

VARIACIÓN JURISPRUDENCIAL EN LA INTERPRETACION DEL DELITO DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR EN COLOMBIA



Presentado por:

BEATRIZ STELLA OSORIO PORRAS

ESTEFANÍA PÉREZ CRUZ

UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL CÚCUTA
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIA POLÍTICA Y SOCIALES
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA
CÚCUTA, COLOMBIA

2018

**VARIACIÓN JURISPRUDENCIAL EN LA INTERPRETACION DEL DELITO DE
VIOLENCIA INTRAFAMILIAR EN COLOMBIA**

Presentado por:

BEATRIZ STELLA OSORIO PORRAS

ESTEFANÍA PÉREZ CRUZ

Trabajo presentado como requisito parcial para optar al título de
Especialista en Derecho Penal y Criminología.

Asesor disciplinar

Dr. JOSÉ MARÍA PELAEZ MEJÍA

Asesor metodológico

Dr. DARWIN CLAVIJO CÁCERES

UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL CÚCUTA
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIA POLÍTICA Y SOCIALES
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA
CÚCUTA, COLOMBIA

2018

VARIACIÓN JURISPRUDENCIAL EN LA INTERPRETACION DEL DELITO DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR EN COLOMBIA

Beatriz Stella Osorio Porras¹

Estefanía Pérez Cruz²

RESUMEN

El fenómeno de la Violencia Basada en Género durante la última década ha sido reforzado en su concepto, contenido, ámbito de aplicación y de protección, haciéndolo visible en un número importantes de conductas que afectan bienes jurídicos tan importantes, incluyendo los relacionados con el de la familia. Esto, materializado a través de la jurisprudencia nacional y los tratados y convenios internacionales sobre el tema. Sin embargo, en el año 2017, la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en un trascendental fallo para la interpretación del delito de violencia intrafamiliar en nuestro contexto jurídico nacional; excluye de su aplicación a las ex parejas que cometan violencia física o psicológica entre ellas, o a familiares que no compartan unidad familiar. Procurando necesariamente la diferenciación de bienes jurídicos que suprimiendo la convivencia entre los miembros de la familia pasan de la armonía familiar a ser protegidos en sede de integridad personal, lógicamente derivando en un tratamiento distinto desde el ámbito investigativo y de su juzgamiento. Acaecimiento que merece ser estudiado desde un enfoque académico para establecer los beneficios, perjuicios o ambos, que dicha orilla hermenéutica pueda encarnar desde este hito jurisprudencial.

Palabras clave:

¹ Abogada. Especialista en Derecho Procesal. Cursando actualmente la Especialización en Derecho Penal y Criminología – Universidad Libre Seccional Cúcuta, 2017-2018.

² Abogada. Especialista en Derecho Administrativo. Cursando actualmente la Especialización en Derecho Penal y Criminología – Universidad Libre Seccional Cúcuta, 2017-2018.

Violencia intrafamiliar, genero, hito jurisprudencial, bien jurídico tutelado, hermenéutica, integridad personal.

ABSTRACT

The phenomenon of Gender-Based Violence during the last decade has been reinforced in its concept, content, scope and protection, making it visible in a number of important behaviors that affect such important legal rights, including those related to the family. This, materialized through national jurisprudence and the international agreements and treaties on the subject. However, in 2017, the jurisprudence of the Criminal Chamber of the Supreme Court of Justice in a transcendental ruling for the interpretation of the crime of intrafamily violence in our national legal context; it excludes from its application former partners who commit physical or psychological violence among themselves, or family members who do not share a family unit. Procuring necessarily the differentiation of legal assets that suppressing the coexistence between family members move from family harmony to be protected in the seat of personal integrity, logically resulting in a different treatment from the investigative scope and its judgment. An event that deserves to be studied from an academic point of view to establish the benefits, damages or both, that said hermeneutical edge could embody from this jurisprudential milestone.

KEYWORDS:

Intrafamily violence, gender, jurisprudential milestone, legal protected, hermeneutic, personal integrity.

INTRODUCCIÓN

En Colombia, por expreso mandato del constituyente se elevó a norma constitucional la protección de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, exhortando al Estado y la sociedad misma a garantizar la protección integral de sus integrantes, bajo el presupuesto que las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos los que la conforman. Advirtiendo que la violencia física, psicológica, económica, sexual, basada en género o de cualquier otra índole en la familia, se considera destructiva de su armonía y unidad, debiendo ser sancionada conforme a la ley vigente.

Por ello, el legislador en el Código Penal, dispuso del título VI para proteger a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, plasmando en el capítulo primero, el artículo 229, el cual establece el tipo penal de violencia intrafamiliar además de los agravantes en situaciones específicas. Igualmente, expidiendo distintas normas reforzando y garantizando la protección los derechos de todos los que conforman la unidad familiar sin distinción alguna, en muchas ocasiones implementando acciones afirmativas a favor de grupos discriminados o marginados.

Refiriéndose a la familia, la Corte Constitucional en la Sentencia C-811 de 2007, manifestó que:

“A partir de una nueva y más realista y plural concepción de la familia, es posible concebir un universo muy diverso de formas de relación entre personas que merecen protección constitucional”, que incluiría al núcleo afectivo establecido entre la madre cabeza de familia y sus hijos, entre los abuelos y los nietos a su cargo, entre los tíos y tías responsables de sus sobrinos , así como otra serie de relaciones personales sin similitud alguna con las parejas heterosexuales, vinculadas por “nexos permanentes de amor,

afecto y solidaridad” que incluyen “sin duda, a las parejas del mismo sexo”. (p. 131-132)

Por otra parte, las altas corporaciones judiciales a través de distintos pronunciamientos jurisprudenciales y en sede de tutela, han advertido la garantía que el Estado a través de sus operadores, debe brindar a la familia, especificando qué se entiende por núcleo familiar, quienes conforman la familia, cuando hay exclusión de la unidad familiar y cuál es el radio de aplicación de la normatividad vigente, siendo garante de los derechos de las personas que se hallan integradas a esa unidad.

A partir del último pronunciamiento de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en Casación, se especifica el sentido correcto a la hora de interpretar el delito de violencia intrafamiliar entre parejas que no convivían bajo el mismo techo teniendo en común la crianza de los hijos, sustrayendo de esta interpretación la tipificación como violencia intrafamiliar de acciones violentas a miembros de la familia con quienes no hay convivencia.

El 07 de Junio de 2017 la Corte Suprema de Justicia a través del Magistrado Ponente LUIS ANTONIO HERNANDEZ BARBOSA en sentencia SP8064-2017, resuelve el recurso de casación, marcando los parámetros de interpretación para lo plasmado en el artículo 229 del Código Penal, así como del artículo 119 ibídem, en donde establece, que, afirmar que una vez se acaba la convivencia entre cónyuges o compañeros permanentes, continúa entre ellos el núcleo familiar al tener un hijo en común, supone una invención extraña al derecho penal, por cuanto el tipo penal protege la coexistencia pacífica de un proyecto de vida en común, el cual supone el respeto por sus integrantes y que finaliza una vez no se hace parte del núcleo familiar, en el caso específico, de la separación de parejas.

El desarrollo del trabajo se estructura en tres partes, en primer lugar se analizara cuáles fueron los parámetros de interpretación que se establecieron a

través de la sentencia de casación al delito de violencia intrafamiliar; seguidamente se explicara el curso que deberán seguir los procesos que a la fecha de la sentencia se adelantaban en la Fiscalía por violencia intrafamiliar en etapas de indagación, investigación o juicio y que se haya dado entre personas que no convivían bajo el mismo techo o exparejas que tienen en común la crianza de un hijo; finalmente se indicara qué otros delitos penalizan las agresiones físicas, verbales o psicológicas que se presenten entre ex parejas o familiares que no convivan bajo el mismo techo.

Esta investigación sobre los parámetros de interpretación, fijados por la Corte Suprema de Justicia a través de la sentencia de casación SP8064-2017 en casos donde se presentan agresiones hacia la expareja o hacia un familiar con quien ya no hay convivencia permanente, frente a los artículos 119 y 229 del Código Penal, es jurídico-documental, de enfoque cualitativo, y de tipo analítico – descriptivo y fue desarrollada en base a tesis, trabajos de grado, artículos científicos y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional.

VARIACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR EN COLOMBIA

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en oportunidad al recurso de casación que presentó el defensor del condenado, estableció la interpretación jurídica para configurar la materialización del delito de violencia intrafamiliar, lo anterior consecuencia de las agresiones físicas y psicológicas que cometió contra su expareja. Generándose controversia sobre el factor convivencia, pretendiendo la defensa desvirtuarlo, argumentando la no cohabitación marital de la pareja, no obstante convivían en la misma residencia.

Delito que se encuentra consagrado en el artículo 229 del código penal y que reza:

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. (Ley 599, 2000)

Con fundamento en la norma citada, el defensor ante la Corte Suprema de Justicia expresó que el delito de violencia intrafamiliar requiere la afectación evidente del núcleo familiar, lo cual quiere decir, que al no cohabitar juntos era inviable imputar dicha conducta delictiva. Para sustentar lo dicho, el defensor

recurrió a la falta de evidencia de la fiscalía para acreditar la convivencia entre las dos personas, sosteniendo que era una relación social de “personas desconocidas”.

El delegado de la Fiscalía a través de la citación de varios fallos de la Corte Constitucional trató de explicar el concepto de “núcleo familiar” en el ordenamiento jurídico colombiano, pero más allá de eso, no precisó la configuración del delito para el caso concreto. Por el contrario, la Procuraduría mediante su delegado, advirtió que el núcleo familiar se mantenía aun si la pareja no cohabitaba, en razón a la expresión legal “*Aunque no conviva*” del artículo 2 de la Ley 294 de 1996. Así, la ruptura de la convivencia no excluye la unidad familiar.

Para la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, el delito de violencia intrafamiliar implica que los sujetos sean calificados, ya que, deben ser parte del núcleo familiar. Dicha afirmación se fundamenta en el artículo 2 de la Ley 294 de 1996 que sostiene:

Artículo 2°. La familia 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.

Para los efectos de la presente Ley, integran la familia:

- A) Los cónyuges o compañeros permanentes;
- B) El padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar;
- C) Los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos;
- D) Todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica. (Ley 294, 1996)

Sobre el literal B de la precitada norma, la Corte para la aplicación del delito de violencia intrafamiliar, aclara, que la expresión “aunque no convivan en un mismo hogar” no se predica de los padres entre sí, sino del hijo como posible autor de la conducta hacia los padres. Siendo esta interpretación la que remite a otros tipos penales al no cumplir con lo establecido en el artículo 2 de la ley 294 de 1996.

La nueva interpretación de la Corte Suprema de Justicia, frente a la protección de los bienes jurídicos de las personas que son agredidas por su expareja o por un familiar con quien no existe convivencia.

Es importante iniciar, aludiendo a las implicaciones reales que conlleva la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal sobre el tema. Sin duda, dicha interpretación afecta el tratamiento de las conductas delictivas que vulneran la integridad física o psicológica de la persona que en determinado estadio cohabitó con su pareja o cónyuge y que ya no lo conviven, o nunca convivió con el padre o madre de su hijo, o con un familiar.

Ante todo, es necesario aclarar que la sentencia de casación SP8064-2017, determina los alcances del concepto de núcleo familiar a partir del contenido del artículo 229 del Código penal. Cuyo espectro de protección concebía a la familia como base y núcleo de la sociedad, ampliándolo, tanto la Constitución como la jurisprudencia Constitucional, cuando manifiestan que esta noción de familia en la actualidad, (art. 5 y 42, C.P.) más que de la naturaleza de los vínculos que la conforman, sean naturales o jurídicos, depende, del proyecto de vida conformado por las aspiraciones que como grupo de individuos que conviven juntos se proponen desarrollar como proyecto en común.

Carrillo Velásquez, (2016) referente al pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre en la concepción de familia, estableció:

“A partir de una nueva y más realista y plural concepción de la familia, es posible concebir un universo muy diverso de formas de relación entre personas que merecen protección constitucional”, que incluiría al núcleo afectivo establecido entre la madre cabeza de familia y sus hijos, entre los abuelos y los nietos a su cargo, entre los tíos y tías responsables de sus sobrinos , así como otra serie de relaciones personales sin similitud alguna con las parejas heterosexuales, vinculadas por “nexos permanentes de

amor, afecto y solidaridad” que incluyen “sin duda, a las parejas del mismo sexo”. (p. 131 – 132)

Para Rodríguez Sarmiento & Rodríguez Castro (2014) el concepto jurídico de núcleo familiar comprende:

...con base en el artículo 42 de la Carta, se le ha reconocido total validez a cualquier forma de familia constituida por vínculos jurídicos, es decir, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. Por lo cual cuando se conforma una familia a través de un hombre, mujer, hijos, tíos, abuelos, alquiler de vientre, parejas del mismo sexo, estamos hablando de un núcleo familiar indistintamente del vínculo entre ellos, lo que importa es la voluntad de conformarla y la protección sobre todas las cosas de los derechos de los menores, porque el núcleo familiar no es solo una condición social cambiante, sino, una forma de garantizar a todas las personas un vínculo jurídico para conformar su propio núcleo familiar. (p. 60)

A la luz de estas definiciones normativas, jurisprudenciales y doctrinales, la tendencia de la jurisprudencia nacional ha sido superponer a los vínculos jurídicos y familiares, los lazos que se originan a partir de la convivencia de sus miembros determinados, como ya se dijo por un proyecto de vida en común, por encima, con el fin de establecer un marco mayor de protección. Hecha esta apreciación, se puede afirmar que el núcleo familiar va más allá de una concepción legal limitada, pues, la experiencia demuestra la incapacidad legislativa para ordenar el contexto legal con el contexto social.

Así pues, el delito de violencia intrafamiliar lo que busca es proteger, no a la familia como bien jurídico, sino la coexistencia pacífica de un proyecto de vida en común, el cual supone el respeto por sus integrantes y que finaliza una vez no se hace parte del núcleo familiar, por tal motivo, los sujetos del ilícito son personas

calificadas, que tienen un rol específico dentro de la familia. Con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, se comprende que el ex cónyuge o ex compañero o un familiar con quien no existe convivencia permanente, no cumplen con la cualidad exigida para cometer la conducta rechazada. Lo que no obsta para predicar la excepción reafirmada en su existencia y evidenciada en su desuso, cuando el sujeto activo de la violencia es el hijo contra su padre o madre, vínculo tan eterno, perenne e indisputable, que no requiere del elemento convivencia para que se configure la violencia intrafamiliar.

Lo anterior, sin desconocer, como se dijo antes, que la relación jurídica entre hijo y padre, o hijo y madre, subsiste a las contingencias de la separación y aun así si no conviven, existe el deber de configurar un mundo en común a partir del respeto sentido y recíproco entre ellos, **no así entre parejas separadas y que ya no tienen, por lo tanto, un proyecto de familia en conjunto.** (Sentencia de Casación 8064, 2017) (Negrillas no originales)

Así, en un principio parece desproteger la Corte Suprema de Justicia el núcleo y la armonía familiar ante las afectaciones delictivas que pueda cometer la ex pareja a la otra persona, calificando como incorrecta la imputación de violencia intrafamiliar. Pudiendo concluir que para la Corte, la agresión por parte de una ex pareja sea física o psicológica no constituye el delito de violencia intrafamiliar sino otro tipo de conducta punible. Pero tal afirmación es correcta desde el enfoque jurídico y social, sostener que el ex cónyuge o compañero permanente no pertenecen al núcleo familiar. Toda vez que no comparte un proyecto de vida en conjunto.

Se podrá sostener que la Ley 294 de 1996 incluye dentro del núcleo familiar a las ex parejas "*aunque no convivan en un mismo lugar*", pero tal argumento es incorrecto e impreciso, pues hace referencia a los hijos y no entre los padres como se observará.

El literal b) del artículo 2 de la Ley 294 de 1996, indica que pertenecen al núcleo familiar los padres, haciendo referencia implícita que son familiares del menor aun cuando estos no convivan juntos. Lo anterior es evidente porque la norma se refiere con el término “padre” y “madre”, no con los términos “compañeros permanentes” o “cónyuges”. Pero recordemos que es solo cuando el hijo funge como sujeto activo de la conducta de violencia intrafamiliar.

Aclarado lo anterior, es pertinente indicar que, con la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal no se está afectando el bien jurídico tutelado del núcleo familiar, porque no existe ninguna disposición legal que respalde la tesis de que las exparejas hacen parte del núcleo familiar a pesar de que ya no convivan juntos. Tampoco desde el plano jurídico es dable plantear que un ex compañero permanente o cónyuge comparte una vida en común dentro del plano familiar, a pesar de que existan hijos en común, pues, la unidad familiar se segrega, creando nuevas unidades familiares, por ende, diferentes responsabilidades.

Esto sin mencionar que el lazo o vínculo creado entre los compañeros o cónyuges, obedeció al consenso de estos como partes de un contrato que desde su nacimiento generó como cualquier otro, derechos y obligaciones, las cuales muchas de ellas cesan al momento en que, de nuevo, por su voluntad, se da por terminado, con o sin los formalismos legales de rigor; lo que implica que para la corte más allá del rito legal de cesación de efectos de este tipo de contratos, lo que determina la existencia del “núcleo familiar, es definitivamente, la convivencia.

Aplicación de la sentencia de casación y el cambio de rumbo de los procesos que se adelantaban por el punible de violencia intrafamiliar en etapas de indagación, investigación o juicio y las consecuencias jurídicas de los mismos

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, incluso la jurisprudencia de la Corte Constitucional habían mantenido una línea coherente y congruente en elevar la unidad familiar a través de sus fallos como base y núcleo de la sociedad colombiana.

Así lo hizo saber la Corte Constitucional en la Sentencia C- 368 del 2014, cuando encontró justificado y proporcional a la Constitución aumentar las penas para el delito de violencia intrafamiliar:

La Sala considera que existe un deber especial de protección a la familia y, dentro de ella, a quienes por alguna condición son más vulnerables y requieren de medidas de protección reforzada. Señaló que la unidad y armonía familiar deben ser salvaguardados, entre otras medidas, a través del ejercicio del poder sancionatorio del Estado conforme al artículo 42 de la Constitución, por lo cual el Estado está obligado a consagrar una normativa que permita investigar y sancionar cualquier tipo de violencia al interior de la familia. Para tal efecto el legislador tiene la potestad de tipificar como delito las diversas formas de violencia que vulneran la unidad y armonía familiar e incrementar como medida de política criminal los límites punitivos fijados para el delito de violencia familiar descrito en el artículo 229 del Código Penal, modificado por el artículo 33 de la Ley 1142 de 2007. (Sentencia C-368, 2014).

El aumento de penas indica un reforzamiento de la protección del bien jurídico que se tutela, aumentando el juicio de reproche a quien vaya en contravía de lo cobijado dentro del ámbito de protección de la norma, apareciendo la materialización del delito por parte del autor, como la negación de la vigencia de ese tipo penal.

Por esta razón, desde el ámbito penal el tratamiento generalizado era considerar la violencia física o psicológica de la expareja como violencia intrafamiliar, lo que conlleva un mayor agravio penal, todo acorde con el “populismo

punitivo”. Sin embargo la interpretación que por vía jurisprudencial enmarcó la Corte Suprema de Justicia respecto al delito de violencia intrafamiliar implica un comportamiento institucional diferente sobre las conductas dañosas que ocasione el ex cónyuge o compañero permanente, respecto de la etapa procesal en la que se encuentre la actuación.

Y no solo se exhorta un comportamiento distinto del Estado, incluyendo al ente acusador y al juzgador, sino también a quien comete la conducta punible, pues debe tener claramente definido en que situaciones y bajo qué tipo de conductas podrían ser objeto de penas, con miras a descartar errores de tipo o de prohibición, para que se pueda verificar la conciencia de antijuridicidad; así lo recordó Troncoso Mojica, J. A. (2015):

No obstante, desde las categorías dogmáticas conquistadas a partir del “derecho penal liberal” y ratificadas en el Estado democrático de derecho, las de intervención penal, como lo son el de *ley estricta* y el de *reserva de ley*; según los cuales, el delito debe ser definido de modo claro, expreso e inequívoco en una norma penal, y solo el legislador puede crear, modificar o suprimir estas normas, respectivamente. Por lo cual resulta importante un estudio transversal y contextual de la norma. (p. 97)

Sobre este punto es menester resaltar que no se realizó ninguna modificación a la norma, sino por vía jurisprudencial la Corte Suprema de Justicia determinó el sentido hermenéutico correcto al momento de estudiar el delito de violencia intrafamiliar en los casos aquí expuestos. Por lo que en ningún caso se transgrede de forma alguna el principio de legalidad, como podría pensarse, ya que las readecuaciones típicas y variaciones de la calificación jurídica de las conductas en actuaciones que se hallen en curso, no obedecen a descripciones legales posteriores, ni preexistentes pero modificadas en su tenor literal.

Continuando con los planteamientos de Troncoso Mojica, J. A., el autor recuerda que mediante sentencia C-133 de 1999, la Corte Constitucional precisó:

Que el principio de legalidad en materia penal garantiza la seguridad jurídica de los ciudadanos, en tanto les permite conocer cuándo y por qué motivos podrían ser objeto de penas, bien privativas de la libertad o de otros derechos, para impedir arbitrariedad o la intervención indebida por parte de las autoridades encargadas de aplicar las sanciones. (p 97).

En el mismo sentido mismo Páez Jaimes, J.C. (2017) argumentó que quien comete la conducta debe conocer previamente que se encuentra sancionada por la ley, así:

Una norma jurídica se compone de un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica; es decir, en Colombia, el agente debe haber realizado una conducta típica, antijurídica y culpable, con todo lo que involucran tales categorías dogmáticas; para poder recibir por parte del estado una pena; pero todo este desarrollo dogmático y legislativo no serviría de nada si no hay una forma en la cual conocer si en realidad existió una conducta, si esta en efecto estaba descrita en un tipo penal, si lesiono un bien jurídicamente tutelado, o si el autor merece un juicio de reproche por haber desplegado de tal forma su actividad consciente. (p. 331 – 332).

Finalmente, e independiente a que la conducta deba adecuarse o readecuarse antes o después del pronunciamiento de la Corte, para la configuración del tipo penal de violencia intrafamiliar se debe verificar en sede de tipicidad, que se haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado; así lo enuncio Peláez Mejía, J. M. (2016):

Conforme a estos postulados, comprobada la necesaria causalidad natural, la imputación del resultado requiere además verificar si la acción del autor ha creado o incrementado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado y si el resultado producido por dicha acción es la realización del mismo peligro –jurídicamente desaprobado– creado por la acción. Caso de faltar algunos de estos dos condicionantes complementarios de la causalidad natural, se eliminaría la tipicidad de la conducta y, por consiguiente, su relevancia para el derecho penal. (p. 18).

Por ello se exalta la labor realizada por la Corte Suprema de Justicia al emitir este fallo jurisprudencial, pues precisa de manera muy puntual, los alcances del delito de violencia intrafamiliar, el concepto de unidad familiar, los sujetos calificados de la conducta punible y los demás tipos penales en los que se incurriría de no darse los parámetros establecidos en esa interpretación. Todo esto al paso del cumplimiento de los requisitos en cuanto a las categorías dogmáticas se refiere. En el momento que nos ocupa, especialmente, de los de tipicidad. Entendido esto dentro del marco de los principios de legalidad, de debido proceso y principio de confianza.

Continuando con el esquema planteado de la investigación, en los párrafos posteriores se analizara cómo debe variar la postura investigativa y de judicialización, respecto a la conducta violenta que ocasiona un ex compañero o ex cónyuge a la otra persona.

Etapa de indagación preliminar e investigación

La etapa de indagación preliminar se caracteriza por recolectar los elementos materiales probatorios y la evidencia física necesaria para apoyar la teoría del caso de la fiscalía en juicio oral. Quiere esto decir, que en esta etapa no se imputa delito alguno, ya que, la Fiscalía a partir de los elementos materiales probatorios que posee establece el posible delito cometido por el investigado.

Al respecto sostiene Saray Botero, N. (2017) sobre la etapa de indagación:

El fiscal General de la Nación a través de sus delegados y con el apoyo de los funcionarios de policía judicial, debe planear la investigación a través de un “*programa metodológico*” donde se establezcan objetivos, cronogramas de actividades a seguir, la evaluación, identificación y clasificación de la información reunida, para efectos de construir una hipótesis delictiva, tanto fáctica como jurídica, que determine su propia “*teoría del caso*”.(p. 10)

En este estadio, las indagaciones que comparten identidad fáctica con lo relacionado en la sentencia de casación SP8064-2017 no presenten mayor problema para modificar y ajustar sus investigaciones a lo dictado por la mencionada jurisprudencia.

Por tal motivo, lo fundamental en esta etapa es que la Fiscalía revise su línea investigativa y junto con el investigador realice un programa metodológico que permita establecer con las evidencias físicas y los elementos materiales probatorios si la pareja sigue conviviendo, en su defecto, verificar que exista o no unidad familiar. Con base en la recolección probatoria el fiscal deberá determinar si se dan los requerimientos de orden objetivo y subjetivo imputar violencia intrafamiliar, lesiones personales o alguno de los demás delitos no calificados, de acuerdo al resultado del análisis de tipicidad.

Sobre la etapa de investigación, una vez se hayan recolectado los elementos que sirvan para construir una inferencia razonable de autoría por parte del sujeto activo, se deberá realizar imputación de cargos, sobre este tema Saray Botero, N. (2017) dijo:

Cuando de esos elementos materiales probatorios (EMP), evidencia física (EF) o información legalmente obtenida (ILO), se pueda inferir razonablemente que la persona indiciada es autor o participe de la conducta

punible, la Fiscalía General de la Nación procederá a ejercer sus facultades a nombre del Estado como titular de la acción penal y, en consecuencia, le comunicara en audiencia de formulación de imputación de cargos que en contra de ella se adelanta una indagación por probable participación en los acontecimientos delictivos.(P. 10)

Al igual que la etapa de indagación preliminar, la Fiscalía debe adaptar la imputación del posible delito a la sentencia expedida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, si la persona señalada de violencia física o psicológica no tiene las características del sujeto activo calificado al momento de los hechos de cónyuge o compañero permanente. En consecuencia, deberán desechar la tesis de comisión de violencia intrafamiliar si dentro de la evidencia física hay indicios claros de la ruptura de la unidad familiar y adelantarlo por otro tipo penal correspondiente.

En el caso de que la audiencia de imputación se hubiere hecho bajo el marco delictivo de violencia intrafamiliar, el fiscal de manera diligente y eficaz deberá solicitar programación de una nueva audiencia de formulación de imputación ante el juez de control de garantías para subsanar la imputación, si se comprobara que el agresor es ex pareja de la persona. De lo contrario, el proceso judicial podrá acaecer favorablemente al imputado y se le negaría la oportunidad de una rebaja de la pena en caso de un allanamiento a cargos.

Sobre el allanamiento a cargos Saray Botero, N. (2017) indico:

El fiscal entonces luego de individualizar e identificar al implicado, realizará de forma oral la imputación fáctica y jurídica, ofreciéndole la posibilidad de aceptar cargos para obtener una rebaja hasta del cincuenta por ciento (50%) de la pena eventualmente imponible, en los casos en que proceda conforme a la Ley (pues existen algunas limitaciones y prohibiciones). (p. 291).

Acorde con lo anterior, la fiscalía deberá analizar si las circunstancias fácticas no son acordes con lo señalado en la sentencia de casación y en caso de haber sido imputado, realizar nuevamente la audiencia de formulación de imputación y de esta manera no negar una rebaja considerable en caso de allanamiento a cargos.

Etapa de juzgamiento

El hecho de estar la actuación que se surte por el delito de violencia intrafamiliar en esta etapa, resulta más gravoso para la Fiscalía y el juez, puesto que se tiene como presupuesto que ya se presentó escrito de acusación de acuerdo a la interpretación antes de la sentencia, por lo que se debe hacer uso de las posibilidades de adición, modificación o corrección al escrito de acusación, y remitir al fiscal que conozca de los delitos que posiblemente se puedan configurar si el caso no encuadra dentro de los postulados de la sentencia de casación SP8064-2017. Y en caso de que ya se haya formulado la acusación, el juez debe absolver al acusado por no cumplirse los requisitos sustanciales para obtener una condena. En caso contrario, la sentencia será susceptible de anular por defecto o vicio sustancial – coherencia e identidad –

Con base en qué delitos las personas que ejerzan violencia verbal o psicológica a sus ex parejas o familiares con quienes no hay convivencia, podrán ser judicializadas en ámbito penal.

Como se dijo en el primer capítulo del presente trabajo, la unidad familiar como objeto de protección por parte de la acción punitiva del Estado no se observa menoscabada por la interpretación jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia. Así, la agresión física o psicológica ejercida por la ex pareja no afecta la unidad familiar, elemento que busca proteger el derecho penal en el Título VI denominado “delitos contra la familia”.

Tampoco desampara el ordenamiento jurídico a la persona que recibe daño físico o psicológico por parte de sus ex pareja, solo que la jurisprudencia aclara que el delito que se debe imputar es diferente al comúnmente usado, es decir, al de violencia intrafamiliar. Dependiendo de las circunstancias fácticas y las clases de lesiones, el Código Penal dispone un entramado de diversas opciones punitivas, para proteger la integridad física, psicológica y moral de las personas.

En el caso de la violencia psicológica que sufre la ex pareja o el familiar con quien no hay convivencia, es factible acudir al Título V, Capítulo Único del Código Penal; a través de estos delitos es posible suplir el delito de violencia intrafamiliar. Siendo procedente imputar el delito de injuria para agresiones psicológicas sufridas en razón a las acciones de la ex pareja. El artículo 220 del Código Penal al respecto refiere:

Artículo 220. Injuria. El que haga a otra persona imputaciones deshonrosas, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses y multa de trece puntos treinta y tres (13.33) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes. (Ley 599, 2000).

A través de este delito, la persona que sufra maltrato psicológico por parte de su ex pareja podrá obtener retribución penal ante la afectación de su honra, bien tutelado por el ordenamiento. Si bien, las penas son menores que las contempladas por el delito de violencia intrafamiliar, es igualmente factible castigar al ofensor mediante la ley penal.

Del mismo modo, es plausible según las circunstancias del caso, establecer el delito de calumnia, si las imputaciones que se realicen sean de una conducta típica, según el Código Penal:

Artículo 221. Calumnia. El que impute falsamente a otro una conducta típica, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a setenta y dos (72) meses y multa de

trece puntos treinta y tres (13.33) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes. (Ley 599, 2000).

La injuria y calumnia son típicas, antijurídicas y culpables, ostentan las características de un delito y la Fiscalía General tiene la responsabilidad de adelantar la acción penal, sin que pueda suspenderla, interrumpirla, ni renunciar a su ejercicio, excepto en la aplicación del principio de oportunidad y demás excepciones legales, si ello es así, existirá conducta punible, y al no existir causales de ausencia de responsabilidad penal, la Fiscalía deberá ejercer la acción penal, hasta que se obtenga el castigo del responsable.

Para los casos de agresión física, es necesario remitirse, incluso avalado por el contenido de la jurisprudencia analizada, al capítulo III del Código Penal, específicamente el artículo 111 que dice: “El que cause a otro daño en el cuerpo o en la salud, incurrirá en las sanciones establecidas en los artículos siguientes” (Ley 599, 2000). Así las cosas, la persona que reciba agresiones que afecten su integridad física puede acudir a la potestad punitiva del Estado a través de la configuración del delito de lesiones personales.

Teniendo en cuenta que el artículo 119 del código penal, contempla las circunstancias de agravación punitiva, aumentando la pena del delito de lesiones personales de una tercera parte a la mitad cuando se realice sobre el padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar con respecto al hijo como agresor; y en el inciso segundo del citado artículo aumenta en el doble la pena cuando la conducta se realice, entre otro, hacia una mujer por el hecho de ser mujer. Es preciso evidenciar que es la misma sentencia de casación la que da la instrucción de orientar la investigación hacia la imputación del delito de lesiones personales agravadas por el hecho de ser mujer, cuando precisamente la agresión se verifique en la ex cónyuge o ex compañera y así lo dicte la tipicidad del caso concreto, nunca, lesiones en su modalidad simple. Lo anterior por el contexto de violencia basada en género en que se da la violencia. Son situaciones que no

pasaran desapercibidas para el ordenamiento penal, pero que deberán ser acreditadas por el ente acusador al momento de solicitar una condena para el agresor.

En ese sentido, se podrá solicitar el inicio de investigaciones, según sea el caso, por los siguientes delitos por parte de la persona que sufra daños físicos o psicológicos en razón a la violencia ejercida por su ex pareja:

De manera verbal o psicológica Injuria, Calumnia, Injuria por vías de hecho, e Injuria y calumnia indirectas. Y en casos de agresión física se tendrá en cuenta el resultado de la acción aplicándose Lesiones personales con las circunstancias de agravación punitiva, la tentativa de homicidio, homicidio agravado por el numeral primero o el feminicidio según sea el caso.

Finalmente, algunos de los anteriores delitos no contemplan penas mayores a la dictada por el artículo 229 del Código Penal, a excepción de las lesiones personales con deformidad; perturbación física; pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro; tentativa de homicidio; homicidio agravado por el numeral primero o el feminicidio, caso en el cual supera notoriamente las penas comparada con la prevista para la violencia intrafamiliar. Pareciendo en principio, una afectación más gravosa para la persona que sufre violencia física o psicológica por parte de su expareja, porque no se da un tratamiento similar a la que implica imputar la violencia intrafamiliar; pero no era razonable jurídicamente sostener una tesis que involucrará en la unidad o núcleo familiar personas que no compartían un proyecto de vida en común auspiciado en la convivencia, aspecto ineludible de la familia.

Sobre la variación que se haga de la conducta, el fiscal que conozca la actuación deberá tener en cuenta que al readecuar el delito también varía el tiempo de la prescripción de la acción penal y las condiciones para poder solicitar medida de aseguramiento ya que los demás delitos como la injuria, la calumnia y algunas

lesiones personales no comportan este tipo de medida. Igualmente deberá establecer si existe querrela, ya que en algunos casos no se adelantaría de manera oficiosa como el delito de violencia intrafamiliar, cuando la autoridad tenga conocimiento de estos hechos, exceptuando situaciones como la captura en flagrancia; cuando el sujeto pasivo sea un menor de edad; cuando el sujeto pasivo es inimputable y cuando se refiera a conductas punibles de violencia contra la mujer, será necesaria la querrela dentro de 6 meses siguientes a la ocurrencia del hecho o conocimiento del mismo. Así mismo se podrá realizar conciliación, la cual se encuentra prohibida en el artículo 229 del C.P.

Ahondando en ello, tenemos que inclusive en aras de protección de género y ante la amplia difusión de comportamientos atentatorios de la vida y dignidad humana, respecto del género femenino, se vio obligado el estado a crear un tipo penal que ataca especialmente las agresiones y violencia contra la mujer, precisamente ante el aumento indiscriminado de homicidio de mujeres por su condición de ser mujer, no solo por quienes hacen parte del entorno familiar, sino de aquellos que de una u otra forma esta involucrados en su ambiente social.

Las leyes colombianas vigentes tienen un objetivo el cual es, salvaguardar el derecho a la vida, la dignidad humana y condiciones dignas de cada uno de sus habitantes, en especial, la atención a la vida mancomunada de quienes forman la unidad familiar en especial a los integrantes más vulnerables, para evitar la afrenta a sus derechos y garantizar el de vivir en forma pacífica y con bienestar, de acuerdo a su plan de vida, y su dignidad como ser humano reconocida.

CONCLUSIONES

La interpretación que por vía de jurisprudencia emitió la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal sobre la configuración del delito de violencia intrafamiliar fijó un tratamiento diferente desde el enfoque institucional que se le venía dando a la violencia física o psicológica por parte de las exparejas. Si bien, es dable pensar inicialmente que con el pronunciamiento judicial bajo estudio se dio una desprotección a la familia que desde la Constitución Política de 1991 implementó el Estado como núcleo fundamental, lo cierto es que la jurisprudencia precisa y aclara aspectos relevantes para imputar el delito adecuado.

La familia es la base y núcleo fundamental de la sociedad y el Estado deberá adelantar todas las acciones que garanticen su desarrollo, reprochando todas las conductas que afecten su armonía pues van en contra vía de principios constitucionales, pero mantener la tesis jurídica que dentro del núcleo y la unidad familiar se encuentran las ex parejas con el propósito de poder tipificar el delito de violencia intrafamiliar resulta desproporcionado y contrario a los principios que rigen el derecho penal. Toda vez que no existe disposición legal que indique tal cosa, menos aún que la sugiera.

Bajo este argumento es inviable jurídicamente sostener que las ex parejas hacen parte de la unidad familiar, inclusive sí tienen hijos, porque no existe vínculo legalmente aceptado para sostener la subsistencia del concepto de familia. Dicho esto, es aceptable y sustentable jurídicamente la posición de la Sala de Casación Penal respecto a este tema.

Lo anterior no implica una desprotección de la unidad, armonía o núcleo familiar, toda vez, como se dijo en todo el texto, la violencia física o psicológica cometía por un ex cónyuge, ex compañero permanente o familiar con quien no haya convivencia, no conlleva la violación del bien jurídico tutelado de la armonía familiar porque el mismo no hace parte del núcleo de la familia que se busca proteger. En

vista que la vulneración sucede es respecto a la integridad física o moral de la persona, y no referente a un núcleo familiar inexistente.

Finalmente, la interpretación que da la Corte, implica que estos casos ahora se traten bajo las conductas delictivas de lesiones personales, injuria, calumnia, injuria por vía de hecho y demás que se ajusten a las circunstancias fácticas, pero en ningún caso como violencia intrafamiliar.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Carrillo Velásquez, A (2016). Igualdad, derechos y garantías de las parejas del mismo sexo: análisis descriptivo de las técnicas de interpretación utilizadas por la Corte Constitucional Colombiana. *Revista Academia & Derecho*, 7(13) Universidad Libre Seccional Cúcuta.
- Ley 599 (24 de julio de 2000). Congreso de la República. Por la cual se expide el Código Penal. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio del 2000.
- Ley 906 (1 de septiembre de 2004). Congreso de la República. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Bogotá, D.C., Colombia: Diario Oficial No. 45658 de septiembre 1 de 2004.
- Ley 294 (julio 16 de 1996). Por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar. Bogotá, D.C., Colombia: Diario Oficial No. 42.836, de 22 de julio de 1996.
- Ley 1142 (junio 28 de 2007). Por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana. Bogotá, D.C., Colombia: Diario Oficial No. 46.673 de 28 de julio de 2007.
- Páez Jaimes, J.C. (2017) Validez constitucional de la dinamización de la carga de la prueba frente a delitos económicos en Colombia. *Crimen organizado, corrupción y terrorismo*. (1) 331 – 332.
- Peláez Mejía, J. M. (2016). Configuración del “Principio de Confianza” Como criterio negativo de tipicidad objetiva. *Revista Prolegómenos*, Vol. 19, Núm. 37 (2016). DOI: <https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/dere/article/view/1677>

Rodríguez Sarmiento, L. & Rodríguez Castro, J. (2014). Concepto jurídico del núcleo familiar: un estudio sobre los “grupos familiares”-sub-judice. Universidad Católica de Colombia. Bogotá, D.C. Obtenido en:<https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/2105/1/Concepto-jur%C3%ADdico-del-n%C3%BAcleo-familiar.pdf>

Saray Botero, N. (2017) Procedimiento Penal Acusatorio (Imputación, acusación, preparatorio, juicio oral, procedimiento especial abreviado y acusador privado). Segunda edición. Bogotá Leyer Editores.

Sentencia C- 368. (11 de junio de 2014). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P. Alberto Rojas Ríos. Bogotá, D.C., Colombia: Referencia: expediente D – 9960. Obtenido de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/C-368-14.htm>

Sentencia C-811. (3 de octubre de 2017). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá, D.C., Colombia: Referencia: expediente D-6749. Obtenido de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-811-07.htm>

Sentencia Casación 48047. (7 de junio de 2017). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa. Bogotá, D.C., Colombia: SP8064-2017. Radicación N° 48047. Acta 182.

Troncoso Mojica, J. A. (enero – junio de 2015). El precedente judicial y el principio de legalidad penal en la contratación pública colombiana. *Revista Academia & Derecho*, 6(10), 97. Universidad Libre seccional Cúcuta.