar”, al paso que se consideró, como quedó visto, un mecanismo óptimo para que la pena cumpla una función preventiva» (CC T311-2018).

También se reconoció la anterior en sentencia CSJ SL2010-2019, en la que se instruyó que:

(...) nuestro ordenamiento jurídico establece una gama de reglas y principios encaminados a prevenir, remediar y castigar cualquier forma de maltrato intrafamiliar, además de proteger de manera integral y efectiva a las personas violentadas. Igualmente, teniendo en cuenta que, tradicionalmente, la víctima de dichas formas de violencia ha sido la mujer, envuelta en un contexto de “...relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres” que conduce a perpetuar la discriminación contra ésta y a obstaculizar su pleno desarrollo...” (CC T-338 de 2018), nuestro ordenamiento jurídico se ha preocupado especialmente de prevenir y castigar cualquier forma de violencia en su contra, a través de normas como el artículo 43 de la Constitución Política, la Ley 294 de 1996, la Ley 1257 de 2008 y, entre otros, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém do Pará).

Lo anterior igualmente ha sido reconocido desde la esfera internacional, de lo cual se resaltarán -además de lo previamente mencionado por la Corte Constitucional sobre la Convención de Belém do Pará- lo dicho en la Observación General n.º 16 sobre «la igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales», adoptado por el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En tal oportunidad, se dispuso que los Estados tenían la obligación de garantizar a las víctimas de violencia en el hogar, que se reconoce son principalmente mujeres, «el acceso a un alojamiento seguro, así como a los oportunos remedios y recursos y a la reparación de los daños y perjuicios de orden físico, mental y moral».

En el ámbito nacional, el legislador previó en: a) la Ley 294 de 1996, el desarrollo del artículo 42 de la Constitución Política y dictó normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar; b) la Ley 1257 de 2008, por la cual se «dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996» y, c) la Ley 575 de 2000, que modificó parcialmente la Ley 294 de 1996 y la Ley 1542 de 2012 en la que se reformó el artículo 74 de la Ley 906 de 2004-CPP.

(...)

(Negrillas, subrayas, color rojo y aumento del tamaño de la fuente, no son originales del texto citado)

En el mismo lineamiento, la misma Corporación pero en su Sala de Casación Civil, ha reiterado el perentorio mandamiento para que los Jueces se aproximen al conflicto con perspectiva de género, categoría hermenéutica que, a voces de la jurisprudencia, como por ejemplo lo condensó en la Sentencia SC5039-2021 del 10 de diciembre de 2021, en la que se dijo lo siguiente:

«(...) **impone al juez de la causa que, tras identificar situaciones de poder, de desigualdad estructural, o contextos de violencia física, sexual, emocional o económica entre las partes de un litigio, realice los ajustes metodológicos que resulten necesarios para garantizar el equilibrio entre contendores que exige todo juicio justo. No se trata de actuar de forma parcializada,** ni de conceder sin miramientos los reclamos de personas o grupos vulnerables, sino de crear un escenario apropiado para que la discriminación asociada al género no dificulte o frustre la tutela judicial efectiva de los derechos. **Dicho de otro modo, la perspectiva de género se constituye en una importante herramienta para la erradicación de sesgos y estereotipos, permitiendo revelar, cuestionar y superar prácticas arraigadas en nuestro entorno social, que históricamente han sido normalizadas y que hoy resultan inadmisibles,** dada la prevalencia de los derechos inherentes e inalienables de la persona, **procurando así que la solución de las disputas atienda solamente a estrictos parámetros de justicia.** En síntesis, tal como lo recalcó la Cumbre Judicial Iberoamericana en su modelo de incorporación de la perspectiva de género en las providencias judiciales¹⁰⁴, el juzgamiento con observancia de las enunciadas directrices implica *“hacer realidad el derecho a la igualdad, respondiendo a la obligación constitucional y convencional de combatir la discriminación por medio del quehacer jurisdiccional para garantizar el acceso a la justicia y remediar, en un caso concreto, situaciones asimétricas de poder”*»

(Negrillas, subrayas y color rojo de la fuente, no son originales del texto citado)

Tampoco podría considerarse que los actos disfuncionales resultan irrelevantes, pues como se dijo, precisamente fueron estos eventos los que llevaron al divorcio de la pareja, sino que además, debe recordarse que este principio no opera de manera automática, ni puede servir para descartar la intervención judicial en casos de aparente insignificancia, cuando se trate de conductas que pudieran afectar a personas que tradicionalmente puedan ser vulnerables y discriminadas, como es el caso de las mujeres y los niños, por lo que ha de tenerse en cuenta lo que al respecto del principio de lesividad y la ponderación de los derechos de las víctimas, nuestra Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, ha dicho, por ejemplo, en la Sentencia proferida el día 30 de abril del 2013, dentro del Radicado 38.103, siendo Magistrado Ponente el Doctor LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO, en la que se dijo lo siguiente:

“Ahora bien, en el derecho penal moderno **es cada vez más afincada la tendencia a proteger los derechos de las víctimas, luego el juzgador debe ser sumamente cauteloso al valorar el concepto de lesividad,** de modo que no desproteja a los afectados de conductas que de alguna manera los perjudican.

Del mismo modo, una interpretación sistemática de la Carta Política implica aceptar que la investigación y juzgamiento de las circunstancias que rodean la comisión de un delito, **impone igualmente obligaciones en materia de protección de los derechos de las víctimas,** que han de ser entendidos **un límite a la aplicación de determinadas causales de exoneración de responsabilidad del**

¹⁰⁴ «Guía para la aplicación sistemática e informática del Modelo de incorporación de la perspectiva de género en las sentencias. Secretaría Técnica y Comisión Permanente de Género y Acceso a la Justicia, Cumbre Judicial Iberoamericana» (referencia propia del texto citado).

acusado, como es el caso de calificar la conducta como carente de significancia jurídica y social.

En tales condiciones, acerca de la naturaleza de los hechos respecto de los cuáles es factible aducir que se está frente a un “*delito bagatela*”, por razones que tocan con la dignidad humana han de operar como límites explícitos el contenido del artículo 2° de la Constitución, que impone al Estado un deber de garantía de asegurar la vigencia de un orden justo, especialmente en relación con las víctimas; el artículo 13 de la misma normatividad relativo al derecho a la igualdad; así como el artículo 229 de la Carta sobre el derecho de acceso a la administración de justicia, a la par de algunos instrumentos internacionales relativos a la efectividad de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas, pues en la práctica quedarán sujetos a una decisión en tal sentido.

Estos mandatos constitucionales y estas obligaciones internacionales relativos a los derechos de las víctimas tienen que ser ponderados con los intereses estatales de racionalización de la persecución penal, en cuanto se constituyen en los instrumentos por excelencia con los que se puede hacer efectivo el principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial (art. 228 superior).

Y es que en este caso particular **la protección a la agraviada ha de ser mayor, dado que se trata de una mujer, que por circunstancias naturales se encuentra físicamente en inferioridad de condiciones en relación con el hombre.** De ahí que según lo resalta el señor agente del Ministerio Público, convenios internacionales a los cuales ha adherido Colombia proclaman esa especial salvaguardia en beneficio de las mujeres, de modo que conductas como la que da cuenta este proceso no pueden tildarse sin mayor reflexión de “*bagatela*”.

A propósito de la protección a la mujer por su condición de vulnerabilidad la Corte Constitucional ha sostenido:

“...La violencia contra la mujer suele estar vinculada con causas sociales, culturales, económicas, religiosas, étnicas, históricas y políticas, las cuales operan en conjunto o aisladamente en desmedro de la dignidad y del respeto que se debe a quien es considerada como una persona vulnerable y, en esta medida, sujeto de especial protección tanto en el derecho internacional, como en el ordenamiento jurídico interno de los Estados.

4.1. Los actos de agresión pueden provenir de agentes estatales o de particulares, afectar la vida pública o privada de la mujer, presentarse en sus relaciones laborales, familiares, afectivas, como también por fuera de éstas, tener consecuencias para su integridad física, moral o psicológica y, en algunos casos, producir secuelas para las personas que conforman su unidad doméstica. En esta medida, corresponde al Estado y a la familia procurar mecanismos destinados a evitar y erradicar toda forma de violencia contra la mujer, teniendo los órganos estatales que asumir la mayor responsabilidad, debido a su naturaleza, estructura y funciones.

Los órganos internacionales que agrupan a la mayoría de los Estados han comprendido la dimensión y las consecuencias de la violencia contra la mujer; por esta razón, en los últimos años han celebrado convenios y tratados destinados a erradicar tanto la violencia como la discriminación contra la mujer...”¹⁰⁵

(Negrillas, subrayas y color rojo no son originales del texto citado)

¹⁰⁵ Sentencia C-776 de 29/09/2010

Entonces, es claro para esta Instancia que efectivamente el Señor Juez A Quo hizo bien en negar la aplicación del Principio de Oportunidad presentado a su consideración, puesto que, dada la naturaleza del bien jurídico protegido y la existencia de una menor como víctima, no puede considerarse que “afecte mínimamente intereses colectivos”, dado que tanto La Familia como los menores, gozan de especial protección constitucional, tal y como suficientemente se advirtió. Por su parte, y respecto puntualmente al Principio de Oportunidad en la Sentencia C-387/14 del 25 de junio de 2014, dentro del expediente D-9997 siendo Magistrado Ponente el Doctor JORGE IVÁN PALACIO PALACIO, se precisó:

“5. El principio de oportunidad

5.1. **El Acto Legislativo 03 de 2002**, que modificó el artículo 250 superior, dispuso que la Fiscalía General no podrá suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, *“salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías.”*

El principio de oportunidad es una **institución nuclear** del sistema penal de tendencia acusatoria que consiste en la suspensión, interrupción o renuncia de la persecución penal, atendiendo diversos factores inmersos en la política criminal del Estado.¹⁰⁶ Constituye una excepción a la regla general que recae sobre la fiscalía de adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan características de un delito, siempre que tercie suficientes motivaciones y circunstancias fácticas que permitan advertir la existencia del mismo.¹⁰⁷

Se ha introducido progresivamente en distintos ordenamientos jurídicos europeos como España, Portugal, Italia y Alemania. En el derecho Anglosajón es la regla que se traduce en las figuras del *plea guilty*: confesión dirigida a evitar el juicio; y del *plea bargaining*: negociación entre el fiscal y el imputado que supone pactar la acusación en toda su extensión para reducir o mutar a conveniencia, si es el caso, el hecho penal en sí mismo considerado.¹⁰⁸

5.2. Del debate congresual que precedió a la expedición del acto legislativo se desprende que la **finalidad esencial** para la consagración del principio de oportunidad consisten principalmente en racionalizar la actividad investigativa del Estado en la labor de la persecución de los delitos, dada la imposibilidad fáctica de la justicia penal para satisfacer exigencias de aplicación irrestricta del principio de legalidad.¹⁰⁹ Propósito general que podría ser alcanzado mediante la aplicación de criterios como: *“(i) La infima importancia social de un hecho punible*, idea que parte del reconocimiento de que existen numerosos conflictos sociales que no alcanzan a vulnerar materialmente bienes jurídicos, lo que haría innecesaria la intervención del Estado en tanto realmente no hay lesión, ni potencial afectación antijurídica; *(ii) La reparación integral y la satisfacción plena de la víctima*, especialmente *en aquellos delitos de contenido económico*; *(iii)*, la culpabilidad disminuida¹¹⁰; *(iv)* o la revaluación del interés público en la persecución de la conducta.”¹¹¹ De esta forma, *(v)* “se evitarían efectos criminógenos de las penas

¹⁰⁶ Cfr. artículo 321, Ley 906 de 2004.

¹⁰⁷ Cfr. artículos 250 de la Constitución y 200 de la Ley 906 de 2004.

¹⁰⁸ Sentencia C-979 de 2005. Exposición de motivos al proyecto que devino en el Acto Legislativo 03 de 2002. Gaceta del Congreso número 134 de abril 26 de 2002, páginas 12, 13 y 14.

¹⁰⁹ Sentencias C-095 de 2007 y C-936 de 2010. Gaceta del Congreso número 148 del 7 de mayo de 2002.

¹¹⁰ En la doctrina jurídico penal este concepto alude a aquellas situaciones en que el legislador opta por excluir la pena “por falta de necesidad preventiva de punición”.

¹¹¹ Sentencia C-936 de 2010.

cortas de privación de libertad, estimula la pronta reparación a la víctima y se otorga otra oportunidad de inserción social al que cometió la conducta punible”¹¹².

También se ha podido determinar justificaciones adicionales al establecimiento del principio de oportunidad. En la sentencia C-738 de 2008 señaló: *“la posibilidad de que la fiscalía se abstenga de iniciar o dé por terminado el proceso penal en ciertos delitos es manifestación de la necesidad de que el Estado responda proporcionalmente a los hechos que afectan la estabilidad jurídica, favorece la posibilidad de adelantar procesos en tiempos razonables, de conformidad con la gravedad de las conductas investigadas, y permite dar tratamiento diferenciado a delitos que por sus características intrínsecas no representan lesión significativa del orden social”*¹¹³.

Como **características generales** del principio de oportunidad, este Tribunal ha identificado: i) **debe ser aplicado en el marco de la política criminal del Estado**; ii) es una figura de aplicación excepcional y reglada; iii) las causales de aplicación deben establecerse por el legislador de manera clara, precisa e inequívoca y estar conforme a la Constitución; iv) su regulación debe ser compatible con la vigencia de un orden justo, el principio de legalidad y los **derechos de las víctimas**; v) el fiscal goza de un margen razonable de interpretación en la aplicación de la ley pero este no es ilimitado; vi) estará sujeto al control de legalidad por el juez de control de garantías.¹¹⁴

En el mundo contemporáneo existe una crisis de legitimación de los sistemas penales y de la pena privativa de la libertad, fundamentado principalmente en el reparto discriminatorio del poder punitivo del Estado y las débiles estructuras judiciales. La implementación de mecanismos que disminuyan la violencia punitiva estatal se hace indispensable, en la previsión de medidas diferentes al enjuiciamiento penal tradicional, al pronunciamiento de una sentencia condenatoria y a la privación obligada de la libertad como herramientas recurrentes ante el delito. Ir abriendo caminos hacia la paulatina concreción de un derecho penal con menor intervención bajo el objetivo de ir acrecentando las condiciones para la incorporación de otros mecanismos de resolución de conflictos humanos (no penales), en que **acoja mayor relevancia la intervención de la voluntad de los protagonistas, debe ser el rumbo en la política criminal del Estado**.¹¹⁵

5.3. **La Ley 1312 de 2009**, que reformó la Ley 906 de 2004 en lo relacionado con el principio de oportunidad (arts. 323 a 327), tuvo como fundamento ampliar las posibilidades procesales y sustanciales de procedencia del principio de oportunidad, extendiendo su aplicación a la etapa del juicio y estableciendo nuevas causales. Así lo afirmó la Corte en la sentencia C-936 de 2010¹¹⁶, al extraer de los antecedentes legislativos que las razones que llevaron a la expedición de dicha ley consistieron principalmente en reformular algunas de las disposiciones del Código de Procedimiento Penal, **combinando conceptos de insignificancia, reparación, interés de la víctima**, formas alternativas de satisfacción de intereses colectivos, colaboración con la justicia, en la pretensión de establecer definiciones claras y concordantes con el Estatuto Superior (art. 250) para que opere el principio de oportunidad tanto en la investigación como en el juzgamiento.¹¹⁷ Así vino el nuevo artículo 323 de la Ley 906 de 2004 a señalar que la Fiscalía General en la investigación o en el juicio, hasta antes de la audiencia de juzgamiento, podrá suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, en los casos establecidos en el código para la aplicación del principio de oportunidad.

¹¹² Sentencia C-979 de 2005. Exposición de motivos al proyecto que devino en el Acto Legislativo 03 de 2002. Gaceta del Congreso número 134 de abril 26 de 2002, páginas 12,13 y 14.

¹¹³ Teresa Armenta Deu, *Lecciones de derecho procesal penal*, Madrid, 2004; Faustino Cordón Moreno, *Las garantías constitucionales del proceso penal*, Navarra, 2002; Julio Maier, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 2003.

¹¹⁴ Sentencias C-591 de 2005, C-673 de 2005, C-979 de 2005, C-095 de 2007 y C-936 de 2010.

¹¹⁵ Suspensión del proceso penal a prueba. Gustavo L. Vitale. 2ª edición actualizada. 2004. Págs. 5-6, 16-17 y 27-28.

¹¹⁶ Examinó la constitucionalidad del numeral 17 (inexequible) y el parágrafo 3 (exequible en el entendido de que también comprende las graves violaciones a los derechos humanos) del artículo 2º de la Ley 1312 de 2009.

¹¹⁷ Gaceta del Congreso número 378 de junio 18 de 2008. Ponencia para primer debate. Así mismo, Gaceta del Congreso número 217 de abril 17 de 2009, ponencia para segundo debate.

El artículo 324 del Código de Procedimiento Penal instituyó los casos en que se aplica actualmente el principio de oportunidad.¹¹⁸ De esta disposición puede extraerse, en términos generales, su procedencia respecto a delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo máximo no exceda de seis años o con pena principal de multa (num. 1), previando que respecto de delitos con penas privativas de la libertad cuyo límite máximo exceda de seis años de prisión, su aplicación corresponderá al Fiscal General o por quien delegue (parág. 2). No se podrá aplicar en investigaciones o acusaciones por hechos constitutivos de graves infracciones al derecho internacional humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio, ni cuando tratándose de conductas dolosas la víctima sea un menor de dieciocho años (parág. 3). Así mismo, se

¹¹⁸ Artículo modificado por el artículo 2º de la Ley 1312 de 2009. El nuevo texto es el siguiente: El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos: 1. Cuando se tratare de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo máximo señalado en la Ley no exceda de seis (6) años o con pena principal de multa, siempre que se haya reparado integralmente a la víctima conocida o individualizada; si esto último no sucediere, el funcionario competente fijará la caución pertinente a título de garantía de la reparación, una vez oído el concepto del Ministerio Público. Esta causal es aplicable, igualmente, en los eventos de concurso de conductas punibles siempre y cuando, de forma individual, se cumpla con los límites y las calidades señaladas en el inciso anterior. 2. Cuando a causa de la misma conducta punible la persona fuere entregada en extradición a otra potencia. 3. Cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de otra conducta punible y la sanción imponible en Colombia carezca de importancia comparada con la impuesta en el extranjero, con efectos de cosa juzgada. 4. Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, colabore eficazmente para evitar que el delito continúe ejecutándose, o que se realicen otros, o cuando suministre información eficaz para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada. 5. Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, se compromete a servir como testigo de cargo contra los demás procesados, bajo inmunidad total o parcial. En este evento los efectos de la aplicación del principio de oportunidad quedarán en suspenso respecto del procesado testigo hasta cuando cumpla con el compromiso de declarar. Si concluida la audiencia de juzgamiento no lo hubiere hecho, se revocará el beneficio. 6. Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, haya sufrido, a consecuencia de la conducta culpable, daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción. 7. Cuando proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa y como consecuencia de este se cumpla con las condiciones impuestas. 8. Cuando la realización del procedimiento implique riesgo o amenaza graves a la seguridad exterior del Estado. 9. En los casos de atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o de la recta administración de justicia, cuando la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche institucional y la sanción disciplinaria correspondientes. 10. En delitos contra el patrimonio económico, cuando el objeto material se encuentre en tal alto grado de deterioro respecto de su titular, que la genérica protección brindada por la ley haga más costosa su persecución penal y comporte un reducido y aleatorio beneficio. 11. Cuando la imputación subjetiva sea culpable y los factores, que la determinan califiquen la conducta como de merma significativa jurídica y social. 12. Cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social. 13. Cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse. 14. Cuando la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos, siempre y cuando exista y se produzca una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas. Quedan excluidos en todo caso los jefes, organizaciones, promotores, y financiadores del delito. 15. Cuando la conducta se realice excediendo una causal de justificación, si la desproporción significa un menor valor jurídico y social explicable en el ámbito de la culpabilidad. 16. Cuando quien haya prestado su nombre para adquirir o poseer bienes derivados de la actividad de un grupo organizado al margen de la ley o del narcotráfico, los entregue al fondo para Reparación de Víctimas siempre que no se trate de jefes, cabecillas, determinadores, organizadores promotores o directores de la respectiva organización. 17. Numeral INEXEQUIBLE. 18. Numeral adicionado por el artículo 40 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente: Cuando el autor o participe en los casos de cohecho formule la respectiva denuncia que da origen a la investigación penal, acompañada de evidencia útil en el juicio, y sirva como testigo de cargo, siempre y cuando repare de manera voluntaria e integral el daño causado. Los efectos de la aplicación del principio de oportunidad serán revocados si la persona beneficiada con el mismo incumple con las obligaciones en la audiencia de juzgamiento. El principio de oportunidad se aplicará al servidor público si denunciare primero el delito en las condiciones anotadas. PARÁGRAFO 1o. En los casos de tráfico de estupefacientes y otras infracciones previstas en el capítulo segundo del título XIII del Código Penal, terrorismo, financiación de terrorismo, y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, solo se podrá aplicar el principio de oportunidad, cuando se den las causales cuarta o quinta del presente artículo, siempre que no se trate de jefes, cabecillas, determinadores, organizadores promotores o directores de organizaciones delictivas. PARÁGRAFO 2o. La aplicación del principio de oportunidad en los casos de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo límite máximo exceda de seis (6) años de prisión será proferida por el Fiscal General de la Nación o por quien el delegue de manera especial para el efecto. PARÁGRAFO 3o. CONDICIONALMENTE exequible en el entendido de que también comprende las graves violaciones a los derechos humanos. No se podrá aplicar el principio de oportunidad en investigaciones o acusaciones por hechos constitutivos de graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio, ni cuando tratándose de conductas dolosas la víctima sea un menor de dieciocho (18) años. PARÁGRAFO 4o. No se aplicará el principio de oportunidad al investigado, acusado o enjuiciado vinculado al proceso penal por haber accedido o permanecido en su cargo, curul o denominación pública con el apoyo o colaboración de grupos al margen de la ley o del narcotráfico.

contempla como uno de los casos para la aplicación del principio de oportunidad cuando *“proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa y como consecuencia de este se cumpla con las condiciones impuestas”* (num. 7). Esta disposición ha sido examinada en varias oportunidades por la Corte, particularmente en las sentencias C-988 de 2006¹¹⁹, C-095 de 2007¹²⁰ y C-936 de 2010.

Respecto a las circunstancias que ameritan el diseño de causales de aplicación de la oportunidad penal, la Corte al repasar los antecedentes históricos encontró que el constituyente derivado “refirió a conflictos sociales que no alcanzan a vulnerar materialmente bienes jurídicos, o a la necesidad de simplificar, acelerar y hacer más eficiente la administración de justicia penal descongestionándola de la pequeña y mediana criminalidad; así mismo puso de presente que en el régimen procesal penal antes vigente, la oportunidad penal ya venía operando en ‘forma larvada’, mediante figuras procesales como las preclusiones que dictaba el fiscal cuando había conciliación por indemnización integral, desistimiento, transacción o bien aplicándola en los casos de sentencia anticipada o audiencia especial.”¹²¹ Al haber deferido al legislador el señalamiento de las causales de procedencia de la oportunidad penal, esta Corporación advirtió que el legislador goza de una *amplia potestad legislativa* a la hora de señalar aquellas circunstancias que rodean la comisión o el juzgamiento de cualquier conducta punible, en las cuales resulta desproporcionada, inútil o irrazonable la persecución penal.¹²²

5.4. El **principio de legalidad** se constituye en uno de los primeros límites constitucionales a la potestad de configuración legislativa en el diseño de las causales para la aplicación del principio de oportunidad. Para que las mismas se ajusten al artículo 250 de la Constitución, ha señalado esta Corporación, “deben ser definidas por el legislador de manera clara y precisa, de suerte que la facultad discrecional de aplicación no se convierta en una posibilidad de aplicación arbitraria. En virtud del carácter excepcional y reglado del principio de oportunidad acogido por el constituyente, al legislador le está vedado establecer causales extremadamente vagas o ambiguas de invocación de aquél, por cuanto los ciudadanos no tendrían certeza alguna acerca de bajo qué condiciones el órgano de investigación del Estado puede acudir o no ante el juez de control de garantías para efectos de solicitar la suspensión, interrupción o renuncia del ejercicio de la acción penal.”¹²³ Ha reconocido la jurisprudencia constitucional que la aplicación por el fiscal del principio de oportunidad en los casos señalados por el legislador implica un ejercicio de “discrecionalidad reglada” que le impone no solamente una evaluación acerca de la aplicación de las causales legales para que opere dicho mecanismo, sino que deberá determinar si lo que procede es la interrupción, la suspensión o la renuncia (consecuencias de la aplicación del principio), debiendo constatar el respeto también por las garantías del investigado.¹²⁴

¹¹⁹ Declaró la exequibilidad de la versión inicial del numeral 10 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, que señalaba: *“Cuando en atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o recta impartición de justicia, la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche y la sanción disciplinarios.”* Cfr. numeral 9 del artículo 2 de la Ley 1312 de 2009.

¹²⁰ Declaró exequible la versión original de los numerales 4, 5, 6, 9, 11, 12 y 15 por los cargos estudiados; de la expresión *“En los casos previstos en los numerales 15 (...)”* contenida en el párrafo 1º por el cargo examinado; y del párrafo 3º del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 por los cargos valorados, salvó la expresión *“de acuerdo con lo dispuesto en el estatuto de Roma”*, que se declaró inexecutable.

¹²¹ Sentencia C-936 de 2010. Cfr. sentencia C-673 de 2005 y C-095 de 2007.

¹²² Sentencias C-095 de 2007, C-738 de 2008 y C-936 de 2010.

¹²³ Sentencia C-936 de 2010. Cfr. sentencia C-673 de 2005.

¹²⁴ Sentencia C-979 de 2005. En la sentencia C-095 de 2007 se sostuvo: *“Lo anterior obedece a la naturaleza misma del juicio que necesariamente debe hacer el funcionario, en este caso el fiscal, cuando evalúa la aplicabilidad de la ley a un caso concreto. En este momento se enfrenta a la comparación entre las circunstancias abstractamente previstas en la ley, y la situación que se presenta de facto. Aunque las previsiones abstractas de la ley se revistan de precisión y claridad, siempre será necesaria la labor de subsumir el caso concreto dentro de las previsiones generales contenidas en ella, es decir, llevar a cabo una operación mediante la cual el funcionario que la aplica considera si el caso particular responde o puede ser sometido a la norma general prevista en la ley. Ahora bien, aun cuando la norma legal sea clara y precisa en grado sumo, la infinita posibilidad de circunstancias que rodean las conductas humanas regulables resulta imposible de prever en fórmulas legales generales, impersonales y abstractas. Dicho de otro modo, la necesaria generalidad y abstracción de la ley, incluso cuando ella es clara y precisa en la descripción de las circunstancias en que es llamada a operar, exige lógicamente reconocer cierto grado de discrecionalidad al operador jurídico llamado a aplicarla.”*

5.5. **Otros límites a la potestad de configuración legislativa de las causales para la aplicación del principio de oportunidad** se derivan del mandato constitucional de *asegurar la vigencia de un orden justo* (preámbulo y art. 2º superior) y de los *compromisos internacionales en materia de acceso a la administración de justicia* para la defensa de los derechos humanos. Particularmente, el asegurar la efectividad de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las *víctimas* y del correlativo deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar la grave criminalidad.¹²⁵

La obligación de hacer compatible la aplicación del principio de oportunidad con el respeto de los derechos de las *víctimas* de las conductas delictivas se desprende del Acto Legislativo 03 de 2002,¹²⁶ al asignar al fiscal velar por la **protección de las víctimas** y solicitar al juez de control de garantías las medidas necesarias que aseguren **la protección de la comunidad**, en especial, de las víctimas de los delitos.¹²⁷ Ha dicho la Corte que los mandatos constitucionales y del derecho internacional de los derechos humanos tienen que “ser ponderados con los intereses estatales de racionalización de la persecución penal, que subyacen bajo la consagración constitucional del principio de oportunidad penal. Una interpretación sistemática de la Carta implica aceptar que la conciliación entre los principios de celeridad y eficacia en la administración de justicia no puede dejar de lado la protección de los derechos fundamentales, que obran simultáneamente como límites al diseño legal de las causales y también a la aplicación misma del principio de oportunidad.”¹²⁸

La relevancia de la intervención de **las víctimas** en la aplicación del principio de oportunidad (art. 250 superior),¹²⁹ ha sido ratificada por la Corte en las sentencias C-454 de 2006, C-095 de 2007, C-209 de 2007, C-210 de 2007, C-342 de 2007, C-738 de 2008, C-936 de 2010, entre otras.¹³⁰ En esta última decisión la Corte manifestó que a la hora de diseñar las causales de aplicación del principio de oportunidad penal, el legislador debe considerar que de la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos (art. 93 superior, bloque de constitucionalidad)¹³¹ emanan obligaciones en materia de protección de los

125 *Ibídem.*

¹²⁶ Artículo 250 de la Constitución: “[...] En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá: 1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial de las víctimas. [...] 6. Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito. 7. Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal, la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa. [...] Parágrafo 2. Adicionado por el Acto Legislativo 06 de 2011, artículo 2. Atendiendo la naturaleza del bien jurídico y la menor lesividad de la conducta punible, el legislador podrá asignarle el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación. En todo caso, la Fiscalía General de la Nación podrá actuar en forma preferente.”

¹²⁷ El artículo 328 de la Ley 906 de 2004 señala: “La participación de las víctimas. En la aplicación del principio de oportunidad el fiscal deberá tener en cuenta los intereses de las víctimas. Para estos efectos deberá oír a las que se hay hecho presentes en la actuación.”

128 *Ibíd.*

129 Artículo 250 de la Constitución: “[...] En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá: 1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial de las víctimas. [...] 6. Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito. 7. Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal, la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa. [...] Parágrafo 2. Adicionado por el Acto Legislativo 06 de 2011, artículo 2. Atendiendo la naturaleza del bien jurídico y la menor lesividad de la conducta punible, el legislador podrá asignarle el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación. En todo caso, la Fiscalía General de la Nación podrá actuar en forma preferente.”

¹³⁰ En otros ámbitos pueden consultarse las sentencias C-180 de 2014, C-579 de 2013, C-438 de 2013, C-280 de 2013, C-099 de 2013, C-052 de 2012, C-771 de 2011, C-871 de 2003, entre otras.

¹³¹ La sentencia C-210 de 2007 sostuvo: “El derecho constitucional a la reparación integral de las víctimas no sólo tiene fundamento expreso en los artículos 1º, 2º y 250 de la Constitución, sino también en varias normas del derecho internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad. Dijo la Corte que la petición de reparación del daño causado surge: i) del concepto mismo de dignidad humana que busca restablecer a las víctimas las condiciones anteriores al hecho ilícito (artículo 1º superior), ii) del deber de las autoridades públicas de proteger la vida, honra y

derechos de las víctimas de los delitos, los cuales tienen que ser ponderados con los intereses estatales de racionalización de la persecución penal, que subyacen bajo la consagración constitucional del principio de oportunidad penal. La Corte ha establecido una doctrina que abandona una concepción reductora de los derechos de las víctimas fundada en el resarcimiento económico, para destacar que las víctimas con el delito tienen un derecho efectivo al proceso y a participar en él para reivindicar también, de manera prevalente, sus derechos a la verdad y a la justicia. El alcance de los derechos de las víctimas, ha sido sistematizado por la jurisprudencia constitucional (C-936/10).¹³²

La jurisprudencia constitucional ha incorporado en el orden interno los estándares internacionales establecidos en los sistemas de protección de derechos humanos, respecto de los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos y graves infracciones al derecho internacional humanitario, extendiendo sus contenidos a las víctimas de los delitos en general. En la sentencia C-209 de 2007 se dijo que los derechos de la víctima del delito a la verdad, la justicia y la reparación integral se encuentran garantizados en el sistema penal con tendencia acusatoria instaurado por la Ley 906 de 2004, pero dicha protección “no implica un traslado automático de todas las formas y esquemas de intervención en los que la víctima ejerció sus derechos en el anterior sistema procesal penal regulado por la Ley 600 de 2000, sino que el ejercicio de sus derechos deberá hacerse de manera compatible con los rasgos estructurales y las características esenciales de este nuevo sistema procesal, así como con las definiciones que el propio Constituyente adoptó al respecto, *v.gr.*, caracterizar a las víctimas como intervinientes especiales

bienes de los residentes y de garantizar la plena efectividad de sus derechos (artículo 2º de la Carta), iii) del principio de participación e intervención en las decisiones que los afectan (artículo 2º de la Constitución), iv) de la consagración expresa del deber estatal de protección, asistencia, reparación integral y restablecimiento de los derechos de las víctimas (artículo 250, numerales 6º y 7º, idem) y, v) del derecho de acceso a los tribunales para hacer valer los derechos, mediante los recursos ágiles y efectivos (artículos 229 de la Constitución, 18 de la Declaración Americana de Derechos del Hombre, 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos.”

¹³² **“El derecho a la verdad.** El conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad (principios 1º a 4) incorporan en este derecho las siguientes garantías: (i) el derecho inalienable a la verdad; (ii) el deber de recordar; (iii) el derecho de las víctimas a saber. El primero, comporta el derecho de cada pueblo a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos y las circunstancias que llevaron a la perpetración de los crímenes. El segundo, consiste en el conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión como parte de su patrimonio, y por ello se deben adoptar medidas adecuadas en aras del deber de recordar que incumbe al estado. Y el tercero, determina que, independientemente de las acciones que las víctimas, así como sus familiares o allegados puedan entablar ante la justicia, tiene el derecho imprescriptible a conocer la verdad, acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones, y en caso de fallecimiento o desaparición acerca de la suerte que corrió la víctima. El derecho a la verdad presenta así una dimensión colectiva cuyo fin es “preservar del olvido a la memoria colectiva”, y una dimensión individual cuya efectividad se realiza fundamentalmente en el ámbito judicial, a través del derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corte. Proyectando estos principios en el ámbito nacional, la jurisprudencia constitucional ha determinado que el derecho de acceder a la verdad, implica que las personas tienen derecho a conocer qué fue lo que realmente sucedió en su caso. La dignidad humana de una persona se ve afectada si se le priva de información que es vital para ella. El acceso a la verdad aparece así íntimamente ligado al respeto de la dignidad humana, a la memoria y a la imagen de la víctima. **El derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad.** Este derecho incorpora una serie de garantías para las víctimas de los delitos que se derivan de unos correlativos deberes para las autoridades, que pueden sistematizarse así: (i) el deber del Estado de investigar y sancionar adecuadamente a los autores y partícipes de los delitos; (ii) el derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo; (iii) el deber de respetar en todos los juicios las reglas del debido proceso. La jurisprudencia constitucional ha señalado que el derecho de acceso a la justicia, tiene como uno de sus componentes naturales el derecho a que se haga justicia. Este derecho involucra un verdadero derecho constitucional al proceso penal, y el derecho a participar en el proceso penal, por cuanto el derecho al proceso en el estado democrático debe ser eminentemente participativo. Esta participación se expresa en “que los familiares de la persona fallecida y sus representantes legales serán informados de las audiencias que se celebren, a las que tendrán acceso, así como a toda información pertinente a la investigación y tendrán derecho a presentar otras pruebas” **El derecho a la reparación integral del daño que se ha ocasionado a la víctima o a los perjudicados con el delito.** El derecho de reparación, conforme al derecho internacional contemporáneo también presenta una dimensión individual y otra colectiva. Desde su dimensión individual abarca todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima, y comprende la adopción de medidas individuales relativas al derecho de (i) restitución, (ii) indemnización, (iii) rehabilitación, (iv) satisfacción y (v) garantía de no repetición. En su dimensión colectiva, involucra medidas de satisfacción de alcance general como la adopción de medidas encaminadas a restaurar, indemnizar o readaptar los derechos de las colectividades o comunidades directamente afectadas por las violaciones ocurridas. La integralidad de la reparación comporta la adopción de todas las medidas necesarias tendientes a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas, y a devolver a la víctima al estado en que se encontraba antes de la violación.” Sentencia C-454 de 2006.

a lo largo del proceso penal, no supeditadas al fiscal, sino en los términos que autónomamente fije el legislador (art. 250, numeral 7 C.P.).”

5.6. **La aplicación del principio de oportunidad exige la intervención del juez de control de garantías para ejercer el control de legalidad** (art. 250 superior), como expresión del carácter reglado, que será obligatorio y automático, y se realizará en audiencia especial en la que la víctima y el Ministerio Público podrán controvertir la prueba aducida por la Fiscalía General para sustentar la decisión.¹³³ Bajo una interpretación sistemática del Acto Legislativo 03 de 2002 ha colegido la Corte que el constituyente derivado previó la existencia del control judicial por parte del juez de garantías en i) todos aquellos casos en que aparezca la necesidad de asegurar la protección de los derechos fundamentales y ii) en cualquiera de las tres formas de operatividad del principio de oportunidad, esto es, para interrumpir, suspender o terminar la persecución.¹³⁴

La sentencia C-979 de 2005 declaró la inexecutable de una expresión contenida en la versión original del artículo 327 de la Ley 906 de 2004,¹³⁵ toda vez que restringía el control de legalidad por parte del juez de garantías solamente a la renuncia cuando la Constitución prevé su operatividad en *todos* los eventos como lo son también la interrupción y la suspensión.¹³⁶ No debe desconocerse que el control que ejerce el juez de garantías sobre la aplicación del principio de oportunidad, independientemente de sus consecuencias provisionales, precarias o definitivas -interrupción, suspensión y renuncia-, **debe encaminarse no solamente a emitir un dictamen de adecuación a la ley de la causal aplicada, sino que debe extenderse al control material sobre las garantías constitucionales del imputado o acusado.**¹³⁷ La decisión que prescinda de la persecución extinguirá la acción penal, respecto del autor o participe en cuyo favor se decida.¹³⁸ En la sentencia C-979 de 2005 se avaló la constitucionalidad del artículo 330 de la Ley 906 de 2004¹³⁹ que contempla como deber del Fiscal General expedir un reglamento que determine de manera general el procedimiento interno de la entidad para asegurar que la aplicación del principio de oportunidad cumpla sus finalidades y se ajuste a la ley y a la Constitución, debiendo desarrollar el plan de política criminal del Estado.¹⁴⁰

¹³³ El artículo 327 de la Ley 906 de 2004 expresa: “Control judicial en la aplicación del principio de oportunidad. El juez de control de garantías deberá efectuar el control de legalidad de las solicitudes individuales o colectivas respectivas dentro de los cinco (5) días siguientes a la determinación de la fiscalía de dar aplicación al principio de oportunidad. Dicho control será obligatorio y automático y se realizará en audiencia especial en la que la víctima y el Ministerio Público podrán controvertir la prueba aducida por la Fiscalía General de la Nación para sustentar la decisión. El juez resolverá de plano. La aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados o acusados y la fiscalía, no podrá comprometer la presunción de inocencia y solo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad.”

¹³⁴ Sentencia C-095 de 2007.

¹³⁵ “El juez de control de garantías deberá efectuar el control de legalidad respectivo, dentro de los cinco (5) días siguientes a la determinación de la Fiscalía de dar aplicación al principio de oportunidad, siempre que con esta se extinga la acción penal”.

¹³⁶ Dijo la Corte: “Tal expresión, en cuanto reduce el principio de oportunidad a uno solo (la renuncia), de los tres supuestos procesales (renuncia, interrupción y suspensión) a través de los cuales actúa, desconoce las reglas jurisprudenciales trazadas por esta Corte en el sentido que la oportunidad reglada opera a través de la renuncia, la suspensión y la interrupción de la acción penal. Adicionalmente, las consecuencias que se derivan de la expresión demandada, en cuanto restringen el ámbito del control judicial sobre el principio de oportunidad, son extrañas a los antecedentes legislativos de la reforma constitucional que demarcan una clara preocupación del constituyente secundario de rodear la aplicación del principio de oportunidad de controles judiciales que lo preservaran de eventuales desequilibrios en que se pudiera incurrir en su aplicación. Finalmente, despojar de control jurisdiccional las decisiones de la Fiscalía, que como la suspensión del procedimiento a prueba, comporta afectación de derechos fundamentales, vulnera la primacía y garantía de protección que a estos valores confiere el orden constitucional (arts. 2° y 5°), así como el derecho a acceder a la administración de justicia en condiciones de igualdad (arts. 13 y 228), por que se crearía la posibilidad que unas decisiones que afectan derechos fundamentales estuviesen amparadas por el control judicial, en tanto que otras que involucran la misma situación estuviesen sustraídas de tal control.”

¹³⁷ Sentencia C-979 de 2005.

¹³⁸ El artículo 329 de la Ley 906 de 2004 señala: “Efectos de la aplicación del principio de oportunidad. La decisión que prescinda de la persecución extinguirá la acción penal respecto del autor o participe en cuyo favor se decida, salvo que la causal que la fundamente se base en la falta de interés del Estado en la persecución del hecho, evento en el cual las consecuencias de la aplicación del principio se extenderán a los demás autores o partícipes en la conducta punible, a menos que la ley exija la reparación integral a las víctimas.”

¹³⁹ Se limitó el pronunciamiento a los cargos examinados.

¹⁴⁰ Expuso el Tribunal Constitucional: “los deberes de reglamentación, general e interna, que las normas acusadas imponen al Fiscal General de la Nación en materia de aplicación del principio de oportunidad y funcionamiento de la

(...)

9.2. El Acto Legislativo 03 de 2002, modificatorio, entre otros, de los artículos 250 y 251 superiores, reformó la estructura básica del proceso penal en Colombia, al pasar de un modelo mixto de preferencia inquisitiva a un sistema de tendencia acusatoria. Encargó a la fiscalía adelantar el ejercicio de la acción penal como realizar la investigación de los hechos que *revistan las características de un delito* que lleguen a su conocimiento, siempre y cuando *medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indique la posible existencia del mismo*. De igual modo, estableció que no podrá suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del *principio de oportunidad* que estará sometido al control de legalidad que ejerza el *juez de control de garantías*. También dio un papel preponderante a *las víctimas* en orden a la intervención y protección de sus derechos, además de entregar a la ley el fijar los mecanismos de *justicia restaurativa*.

En esa medida, el proceso penal se inicia desde que la fiscalía tiene información de la *notitia criminis*, que puede llegar a su conocimiento por denuncia, querella o de oficio, petición especial o cualquier otro medio, la cual debe acompañarse de los presupuestos mínimos que permitan determinar si hay lugar o no a la acción penal, que de no allegarse requiere una actuación preliminar denominada indagación, buscando definir si el hecho delictivo se cometió, cómo ocurrió y quiénes participaron en su realización.¹⁴¹ La fiscalía está obligada a adelantar la acción penal y realizar la investigación de los hechos que tengan la tipología de un delito, siempre que tercien suficientes motivaciones y situaciones fácticas que permitan advertir la existencia del mismo. Por tanto, el hecho punible ha de revestir de las características de *tipicidad*,¹⁴² *antijuridicidad*¹⁴³ y *culpabilidad*.¹⁴⁴

El principio de oportunidad como *excepción a la regla general* que recae sobre la fiscalía de adelantar la acción penal y realizar la investigación de los hechos que tengan las características de un delito, tiene entre sus *finalidades* racionalizar la actividad investigativa del Estado, hacer más eficiente la administración de justicia penal, responder proporcionalmente a los hechos que afectan la estabilidad jurídica, reparar integral y oportunamente a las víctimas, brindar oportunidades reales de inserción social del procesado, revelar la baja significación social de ciertos delitos, desarticular organizaciones criminales, atender la culpabilidad disminuida, adelantar el proceso penal en un tiempo razonable. Es una figura *reglada* correspondiendo al legislador señalar las causales y condiciones específicas de aplicación, que deben resultar compatibles con la Constitución, particularmente con la vigencia de un orden justo y el principio de legalidad.

9.3. La Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, vino a desarrollar este nuevo modelo procesal penal. Ha sido modificada, entre otras, por la *Ley 1312 de 2009*, que amplió las posibilidades procesales de aplicación del principio de oportunidad al extenderlo a la etapa del juicio, desarrollando el principio de colaboración con la justicia y estableciendo con mayor fuerza formas alternativas de satisfacción de intereses colectivos, lo cual vino a reflejarse en el aumento de las causales (art. 324), su presentación igualmente por el acusado antes de la

justicia restaurativa, encuentran pleno respaldo en la Carta como medios de promover valores en ella establecidos como el principio de competencia preferente, el principio de unidad de gestión y jerarquía (Art. 251.3 CP), el principio de igualdad en su expresión de igualdad de trato ante la ley (Art.13 CP), y el deber de promoción y protección de los derechos de las víctimas que el orden jurídico radica en el Fiscal y sus agentes. Los poderes de reglamentación que se asignan al Fiscal General de la Nación, se insertan en la autonomía administrativa y presupuestal que la Carta (art.249 C.P.) reconoce a la Fiscalía. Sin embargo tal autonomía no es absoluta, en tanto que encuentra límites claros en la Constitución y la ley. En ejercicio de esa facultad el Fiscal General no puede nunca desconocer el ámbito que le demarcan la Constitución y la ley, ni puede invadir la cláusula general de reserva legal. De tal manera que los poderes de reglamentación de este funcionario deben tener siempre un referente normativo en la ley y estar sometidos a los controles judiciales propios de los actos administrativos."

¹⁴¹ Artículo 200, Ley 906 de 2004. Sentencia C-025 de 2009.

¹⁴² La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal (art. 10, Ley 599/00).

¹⁴³ Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal (art. 11, Ley 599/00).

¹⁴⁴ Solo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva (art. 12, Ley 599/00).

audiencia de juzgamiento (art. 325), la extensión de las condiciones durante el periodo de prueba (art. 326), entre otras.

9.4. La protección especial de las *víctimas* en la aplicación del principio de oportunidad (art. 250 superior) ha sido ratificada por este Tribunal en varias sentencias.¹⁴⁵ En tal sentido ha entendido que los derechos de las víctimas incorporan el derecho a la verdad, a que se haga justicia en el caso concreto y a la reparación integral del daño que se ha ocasionado a la víctima o a los perjudicados con el delito. Así mismo, su intervención debe hacerse compatible con el sistema penal de tendencia acusatoria establecido por el Acto Legislativo 03 de 2002 y sujeto a regulación legal.¹⁴⁶

En la sentencia C-209 de 2007 la Corte declaró la inexequibilidad de la expresión “*y contra esa determinación no cabe recurso alguno*”, empleada en la versión original del artículo 327 de la Ley 906 de 2004,¹⁴⁷ hoy modificada por la Ley 1312 de 2009 (art. 5º) que ya no registra, al considerar la Corte que por la trascendencia que tiene la aplicación del principio de oportunidad en los derechos de las víctimas del delito “impedir que éstas puedan impugnar la renuncia del Estado a la persecución penal, sí deja desprotegidos sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación integral. Si bien la satisfacción de los derechos de la víctima no sólo se logra a través de una condena, la efectividad de esos derechos sí depende de que la víctima tenga la oportunidad de impugnar las decisiones fundamentales que afectan sus derechos.¹⁴⁸ Por tanto, impedir la impugnación de la decisión del juez de garantías en este evento resulta incompatible con la Constitución.”

9.5. El artículo 323 de la Ley 906 de 2004¹⁴⁹ señaló que la Fiscalía General, en la investigación o en el juicio, hasta antes de la audiencia de juzgamiento, podrá suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, en los casos previstos en el Código de Procedimiento Penal. Por su parte, el artículo 324 instituyó entre los *casos de aplicación del principio de oportunidad* los delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo máximo no exceda de seis años o con pena principal de multa (num. 1); previendo en los casos de delitos con pena privativa de la libertad cuyo límite máximo exceda de seis años de prisión, la aplicación de este principio por el Fiscal General (parág. 1); y su no aplicación en investigaciones o acusaciones por hechos constitutivos de graves infracciones al derecho internacional humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio, ni cuando tratando de conductas dolosas la víctima sea un menor de dieciocho años (parág. 2). Así mismo, se contempló su aplicación cuando proceda la *suspensión del procedimiento a prueba* en el marco de la justicia restaurativa y como consecuencia de este se cumpla con las condiciones impuestas (num. 7).

Ha dicho esta Corporación que la aplicación por *el fiscal* del principio de oportunidad en los casos establecidos por el legislador implica un ejercicio de “discrecionalidad reglada” que le impone no solamente una evaluación acerca de las causales legales de operatividad, sino que debe determinar si lo que procede es la interrupción, la suspensión o la renuncia, debiendo constatar a la vez el respeto

¹⁴⁵ En la sentencia C-738 de 2008 la Corte manifestó que la aplicación del principio de oportunidad no obstaculiza la realización del derecho de reparación de las víctimas.

¹⁴⁶ El artículo 328 de la Ley 906 de 2004 señala: “*La participación de las víctimas. En la aplicación del principio de oportunidad el fiscal deberá tener en cuenta los intereses de las víctimas. Para estos efectos deberá oír a las que se hayan hecho presentes en la actuación.*”

¹⁴⁷ *Control judicial en la aplicación del principio de oportunidad.* El juez de control de garantías deberá efectuar el control de legalidad respectivo, dentro de los cinco (5) días siguientes a la determinación de la Fiscalía de dar aplicación al principio de oportunidad, siempre que con esta se extinga la acción penal. Dicho control será obligatorio y automático y se realizará en audiencia especial en la que la víctima y el Ministerio Público podrán controvertir la prueba aducida por la Fiscalía General de la Nación para sustentar la decisión. El juez resolverá de plano **y contra esta determinación no procede recurso alguno**. La aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados y la Fiscalía, no podrán comprometer la presunción de inocencia y solo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad.

¹⁴⁸ Numerales 6 y 7, art. 250 CP, y literales f y g del artículo 11 de la Ley 906 de 2004.

¹⁴⁹ Modificado por el artículo 1º de la Ley 1312 de 2009. Además señala: “*El principio de oportunidad es la facultad constitucional que le permite a la Fiscalía General de la Nación, no obstante que existe fundamento para adelantar la persecución penal, suspenderá, interrumpirla o renunciar a ella, por razones de política criminal, según las causales taxativamente fijadas en la ley, con sujeción a la reglamentación expedida por el Fiscal General de la Nación y sometida al control de legales ante el juez de garantías.*”

por las garantías del investigado.¹⁵⁰ En la sentencia C-095 de 2007 se dijo que ante la generalidad y abstracción de la ley, incluso cuando ella es clara y precisa en la descripción de las circunstancias en que es llamada a operar, exige lógicamente reconocer cierto grado de discrecionalidad al operador jurídico llamado a aplicarla.¹⁵¹ Adicionalmente, el Fiscal General goza de un poder de reglamentación general e interna para asegurar la aplicación del principio de oportunidad y funcionamiento de la justicia restaurativa, lo cual debe estar conforme a la ley y la Constitución, además estar sometido a los controles judiciales propios de los actos administrativos.¹⁵²

9.6. El artículo 327 de la Ley 906 de 2004¹⁵³ señala que la aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados o acusados y la fiscalía, no comprometen la presunción de inocencia y *solo procederá si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad*.¹⁵⁴ Ello ha permitido advertir por la Corte que la aplicación de las causales de aplicación del principio de oportunidad “*exige un principio de verdad*”, ya que deben existir elementos de juicio fácticos que conduzcan a inferencias razonables sobre la realización de la conducta, su adecuación típica y la participación del investigado en la misma, con el fin de que el fiscal sopesa la pertinencia de aplicar el principio de oportunidad y el juez pueda ejercer control efectivo sobre tal determinación, lo cual será posible “*a partir de una mínima acreditación de la ocurrencia de un hecho que debe estar previamente definido en la ley.*”¹⁵⁵

9.7. El juez de control de garantías efectúa el control de legalidad de las solicitudes individuales o colectivas dentro de los cinco días siguientes a la determinación de la fiscalía de dar aplicación al principio de oportunidad, que será obligatorio y automático, realizándose en audiencia especial en que la *víctima* y el *Ministerio Público* podrán controvertir la prueba aducida por la fiscalía para sustentar la decisión (art. 327, Ley 906 de 2004).¹⁵⁶ La Corte en la sentencia C-210 de 2007 señaló que esta presencia “*supone la participación activa y la preservación de los intereses de la víctima*”, además su intervención como del Ministerio Público en la aplicación del principio de oportunidad “*no queda limitada al análisis fáctico, sino que supone una evaluación formal y material de este instrumento de extinción de la acción penal.*”

La Corte al examinar la versión inicial de esta disposición¹⁵⁷ en la sentencia C-979 de 2005 señaló que el control de legalidad compromete todos los eventos de aplicación del principio de oportunidad, esto es, la interrupción, la suspensión y la renuncia, como en efecto la nueva Ley 1312 de 2009 que modificó tal disposición ya no distingue, además de señalar que el control efectuado por el juez de garantías debe dirigirse no solamente a proferir un dictamen de adecuación a la ley de la causal aplicada, “*sino que debe extenderse al control material sobre las garantías*

¹⁵⁰ Sentencia C-979 de 2005.

¹⁵¹ “El legislador puede fijar limitaciones que implican que en el momento de aplicación de la ley el funcionario vea restringidas sus facultades valorativas. No obstante, tales facultades de valoración deben ser reconocidas en algún grado a los operadores jurídicos. Lo anterior obedece a la naturaleza misma del juicio que necesariamente debe hacer el funcionario, en este caso el fiscal, cuando evalúa la aplicabilidad de la ley a un caso concreto. En este momento se enfrenta a la comparación entre las circunstancias abstractamente previstas en la ley y la situación que se presenta de facto. Aunque las previsiones abstractas de la ley se revistan de precisión y claridad, siempre será necesaria la labor de subsumir el caso concreto dentro de las previsiones generales contenidas en ella, es decir, llevar a cabo una operación mediante la cual el funcionario que la aplica considera si el caso particular responde o puede ser sometido a la norma general prevista en la ley. La infinita posibilidad de circunstancias que rodean las conductas humanas regulables resulta imposible de prever en fórmulas legales generales, impersonales y abstractas.” Sentencia C-095 de 2007.

¹⁵² En la sentencia C-979 de 2005, la Corte declaró la exequibilidad, por los cargos examinados, del artículo 330 de la Ley 906 de 2004 que alude al reglamento que debe expedir la Fiscalía General de la Nación que habrá de desarrollar el plan de política criminal del Estado.

¹⁵³ Modificado por el artículo 5º de la Ley 1312 de 2009.

¹⁵⁴ El artículo 250 de la Constitución señala: “La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo.”

¹⁵⁵ Sentencia C-979 de 2005. Cfr. sentencia C-209 de 2007.

¹⁵⁶ Como se dijo, modificado por el artículo 5º de la Ley 1312 de 2009.

¹⁵⁷ Decía: “El juez de control de garantías deberá efectuar el control de legalidad respectivo, dentro de los cinco (5) días siguientes a la determinación de la Fiscalía de dar aplicación al principio de oportunidad, **siempre que con esta se extinga la acción penal.**” Parte resaltada declarada inexecutable.

constitucionales del imputado” o acusado. Finalmente, la decisión que prescinda de la persecución extinguirá la acción penal respecto del autor o participe en cuyo favor se decida.¹⁵⁸

9.8. Siendo uno de los casos para la aplicación del principio de oportunidad cuando proceda la “*suspensión del procedimiento a prueba*” en el marco de la justicia restaurativa, los artículos 325 y 326 de la Ley 906 de 2004¹⁵⁹ vinieron a establecer el trámite y condiciones a cumplir.

En la búsqueda de mecanismos que reduzcan la violencia punitiva estatal en orden a proveer medidas diferentes al enjuiciamiento penal tradicional, al pronunciamiento de una sentencia condenatoria y a la privación obligada de la libertad como herramientas recurrentes ante el delito, para la resolución eficaz de conflictos en que acoja mayor importancia la intervención de la voluntad de los protagonistas inscrita en una política criminal restaurativa, algunas legislaciones admiten que se detenga el ejercicio de la acción penal en favor del investigado por la comisión de un ilícito, quien se somete durante un plazo a una prueba en la cual debe cumplir satisfactoriamente con determinadas obligaciones, a cuyo término satisfactorio se declarará extinguida la acción penal. Hoy se presenta un significativo auge de nuevos enfoques que se asientan en la introducción de una perspectiva *restauradora*, como mecanismo alternativo de solución de conflictos,¹⁶⁰ rescatando la importancia que tiene para la sociedad el reconstruir las relaciones entre víctima (satisfacción de sus intereses: verdad, justicia y reparación integral) y victimario (enfrentarse a sus propios actos y reintegración), su manejo dentro del imperio de la ley y la Constitución, y la supervisión por parte del Estado, en la obtención del mayor grado de subsanación posible del daño y la consecución de la paz social.

9.9. De ahí que el artículo 325 de la Ley 906 de 2004 expone que el *imputado o acusado*, hasta antes de la audiencia de juzgamiento, podrá *solicitar* la suspensión del procedimiento a prueba, de la misma forma en que lo que pueden hacer las personas simplemente imputadas, mediante solicitud oral en la que *manifiesten* i) *un plan de reparación del daño* y ii) *las condiciones que estaría dispuesto a cumplir*. El plan podrá consistir i) en la mediación con las víctimas, en los casos en que esta sea procedente, ii) la reparación integral de los daños causados a las víctimas o iii) la reparación simbólica, en forma inmediata o a plazos, en el marco de la justicia restaurativa. Presentada la solicitud, individual o colectiva, el fiscal *consultará a la víctima* y resolverá de inmediato mediante decisión que *fijará las condiciones* bajo las cuales se suspende el procedimiento, y *aprobará o modificará el plan de reparación* propuesto por el imputado, conforme a los principios de *justicia restaurativa*. Si el procedimiento se reanuda con posterioridad, la admisión de los hechos por parte del imputado no se podrá utilizar como prueba de culpabilidad. El fiscal podrá suspender el procedimiento a prueba cuando para el cumplimiento de la finalidad del principio de oportunidad estime conveniente hacerlo antes de decidir sobre la eventual renuncia al ejercicio de la acción penal.

9.10. Por su parte, el artículo 326, *ejusdem*, estipuló las condiciones a cumplir durante el periodo de prueba. Estableció que el fiscal fijará el periodo de prueba que no podrá ser superior a tres (3) años y determinará una o varias de las condiciones que deberán cumplir el imputado o acusado hasta antes de la audiencia de juzgamiento, entre las siguientes:

- a) Residir en un lugar determinado e informar al fiscal del conocimiento cualquier cambio del mismo.
- b) *Participar en programas especiales de tratamiento con el fin de superar problemas de dependencia a drogas o bebidas alcohólicas.*
- c) Prestar servicios a favor de instituciones que se dediquen al trabajo social a favor de la comunidad.
- d) *Someterse a un tratamiento médico o psicológico.*

¹⁵⁸ Así lo establece el artículo 329 de la Ley 906 de 2004, que además señala: “*salvo que la causal que la fundamente se base en la falta de interés del Estado en la persecución del hecho, evento en el cual las consecuencias de la aplicación del principio se extenderán a los demás autores o partícipes en la conducta punible, a menos que la ley exija la reparación integral a las víctimas.*”

¹⁵⁹ Modificados por los artículos 3º y 4º de la Ley 1312 de 2009.

¹⁶⁰ Los artículos 518 a 521 de la Ley 906 de 2004 contienen disposiciones generales sobre justicia restaurativa.

- e) No poseer o portar armas de fuego.
- f) No conducir vehículos automotores, naves o aeronaves.
- g) La reparación integral a las víctimas, de conformidad con los mecanismos establecidos en la ley.
- h) La realización de actividades a favor de la recuperación de las víctimas.
- i) La colaboración activa y efectiva en el tratamiento psicológico para la recuperación de las víctimas, siempre y cuando medie su consentimiento.
- j) La manifestación pública de arrepentimiento por el hecho que se le imputa.
- k) La obligación de observar buena conducta individual, familiar y social.
- l) La dejación efectiva de las armas y la manifestación expresa de no participar en actos delictuales.
- m) La cooperación activa y efectiva para evitar la continuidad en la ejecución del delito, la comisión de otros delitos y la desarticulación de bandas criminales, redes de narcotráfico, grupos al margen de la ley, o, aquellas organizaciones vinculadas con los delitos a los que hace referencia el parágrafo 2o del artículo 324.

Durante el periodo de prueba el imputado o acusado hasta antes de la audiencia deberá someterse a la vigilancia que el fiscal determine sin menoscabo de su dignidad. Vencido el periodo de prueba y verificado el cumplimiento de las condiciones, el fiscal solicitará el archivo definitivo de la actuación.

9.11. De manera que esta modalidad de ejercicio del principio de oportunidad es una *prerrogativa* que se otorga al imputado o acusado, hasta antes de la audiencia de juzgamiento, para *solicitar* al fiscal la suspensión de la actuación por un periodo de prueba que no podrá ser superior a tres (3) años, acompañada del *ofrecimiento* de un plan de reparación integral del daño y las condiciones dispuestas a cumplir. Es un espacio para la aplicación de mecanismos de justicia restaurativa.¹⁶¹ En esta medida, *el plan* podrá consistir en la mediación con las víctimas, la reparación integral de los daños causados a las víctimas o la reparación simbólica. *Las condiciones* están previstas en la ley.

Ante esta proposición el fiscal consultará a la víctima. Recuérdese que por programa de justicia restaurativa debe entenderse todo proceso en el que la *víctima y el imputado o acusado participan conjuntamente de forma activa* en la resolución de cuestiones derivadas del delito.¹⁶² El fiscal está facultado para aprobar o modificar el plan de reparación propuesto por el imputado o acusado, y consultará a la víctima conforme a los principios de justicia restaurativa establecidos en el Código de Procedimiento Penal. El artículo 519 de la Ley 906 de 2004, establece dichos y reglas que parten del i) *consentimiento libre y voluntario* del imputado o acusado y la víctima del someter el conflicto a un mecanismo restaurativo, ii) los acuerdos deben contener *obligaciones razonables y proporcionadas* con el daño ocasionado por el delito, iii) la participación del imputado o acusado *no se utilizará como prueba de admisión de culpabilidad* en los procedimientos jurídicos ulteriores¹⁶³ y iv) el incumplimiento de un acuerdo no debe utilizarse como fundamento para una condena o la agravación de la pena.

9.12. El fiscal al fijar el periodo de prueba determinará una o varias de las condiciones bajo las cuales se suspende el procedimiento. Tales medidas (13 en total) involucran indefectiblemente restricciones a libertades y derechos fundamentales como la libertad personal (art. 28 superior),¹⁶⁴ la libertad de locomoción (art. 24 superior),¹⁶⁵ la autonomía individual (art. 16 superior),¹⁶⁶ además de hacer exigibles deberes como el de colaboración para el buen

¹⁶¹ El artículo 521 de la Ley 906 de 2004 instituye como mecanismos de justicia restaurativa la conciliación preprocesal, la conciliación en el incidente de reparación integral y la mediación.

¹⁶² Artículo 518 de la Ley 906 de 2004.

¹⁶³ El artículo 325 de la Ley 906 de 2004 indica que “*Si el procedimiento se reanuda con posterioridad, la admisión de los hechos por parte del imputado no se podrá utilizar como prueba de culpabilidad.*” El inciso final del artículo 327 de la Ley 906 de 2004 señala: “*La aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados o acusados y la fiscalía, no podrá comprometer la presunción de inocencia [...].*”

¹⁶⁴ Ej. literal a). Residir en un lugar determinado e informar al fiscal del conocimiento cualquier cambio del mismo.

¹⁶⁵ Ej. literal f). No conducir vehículos automotores, naves o aeronaves.

¹⁶⁶ Ej. literales b), c), d), j), k). Participar en programas especiales de tratamiento con el fin de superar problemas de dependencia a drogas o bebidas alcohólicas. Prestar servicios a favor de instituciones que se dediquen al trabajo social a favor de la comunidad. Someterse a un tratamiento médico o psicológico. La manifestación pública de arrepentimiento por el hecho que se le imputa. La obligación de observar buena conducta individual, familiar o social.

funcionamiento de la administración de justicia (art. 95.7 superior).¹⁶⁷ De igual forma, varias de estas condiciones tienen alcance similar de algunas medidas de aseguramiento no privativas de la libertad (art. 307.B, Ley 906 de 2004),¹⁶⁸ penas privativas de otros derechos (art. 43, Ley 599 de 2000)¹⁶⁹ y medidas de seguridad (art. 69, Ley 599 de 2000).¹⁷⁰

Justamente cuestionan los accionantes que las condiciones establecidas por el fiscal al imputado o acusado consistentes en b) participar en programas especiales de tratamiento con el fin de superar problemas de dependencia a drogas o bebidas alcohólicas y d) someterse a un tratamiento médico o psicológico, durante la suspensión del procedimiento a prueba para ser beneficiario del principio de oportunidad, resultan contrarios al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana al implicar obligaciones que solo atañen a la persona en su fuero interno e involucrar viejas escuelas positivistas correccionalistas hoy abolidas. Incluso sostienen que aunque se llegare a un acuerdo con el fiscal, no podría sujetársele a tratamiento alguno por tener los derechos fundamentales el carácter de irrenunciables.”

(Negrillas, subrayas y color rojo de la fuente no son originales del texto citado)

Nótese entonces, que el principio de oportunidad, en los eventos que resultare aplicable, que a criterio de esta instancia no lo es, pues no se satisface el quantum de la pena y además resulta inviable tratándose de una víctima menor de edad, tal y como lo consideró la primera instancia, no atendió los intereses superiores de la menor víctima, además que no se cuenta con el concepto de la Defensoría de Familia, tal y como lo demandan las normas y lineamientos aplicables, no se le tuvo en cuenta, razones que son más que suficientes para negar la solicitud, tal y como acertadamente lo decidió la primera instancia.

Por otro lado, y conforme a los anteriores criterios, sea lo primero tener claro que es deber de la autoridad judicial el proteger los derechos

¹⁶⁷ Ej. literal m).

¹⁶⁸ “Son medidas de aseguramiento: [...] B. No privativas de la libertad: 1. La obligación de someterse a un mecanismo de vigilancia electrónica. 2. La obligación de someterse a la vigilancia de una persona o institución determinada. 3. La obligación de presentarse periódicamente o cuando sea requerido ante el juez o ante la autoridad que él designe. 4. La obligación de observar buena conducta individual, familiar y social, con especificación de la misma y su relación con el hecho. 5. La prohibición de salir del país, del lugar en el cual reside o del ámbito territorial que fije el juez. 6. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares. 7. La prohibición de comunicarse con determinadas personas o con las víctimas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa. 8. La prestación de una caución real adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda* o hipoteca, entrega de bienes o la fianza de una o más personas idóneas. 9. La prohibición de salir del lugar de habitación entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m. El juez podrá imponer una o varias de estas medidas de aseguramiento, conjunta o indistintamente, según el caso, adoptando las precauciones necesarias para asegurar su cumplimiento. Si se tratare de una persona de notoria insolvencia, no podrá el juez imponer caución prendaria.”

¹⁶⁹ “Son penas privativas de otros derechos: 1. La inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. 2. La pérdida del empleo o cargo público. 3. La inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio. 4. La inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela y curaduría. 5. La privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas. 6. La privación del derecho a la tenencia y porte de arma. 7. La privación del derecho a residir en determinados lugares o de acudir a ellos. 8. La prohibición de consumir bebidas alcohólicas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas. 9. La expulsión del territorio nacional para los extranjeros. 10. Numeral adicionado por el artículo 24 de la Ley 1257 de 2008. El nuevo texto es el siguiente: La prohibición de aproximarse a la víctima y/o a integrantes de su grupo familiar. 11. Numeral adicionado por el artículo 24 de la Ley 1257 de 2008. El nuevo texto es el siguiente: La prohibición de comunicarse con la víctima y/o con integrantes de su grupo familiar. PARÁGRAFO. Parágrafo adicionado por el artículo 24 de la Ley 1257 de 2008. El nuevo texto es el siguiente: Para efectos de este artículo Numerales 10 y 11 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.”

¹⁷⁰ “Son medidas de seguridad: 1. La internación en establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada. 2. La internación en casa de estudio o trabajo. 3. La libertad vigilada.”

fundamentales y en este caso dar protección especial a la mujer y los menores, considera esta instancia que lo considerado por el señor Juez Sexto Penal Municipal Con Función de Control de Garantías de Bucaramanga Descentralizado en Floridablanca, aunque en la decisión fue acertado, para el posterior trámite del asunto y evitar un desgaste a la administración de justicia, y especialmente un desconocimiento de las directivas del Ente Acusador y los presentes judiciales, omitió considerar la legitimidad en causa del recurrente, teniendo en cuenta que la facultad para solicitar la aplicación del Principio de Oportunidad recae exclusivamente en el Ente Acusador, es decir, se encuentra en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, situación que no permite excepciones, dicho en otras palabras, el extremo defensor no puede solicitar dicha aplicación conforme el artículo 323 del Código de Procedimiento Penal, por ello, se procede a analizarlo, en tanto, el mismo resulta ser un presupuesto de procedibilidad a fin de desatar el recurso de apelación.

Así las cosas, la legitimación para recurrir dentro del proceso hace referencia a que el recurrente sea una parte o interviniente procesal, esto es, a quien el legislador, conforme a los lineamientos del Código de Procedimiento Penal del dos mil cuatro (2004) (Ley 906), reconoce como sujeto procesal para esos efectos. El estatuto faculta a la defensa para interponer y sustentar los recursos ordinarios (artículo 125 numeral 7 C.P.P.), por manera que si el representante del investigado fue quien acudió a esa vía, no queda duda de que se trata de una parte habilitada para hacerlo.

Así pues, el interés jurídico para recurrir o legitimación en la causa se requiere no sólo que la parte o el interviniente se encuentren autorizados por la ley para recurrir, sino que con la providencia motivo de la impugnación se le hubiese ocasionado un daño, un perjuicio. Si, por el contrario, la decisión no le causa ningún agravio no puede importarle su contenido al extremo de pretender su revocatoria y, en consecuencia, una pretensión con ese alcance está llamada al rechazo.

En el asunto objeto de estudio el Fiscal Delegado solicitó Ante el Juzgado Sexto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bucaramanga Descentralizado en Floridablanca que permitiera la aplicación del Principio de Oportunidad por considerar que se estructura el motivo que trata el artículo 324 numeral 13, en favor del indiciado LUIS JOSE CAICEDO RODRIGUEZ, (existencia de una causal que suspenda la investigación). En consecuencia, se puede concluir que la regla es clara que es potestad exclusiva del Fiscal reclamar la aplicación al principio de oportunidad, al igual que lo es con la solicitud de preclusión, esta última que permite en sede del juicio, o más bien, se habilita, además del acusador, al Ministerio Público y a la defensa, para que puedan hacer similar solicitud, pero en tal caso la pueden presentar exclusivamente por los motivos 1° (imposibilidad de continuar el ejercicio de la acción penal) y 3° (inexistencia del hecho investigado) consagrados en el artículo 332 del Código de Procedimiento Penal. En el juzgamiento, entonces, la decisión sobre las restantes hipótesis debe diferirse para el momento de proferir el fallo.

En este sentido, se ha venido sosteniendo reiteradamente que el principio de igualdad de armas puede admitir limitaciones, especialmente justificables en la etapa de investigación penal, puesto que a pesar de que

es fundamental que las partes cuenten con los medios procesales suficientes para defender sus intereses en el proceso penal, esa igualdad de trato no puede conducir a la eliminación de la estructura de partes que consagra el sistema penal acusatorio. De hecho, incluso, algunos doctrinantes sostienen que, por la naturaleza misma del sistema penal acusatorio, el principio de igualdad de armas es incompatible y no se hace efectivo en la investigación, en tanto que el equilibrio procesal a que hace referencia esta garantía solamente puede concretarse cuando las partes se encuentran perfectamente determinadas, por lo que, sólo en el juicio, puede exigirse que el ataque y la defensa se encuentren en situación de igualdad. De todas maneras, a pesar de que la defensa también podría preparar el juicio mediante la búsqueda de elementos probatorios y de evidencias que desvirtúen la posible acusación, lo cierto es que en la etapa de la investigación el rol fundamental corresponde a la Fiscalía General de la Nación porque ella tiene a su cargo la tarea de desvirtuar la presunción de inocencia que ampara al imputado. En consecuencia, no podría concluirse que para efectos de garantizar la igualdad de armas en el proceso penal, la defensa también debería tener la posibilidad de solicitar la aplicación del principio de oportunidad con idénticas condiciones a las señaladas al órgano investigador, o que la defensa tendría absolutamente todas las facultades que tiene el ente acusador o que, por el contrario, la Fiscalía debería tener todas las ventajas probatorias que con la presunción de inocencia ampara a la defensa, pues ello no sólo desconocería los diferentes roles que asumen las partes en el proceso penal, sino que dejaría sin efectos las etapas del proceso penal que el constituyente diseñó para que cada uno de los intervinientes desempeñen sus tareas dirigidas a lograr la justicia material, en conclusión, resulta evidente que, por la estructura misma del proceso penal acusatorio, la mentada igualdad de armas entre la Defensa y la Fiscalía se concreta y se hace efectiva principalmente en la etapa del juzgamiento.¹⁷¹

En estricto sentido, si este Despacho decidiera admitir el recurso de alzada propuesto por el Defensor del indiciado, se estaría discutiendo asuntos jurídicos que no fueron propuestos ante el *a quo*, lo cual podría resultar en violatorio del principio de la doble instancia, es así, cuando de aplicación del principio de oportunidad se trata por parte de la Defensa, se convierte en accesoria de la Fiscalía, como que es ésta, y sólo ella, la facultada para hacer ese tipo de reclamos.

En pronunciamiento de la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Penal dentro del Proceso No. 31.767 del 15 de febrero de 2010, siendo Magistrado Ponente el Doctor JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS, se estableció frente a la legitimidad de la defensa quien en aquella ocasión recurrió por la negatividad en la aplicación de preclusión solicitado por la Fiscalía, en esa oportunidad a fin de resolver el presente disenso la Corte estableció que; la postulación y sustentación de los recursos contra la decisión, también debe tener origen en la parte habilitada para incoar esa petición, y así lo consideró:

“2. No obstante los anteriores planteamientos, la Corte precisó la jurisprudencia al respecto mediante providencias del 1° y 15 de julio

¹⁷¹ Proceso No. 31.767 del quince (15) de febrero de dos mil diez (2010) CORTE SUPREMA DE JUSTICIA –SALA CASACIÓN PENAL- MP. Jorge Luis Quintero Milanés. Acta No. 044.

de 2009, adoptados en los radicados 31763 y 31780, **argumentando que la parte llamada a mostrar inconformidad con la decisión es aquella habilitada para hacer la petición y los demás intervinientes deben atenerse a los criterios de impugnación expuestos por la Fiscalía, para seguidamente actuar como no recurrentes, para respaldar su recurso o enfrentarlo, no para intentar uno novedoso.**

En efecto, no resulta lógico dentro de la sistemática que contempla la Ley 906 de 2004, que, en la etapa de indagación e investigación, se permita que una parte diferente interponga y le sea resuelto un recurso (cuando el Fiscal ha renunciado esos medios de gravamen), pues ello equivaldría, ni más ni menos, a que un sujeto procesal diferente del Fiscal quedase habilitado para postular la preclusión, en oposición manifiesta al mandato legal que concedió esa facultad de manera exclusiva al acusador, tal como quedó cabalmente expuesto en precedencia.

Si la petición de preclusión compete únicamente a la Fiscalía, y las demás partes sólo pueden acudir accesoriamente a coadyuvar o a oponerse a su pedido, la inconformidad con lo resuelto igualmente es de resorte exclusivo de esta parte, contexto dentro del cual los otros intervinientes pueden actuar exclusivamente como no recurrentes, eso es, su actuación se condiciona a que el peticionario recurra, para, ahí sí, participar respaldando o rechazando los recursos de la Fiscalía.

De tal suerte si el órgano investigador está conforme con la decisión judicial y la consecuencia de ello es que no impugna, a pesar de lo cual se habilita a otros intervinientes para recurrir, ello comportaría una perversión del sistema, en tanto por esta vía se permitiría, en contra del expreso mandato legal, que una parte ajena a la Fiscalía solicitara la preclusión, pues ese es el alcance real de un recurso ajeno al ente investigador.

(Negritas y subrayas no son originales del texto citado)

Por lo anterior, sucede en estricto sentido de igual forma respecto al presente proceso, pues, la petición de aplicación del Principio de Oportunidad compete únicamente a la Fiscalía, las otras partes o intervinientes pueden actuar exclusivamente como no recurrentes, pues, su actuación se condiciona a que el peticionario Fiscal recurra, para, ahí sí, participar respaldando o rechazando el recurso del Ente Fiscal, actuación que no fue desplegada por la Fiscalía quien no hizo uso de su derecho de interponer recurso de apelación, es decir, estuvo conforme con la decisión adoptada por el Juez *A Quo*, en otras palabras, la postura adoptada por la Fiscalía de no cuestionar la decisión del juez que optó por rechazar la aplicación del principio de oportunidad, implica consentimiento con la providencia del cognoscente.

Así las cosas, como ha quedado argumentado, sólo el delegado del Fiscal General de la Nación, está facultado para solicitar la aplicación del *principio de oportunidad* y, por ende, habilitado para interponer los recursos ordinarios, pues, de poder aceptarse el recurso de apelación por la Defensa quien no tiene legitimidad en la causa, pues por estricto cumplimiento normativo, solo la Fiscalía puede solicitar la aplicación del principio de oportunidad, no sólo desconocería los diferentes roles que asumen las partes en el proceso penal, sino que dejaría sin efecto las etapas del trámite que el constituyente esbozó para que cada uno de los intervinientes

desempeñen sus tareas dirigidas a lograr la justicia material, por lo tanto, la decisión a adoptar es ABSTENERSE el Juzgado de conocer el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra el auto de fecha doce (12) de agosto de dos mil veintidós (2022) por el señor Juez Sexto Penal Funciones de Control de Garantías de Bucaramanga Descentralizado en Floridablanca, sin que ello conlleve a que la Fiscalía de conocimiento no deba tener en cuenta todo lo antes señalado respecto del manejo que de esta clase de delitos deberá realizar dentro de la presente actuación.

De otro lado, se le recuerda al Señor Juez de primera instancia el contenido de la Circular No. 003 emitido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga – Sala de Decisión Penal-, del dieciocho (18) de junio de dos mil diecinueve (2019) mediante la cual itera la consigna del artículo 165 de la Ley 906 de dos mil cuatro (2004) *“Las providencias judiciales sólo serán reproducidas a efectos del trámite de los recursos”*, por lo tanto, en próximas ocasiones, se solicita el favor de arrimar junto con las diligencias la respectiva transcripción, conforme lo señala la normatividad vigente y con el objeto de poder agilizar el trámite de alzada, así mismo, en próximas ocasiones remitir la totalidad del material probatorio analizado en la precitada audiencia objeto de decisión y el presente recurso.

Con fundamento en todo lo anteriormente expuesto, el suscrito Juez Quinto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bucaramanga, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

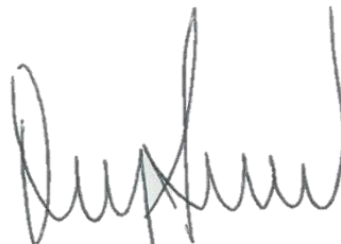
RESUELVE:

PRIMERO: ABSTENERSE de conocer el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la decisión de fecha doce (12) de agosto de dos mil veintidós (2022) adoptada por el Juez Sexto Penal Funciones de Control de Garantías de Bucaramanga Descentralizado en Floridablanca, dentro de la investigación adelantada en contra del señor LUIS JOSE CAICEDO RODRÍGUEZ por el delito de VIOLENCIA INTRAFAMILIAR.

SEGUNDO: Se ADVIERTE que contra esta decisión NO PROCEDE RECURSO alguno.

TERCERO: DEVOLVER las presentes diligencias al Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio de esta ciudad para lo de su competencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



OSCAR JAVIER SERRANO VILLABONA
Juez