

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**Magistrado Ponente:**

**LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO**

**Radicado Nro. 050016000206201411399**

**Sentencia Ordinaria No. 002**

**Medellín, veintiséis (26) de enero de dos mil dieciséis (2016).**

**Proyecto aprobado según acta Nro. 010**

**Lectura: 1 de febrero de 2016**

## **1. ASUNTO**

Habiendo sido derrotada la ponencia de quien fungía como Magistrado sustanciador en el presente proceso penal, doctor Oscar Bustamante Hernández, se apresta la Sala Mayoritaria a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensora del procesado en contra de la sentencia condenatoria emitida por el Juzgado Veintiséis Penal Municipal de Medellín el 9 de julio de 2015, en desfavor del señor **Elkin Mauricio Ríos Tangarife** por el delito de Violencia Intrafamiliar.

## 2. ACONTECER FÁCTICO Y DESARROLLO PROCESAL

El 04 de marzo del año 2014, a eso de las 8:30 pm, en la calle 10 No 70B-95 de esta ciudad, donde se ubica la residencia de la señora Mayerlin Andrea Ayala Bermúdez, se presentó el señor **Elkin Mauricio Ríos Tangarife**, quien venía a visitar a su hijo. Cuando ya estaba por irse, llamó a dicha dama con la cual entabló una discusión, diciéndole que tenía que volver con él, porque prefería verla muerta sino lo aceptaba. En un momento dado, este encendió su motocicleta, llevándose arrastrada a la señora Mayerlin, que estaba convaleciente por una cesárea, ocasionándole laceraciones en diferentes partes del cuerpo y sangrado de la cirugía.

El 09 de septiembre del año 2014, ante el Juzgado Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín, la Fiscalía le formuló imputación al señor **Elkin Mauricio Ríos Tangarife** por el delito de violencia intrafamiliar agravada, no obstante el imputado no se allanó a los cargos.

Seguidamente se asignó el conocimiento de la actuación al Juzgado Veintiséis Penal Municipal de Medellín, donde se llevaron a cabo las audiencias de formulación de acusación, preparatoria y juicio oral. Finalmente el 09 de julio del año en curso, el despacho emitió sentencia condenatoria en contra del señor **Ríos Tangarife**, la cual fue impugnada por la defensa.

## 3. LA SENTENCIA APELADA

El juez de conocimiento tras un análisis del tipo penal, sus características esenciales, las estipulaciones celebradas por las partes y lo dicho por la jurisprudencia sobre el delito, concluyó que en este caso los testimonios de la víctima, sus padres y el médico legista demuestran que el procesado causó lesiones físicas a la señora Mayerlin Andrea Ayala Bermúdez; además que este y la citada tuvieron una relación sentimental que terminó luego del nacimiento de su menor hijo debido a sus celos enfermizos, que el día de los hechos tuvieron un altercado debido a un problema con la patria potestad del infante, que culminó cuando este la cogió de las manos y luego arrancó su motocicleta, arrastrándola prácticamente hasta la esquina de su casa, siendo este hecho presenciado por los padres de la joven quienes la auxiliaron, sin que exista motivo alguno que conduzca a restarle credibilidad a su relato.

En cuanto a los testigos de descargo, no solo no estuvieron presentes en el momento en que ocurrieron los hechos, sino que su dicho solo permite conocer los rasgos de la personalidad del procesado, situación que es insuficiente para sembrar una duda razonable que conduzca a la emisión de una sentencia absolutoria.

Señala en punto a la tipicidad, que el hecho de que la víctima y el procesado no conviviesen juntos para la fecha de los hechos, no desconfigura el tipo penal de violencia intrafamiliar, toda vez que como lo sostiene la Corte Suprema de Justicia, este delito también se aplica a los casos entre ex compañeros que tienen hijos en común. En cuanto a la antijuricidad, existió una efectiva lesión al bien jurídico de la familia, sin que existiese una causal de justificación para dicho acto, y por último, la culpabilidad emerge diáfana, ya que al procesado le era exigible no agredir física o psicológicamente a un miembro de su núcleo familiar.

De conformidad con el artículo 229 inciso segundo del Código Penal modificado por el artículo 33 de la ley 1142 de 2007, la primera instancia condenó al señor **Ríos Tangarife** a la pena de prisión de 72 meses y le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena por prohibición expresa del artículo 68A del Código Penal modificado por el artículo 32 de la ley 1709 de 2014, ordenando que la pena debía sea purgada en establecimiento penitenciario.

#### **4. DE LA IMPUGNACIÓN**

La defensora del procesado impugnó el fallo de primer grado, mostrando inconformidad con la sentencia en relación con tres puntos específicos:

El primero se relaciona con la atipicidad de la conducta, para lo cual hizo una descripción dogmática del delito de violencia intrafamiliar, a fin de concluir que en este evento no se cumplen dichos presupuestos, pues el solo hecho de que su defendido y la víctima tuviesen un hijo en común no los convierte en padre y madre de familia, ya que estos nunca convivieron juntos, cada uno de ellos vivía en su núcleo primario y dependían económicamente de sus padres.

Dice que tanto el joven Elkin como la señorita Mayerlin sostuvieron una relación amistosa de adolescentes, producto de la cual tuvieron un hijo, pero no compartieron ningún minuto como pareja, ni vivieron bajo el mismo techo o se comportaron como familia, siendo su hijo el único vínculo que tienen en común y es precisamente este el fruto del problema, pues la madre siempre ha impedido que su defendido ejerza sus derechos como padre, tanto así que se generó una citación en la Comisaría de Familia para regular el derecho del

joven Elkin de ejercer su rol de padre. En ese orden, considera que en este caso la conducta es atípica y por lo tanto se debe absolver a su defendido.

El segundo punto de inconformidad se relaciona con la valoración de la prueba, pues considera que las declaraciones de los testigos de cargo es equivocada, ya que a su juicio estos fueron imprecisos, incoherentes y contradictorios, que no lograron demostrar el tiempo, modo y lugar en que ocurrió el hecho punible, además los tacha de sospechosos, ya que tienen los mismos intereses que la víctima por lo que sus dichos tienden a favorecerla.

Afirma que el padrastro de la víctima dijo ser testigo presencial y que este expuso en el juicio oral que su hijastra tenía una lesión en la cara así como otras lesiones de gravedad, sin embargo estas no quedaron registradas en la historia Clínica de Saludcoop donde fue llevada por la policía, ni quedaron registradas en el dictamen de medicina legal, llegando a la conclusión de que la denuncia se basó en el raspón de una rodilla izquierda, pues no quedó cicatriz alguna que evidencie que esta fue arrastrada 200 metros, como expuso su madre, máxime porque esta siempre exhibía sus piernas.

El tercer punto de inconformidad se relaciona con la valoración médico legal, pues a su juicio no existe explicación para que los testigos hayan dicho que su defendido arrastró a la víctima causándole serias heridas, hemorragia interna, raspados etc, no obstante el examen médico legal solo dice que tenía raspones en la rodilla, eso sin mencionar que el señor Elkin no tiene mucha experiencia en el manejo de la moto, por lo que requería de mucha fuerza para agarrar a la joven y mantener el equilibrio del vehículo, que de por si es pesado. Sumado a ello, no se decretó como prueba la historia clínica solicitada, ni tampoco se aportó el informe del policía que la socorrió y la llevó a urgencias, ni mucho menos se allegaron pruebas que evidencien que

este es un joven agresivo, además si la señora Mayerlin sabía que su vida corría peligro, ¿por qué se recostó tranquila y confiada en la moto?

De acuerdo a lo expuesto, considera que en este caso no se probó que el procesado arrastró a la víctima, las declaraciones de los testigos no son confiables y no se aportó prueba de la atención que se le brindó al momento del ataque, de allí que en este caso deba absolverse a su defendido de todos los cargos.

Subsidiariamente de no acogerse esta petición, pide se le conceda el subrogado de la prisión domiciliaria con permiso de trabajo y estudio, ya no que no tiene antecedentes penales ni representa un peligro para la sociedad, además que debe continuar asumiendo los gastos básicos de su hijo menor de edad.

## **5. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Conforme a lo dispuesto en los artículos 177 de la Ley 906 de 2004 y 91 de la Ley 1395 de 2010, la Sala es competente para conocer del recurso de apelación presentado por la defensa del procesado.

Procede la Sala a resolver los puntos objeto de inconformidad planteados por la recurrente, partiendo del primer punto que tiene que ver con la atipicidad de la conducta endilgada y, seguidamente se abordarán conjuntamente el segundo y tercer punto de disenso que son de orden fáctico, para lo cual deberá hacerse un análisis de valoración probatoria (testigos de cargo y dictamen médico legal de lesiones).

## 5.1. ATIPLICIDAD DEL HECHO INVESTIGADO

Frente a este punto de apelación, el cual sustenta básicamente la defensa en el hecho de que entre su prohijado y la víctima no existió convivencia en ningún tiempo y por tanto no se configuró unidad familiar, en consecuencia la conducta desplegada por su defendido lejos está de enrostrar el punible de violencia intrafamiliar, advierte la Sala desde ya que no le asiste razón al recurrente en tanto el artículo 229 del Código Penal establece:

“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.”

Ahora bien, el concepto de familia para los delitos consagrados en la Ley 599 de 2000 ha sido regulado en el artículo 2° de la Ley 294 de 1996 que establece:

“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.”

Tal regulación normativa fue desarrollada posteriormente por la Ley 1257 de 2008 que adicionó el artículo 230 Penal, estableciendo que para efectos del bien jurídico que protege a la familia, habría de entenderse que el grupo familiar lo comprende, entre otros, el padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo lugar.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con fundamento en lo establecido por la Corte Constitucional ha desarrollado el concepto de familia, de la siguiente manera:

“2.3. Ahora bien, la Corte Constitucional ha definido la violencia intrafamiliar como

*todo daño o maltrato físico, psíquico o sexual, trato cruel, intimidatorio o degradante, amenaza, agravio, ofensa o cualquier otra forma de agresión, producida entre miembros de una familia, llámese cónyuge o compañero permanente, padre o madre, aunque no convivan bajo el mismo techo, ascendientes o descendientes de éstos incluyendo hijos adoptivos, y en general todas las personas que de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica (Cfr. CC C-059/2015).*

El concepto de familia ha sido entendido por la ley y la jurisprudencia desde una perspectiva amplia, no restrictiva.

...

*De este modo, 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.*

...

2.4. Surge evidente, entonces, que el propósito del legislador, al tipificar esa conducta como delito, es amparar la armonía doméstica y la unidad familiar, sancionando así penalmente el maltrato físico o psicológico infligido sobre algún

integrante de la familia. Bajo esa línea, el elemento esencial para que el mismo se configure es que ese maltrato provenga de y se dirija sin distinción hacia un integrante del núcleo familiar o de la unidad doméstica, en tanto el concepto de familia no es restringido ni estático, sino que evoluciona social, legal y jurisprudencialmente.

Obsérvese, por ejemplo, que, con la modificación introducida por el artículo 33 de la Ley 1142 de 2007 al canon 229 del Código Penal, también incurre en él la persona encargada del cuidado de la víctima en su domicilio o residencia. Precepto hallado acorde a la Carta Política en la sentencia CC C-368/2014, en cuya decisión, respecto, del mentado injusto, la Corte Constitucional sostuvo:

*De otra parte, para la adecuación típica del delito de violencia intrafamiliar, como lo enseña la teoría del delito, es necesaria la existencia de antijuridicidad material en la conducta. Señala el artículo 11 de la Ley 599 de 2000. "Antijuridicidad. 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."*

*En este caso, el bien jurídico tutelado por el tipo penal definido en el artículo 229 de la Ley 599 de 2000 es la familia, de tal forma que si la violencia, sea cual fuere el mecanismo para infligirla, trae como consecuencia la afectación de la unidad y armonía familiar, rompe los vínculos en que se fundamenta esta estructura esencial de la sociedad, habrá antijuridicidad, elemento necesario para sancionar penalmente la conducta, por cuanto no es la integridad física el bien jurídicamente protegido por este infracción penal.*

2.5. De lo expuesto se tiene que las características del tipo penal de violencia intrafamiliar son:

- El bien jurídico protegido es la familia.
- Los sujetos activo y pasivo son calificados, en cuanto uno y otro deben ser miembros de un mismo núcleo familiar, entendiendo este concepto en su sentido amplio, tanto así que, incluso, puede ser sujeto activo quien no teniendo tal carácter esté encargado del cuidado de uno o varios miembros de la familia en su domicilio o residencia.
- El verbo rector es maltratar física o psicológicamente, que incluye, tal como lo destacó la Corte Constitucional en CC C-368/2014, agresiones verbales, actos de intimidación o degradación y todo trato que menoscabe la dignidad humana. ...."<sup>1</sup> -Subrayas intencionales de la Sala-

De lo relacionado, deviene lógico que ninguna condición de convivencia entre víctima y victimario exige la norma para la configuración del delito, como erradamente lo afirma el censor, pues la intención del legislador en la consagración del tipo penal de violencia intrafamiliar se

---

<sup>1</sup> Sentencia SP16544-2014, radicación N° 41315 del 3 de diciembre de 2014, magistrado ponente EYDER PATIÑO CABRERA

limitó a la protección del núcleo familiar entendido en forma amplia y para nada restrictiva o restringida a la convivencia; reflejándose la intencionalidad del constituyente en que dicho vínculo se perfecciona, entre otros, con la sola condición de padres de un hijo en común, de ahí que cuando se hable del *“padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo lugar”*, no se haga referencia a ellos entre sí, sino a cada uno de los mismos frente a sus descendientes, incluso, hijos adoptivos.

Lo anterior, porque en todo caso, resulta más relevante acoger el derecho fundamental de los menores a tener una familia<sup>2</sup> sin que para ello sea necesario que sus progenitores estén casados por algún rito, sean compañeros permanentes o convivan en el mismo hogar.

Así, en el presente evento, está más que acreditada la calidad de padre y madre que respecto del mismo hijo recién nacido tienen **Mayerlin Andrea Ayala Bermúdez** –víctima- y **Elkin Mauricio Ríos Tangarife** –victimario-, sin que para la configuración del tipo penal de violencia intrafamiliar, importe si estos conviven o no bajo el mismo techo o si persiste la relación de noviazgo que hasta hace poco sostenían, solo determinar, además de la calidad de padres de familia ya dicha, la existencia de la violencia o maltrato psicológico o físico en la señorita Ayala Bermúdez y que dicha conducta no encuadre independientemente dentro de otro tipo penal sancionado con mayor severidad.

La prueba recaudada en el juicio oral, da cuenta de la tipicidad de la conducta reprochada a **Ríos Tangarife** en tanto el acto agresivo que este desplegara en la humanidad de la madre de su descendiente se adecua perfectamente a la

---

<sup>2</sup> Artículo 44 Constitución Nacional

figura descrita en el artículo 229 del Código Penal –violencia intrafamiliar agravada-.

## 5.2. VALORACIÓN PROBATORIA

Plantea la recurrente como segundo y tercer punto de apelación el hecho de que la prueba recaudada es imprecisa, ya que la testimonial no resulta creíble porque, además de ser contradictorias, los testigos son familiares de la víctima y por ende tiene interés en las resultas de la causa penal.

De otro lado, considera que no se probó en juicio que la agresión a la víctima fuera de la magnitud narrada por sus familiares, pues no se allegó la historia clínica y el dictamen de medicina legal da cuenta únicamente de unas laceraciones en la rodilla, pero jamás que se hubiera arrastrado a la víctima 200 mts colgada de una motocicleta, dicho que por demás resulta increíble si se tiene en cuenta la falta de pericia de su defendido en el manejo del automotor.

Empero, contrario a lo que asevera la defensa, encuentra la Colegiatura al estudiar el haz probatorio recaudado en la etapa de juicio oral que evidentemente se presentó como prueba de cargo los testimonios de Mayerlin Andrea Ayala Bermudez, víctima, y María Ruby Bermúdez y Juan Carlos Piedrahita Castro, madre y padrastro de la ofendida, respectivamente, y testigos presenciales de los hechos, quienes dieron cuenta de que entre la víctima y el procesado existió una relación de noviazgo y fruto de ello nació un bebe de apenas dos meses de edad para el momento de la ocurrencia de los hechos juzgados, que el día del suceso **Ríos Tangarife** se encontraba visitando a su hijo y se produjo una discusión porque este se quería llevar al

recién nacido y ante la negativa de la madre hubo malas palabras, el procesado la arrastró en la moto en la que se encontraba montado y a la que estaba recostada la víctima causándole lesiones que le generaron una incapacidad médico legal.

Como por regla general los delitos de violencia intrafamiliar se producen al interior del hogar, en un ámbito de intimidad, es lo cierto que los integrantes del núcleo familiar resultan ser los testigos de excepción de este tipo de actos de maltratos o agresión física, psicológica o sexual y, en consecuencia, son estos parientes los primeros en ser llamados a rendir la declaración en juicio sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurre o no la conducta imputada.

Así, en el caso que ahora nos ocupa, tanto la madre de la lesionada, como su padrastro fueron testigos directos no solo de la discusión que tuvieron el procesado y la víctima, sino de los instantes posteriores, cuando este la agarró y la arrastró con su motocicleta causándole las lesiones ya conocidas y por ende, los dichos que estos testigos vertieron en juicio, que como ya se dijo para nada resultan contradictorios, deben tenerse en cuenta al momento de emitir la sentencia condenatoria en contra de **Ríos Tangarife** sin que necesariamente se les deba restar credibilidad por el simple hecho de ser parientes de la afectada.

Al respecto, advierte la Sala que las narraciones de los familiares de la víctima no solo son claras y precisas, sino que se corresponden con lo dictaminado por el médico legista, quien también declaró en juicio, además no se advierte en ellas ningún interés perverso en perjudicar al joven Elkin, de manera que la defensa no puede señalarlos como sospechosos, solo porque no favorecen su teoría del caso, menos si no logró en el ejercicio del

contrainterrogatorio impugnar su credibilidad o desdibujar lo que percibieron con sus sentidos.

Así lo expuso la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia al referir lo siguiente:

“De igual modo, aunque bien ha sostenido la jurisprudencia, no es viable repudiar de plano el testimonio de familiares o amigos de alguna de las partes involucradas - víctima y victimario-, porque pese a la probable falta de objetividad que pudiera surgir del interés natural de favorecer a los consanguíneos y allegados, algún contenido de verdad puede estar inmersa en su versión, las reglas de apreciación de este tipo de prueba, recomiendan someter a ese testigo a un exhaustivo análisis en los términos del artículo 404 de la ley 906 de 2004, el cual atiende a “la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo esa percepción, las circunstancias de tiempo y modo en que lo percibió, los procesos de memorización, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad”, hecho lo cual, se debe avanzar hacia un estudio concatenado de dicho medio de convencimiento con los demás practicados en juicio, para de esta manera identificar si la declaración es digna o no de crédito”<sup>3</sup>

Ahora, en lo que tiene que ver con que no hay prueba de que el acusado haya arrastrado a la víctima con su motocicleta, porque no hay historia clínica que refleje las lesiones descritas por el médico legista que declaró en juicio, considera la Sala que tal argumento es equivocado, en primer lugar porque para la configuración del delito de violencia intrafamiliar no se exige la demostración de una lesión corpórea sino de un maltrato físico o psicológico y en segundo lugar porque es inadmisibles que la defensa pretenda restarle credibilidad a un testigo de la Fiscalía, usurpando los conocimientos de este y asumiendo directamente un rol para el que no tiene capacitación pericial alguna y, además, porque si lo pretendido por la recurrente era que se desestimara el dicho del médico legista, debió, en sede del interrogatorio, desplegar alguna actividad tendiente a desvirtuar la conclusión a la que este llegó, pero como así no lo hizo, no es válido que ahora cuestione la

---

<sup>3</sup> Sentencia radicado 34536 M.P. del 6 de marzo de 2013, M.P. José Luis Barceló Camacho

confiabilidad de la peritación y el método utilizado cuando en su momento ni siquiera lo puso de presente.

Censurable resulta para esta Corporación que la apelante le atribuya la culpa de los hechos a la víctima, solo porque se recostó tranquilamente en la moto, pues ese argumento no solo es contrario a las leyes de la lógica, en el sentido de que era físicamente imposible para ella saber que este iba a reaccionar de una forma tan agresiva como lo hizo, sino que ese tipo de razonamientos constituyen una práctica consuetudinaria de tolerancia de la violencia contra la pareja, lo cual está abiertamente proscrito por la Constitución Política y los tratados internacionales suscritos por Colombia destinados a evitar y erradicar toda forma de violencia contra la mujer.

Concluye esta segunda instancia que los argumentos de la recurrente sobre la deficiencia probatoria o mala apreciación de la prueba, no están llamados a prosperar, en primer lugar, porque resulta totalmente ajeno al Sistema Penal Acusatorio pretender que la controversia de la prueba se efectúe en forma oficiosa por el juez, cuando ello es un deber que se encuentra asignado exclusivamente a las partes (artículo 15 y 361 de la ley 906 de 2004) y, en segundo lugar, porque el hecho de que los testigos de cargo sean parientes de la víctima, no puede ser un criterio para minar *per se* su credibilidad.

Conforme lo expuesto, es claro que la decisión del juez de conocimiento, luego de que analizara la prueba en conjunto, resulta acertada y acorde con la realidad fáctica y no se advierte en ella ningún desconocimiento de las reglas de apreciación que permita revocar el fallo, de ahí que el fallo de primera instancia deba ser **CONFIRMADO** en esta oportunidad.

### 5.3. CUESTIÓN ADICIONAL

Finalmente, en lo que tiene que ver con petición subsidiaria que realiza la defensa, esto es que se le conceda a su defendido el subrogado de la prisión domiciliaria con permiso de trabajo y estudio, ya no que no tiene antecedentes penales, no representa un peligro para la sociedad y además que debe continuar asumiendo los gastos básicos de su hijo menor de edad, tampoco será despachado favorablemente por este Tribunal, en tanto la petición que plantea debe analizarse a la luz del artículo 38 Penal y la Ley 750 de 2002 y tiene una carga probatoria suficientemente alta, pues debe acreditarse la condición de padre o madre cabeza de familia del procesado, y tal hecho evidentemente no fue probado en su momento.

No obstante, aunque así no lo hubiera solicitado la defensa, de analizarse tal pedimento con base en el artículo 38B C.P., el mismo tampoco deviene favorable al procesado, en tanto el delito por el que está siendo juzgado excluye expresamente la concesión de tal beneficio.

En mérito de lo expuesto, **la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

### RESUELVE

**PRIMERO: CONFIRMAR** en todas sus partes la sentencia apelada con fecha del 9 de julio de 2015 emanada del Juzgado Veintiséis Penal Municipal Mixto de Medellín que decidió **CONDENAR** al señor **ELKIN MAURICIO RIOS TANGARIFE**, como autor del delito de violencia intrafamiliar agravada, a la pena principal de

**72 MESES DE PRISIÓN;** como a las penas accesorias de inhabilitación de derechos y funciones públicas por un lapso igual a la pena principal y la prohibición de aproximarse a la víctima y/o a los integrantes de grupo familiar por igual tiempo que la pena principal. Así como también, la negación de los beneficios de suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

**SEGUNDO:** Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de Casación, ante la Sala Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en los términos del artículo 180 y SS de la Ley 906 de 2004. Envíese copia de esta decisión al juzgado de primera instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO**  
**Magistrado**

**RICARDO DE LA PAVA MARULANDA**  
**Magistrado**

**ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ**  
**Magistrado**  
**(Con salvamento de voto)**

## SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, 22 de enero de 2016

Doctores  
**LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO y  
RICARDO DE LA PAVA MARULANDA**  
Magistrados

**Referencia:** SALVAMENTO DE VOTO  
**Radicado:** 05212-60-00206-2014-11399  
**Procesado:** ELKIN MAURICIO RIOS TANGARIFE

Respetados compañeros, si bien en el caso de la referencia, no estuve de acuerdo con dos de los tres motivos de inconformidad planteados por la recurrente, considero que en este caso, sí le asistía razón, en el sentido de que la conducta protagonizada por su defendido no se adecúa dentro del delito de violencia intrafamiliar debido a que para el 4 de marzo de 2014 entre el acusado y la víctima no existía unidad de familia, por las razones que pasan a exponerse.

El artículo 229 del Código Penal establece que 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 4 a 8 años, sanción que se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes siempre que la conducta recaiga sobre un menor, una mujer, una persona mayor de 65 años o que se encuentre en incapacidad o disminución física, sensorial y psicológica o quien se encuentre en estado de indefensión.

Destaca el legislador en el párrafo único de dicho canon que 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 los párrafos anteriores.

Ahora bien, el concepto de familia ha sido entendido por la ley y la jurisprudencia de manera amplia, no restrictiva. La Corte Constitucional ha indicado que i) lo que buscó el constituyente fue “*consagrar un amparo especial a la familia, protegiendo su unidad, dignidad y honra*” (Sentencia C-059/05) ii) lo pretendido por aquél al introducirlo como tipo penal autónomo fue “*asegurar la protección integral de la familia*” (Sentencia C-029/09) y iii) el ámbito de proyección no se reduce tan solo al simple concepto de familia, sino se extiende a 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 mantiene con otra persona, relación que, tratándose de parejas, surge del hecho de compartir un proyecto de vida común (Ibíd).

La Corte Constitucional ha definido la violencia intrafamiliar como: “*Todo daño o maltrato físico, psíquico o sexual, trato cruel, intimidatorio o degradante, amenaza, agravio, ofensa o*

*cualquier otra forma de agresión, producida entre miembros de una familia, llámese cónyuge o compañero permanente, padre o madre, aunque no convivan en el mismo techo, ascendientes o descendientes de éstos incluyendo hijos adoptivos, y en general todas las personas que de **manera permanente** se hallaren integrados a la unidad doméstica”<sup>4</sup> (lo resaltado es mio)*

En otra oportunidad indicó la misma Corporación:

*De este modo, 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<sup>5</sup>. [Negritas fuera del texto original]*

*Bajo ese panorama “el elemento esencial para que el mismo se configure es que el maltrato provenga de y se dirija sin distinción hacia un integrante del núcleo familiar o de la unidad doméstica, en tanto el concepto de familia no es restringido ni estático, sino que evoluciona social, legal y jurisprudencialmente<sup>6</sup>”*

De manera que para imputar al delito de violencia intrafamiliar, la Fiscalía tiene la carga de demostrar que: i) tanto agresor como víctima hacen parte de un mismo núcleo familiar, ya sea que estén unidos por un vínculo de consanguinidad, jurídico o por razones de convivencia, y ii) se ha infringido un maltrato físico o psicológico a uno de ellos.

Cabe destacar que para efectos de la Ley 294 de 1996, que en su artículo 22 elevó a categoría de delito todo maltrato que realice una persona sobre cualquier miembro de su núcleo familiar, se entiende por este:

- 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 hallan integrado a la unidad doméstica.*

Sea la oportunidad para indicar que, cuando se habla “del padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo lugar”, no se hace referencia a ellos entre sí, sino a cada uno de los mismos frente a sus ascendientes o descendientes, incluso, hijos adoptivos (vínculos consanguíneos o jurídicos, según sea el caso).

De ahí que para que exista familia “es suficiente que de un hombre y una mujer se puedan predicar las calidades de padre y madre de un determinado hijo. Por ello, es capital, es que

<sup>4</sup> Corte Constitucional sentencia C-059 de 2005

<sup>5</sup> Corte Constitucional C-029 de 2009

<sup>6</sup> Corte Suprema de Justicia M.P. Eyder Patiño Cabrera Rdo. 41315 SP-16544-2014

*el menor tiene derecho a una familia (Art. 44 C.N.) así sus progenitores no estén unidos por vínculo matrimonial, ni sean compañeros permanentes, o no convivan en un mismo hogar...*" (Cita traída a colación en la sentencia apelada).

Con este introito y conforme la prueba recaudada en el juicio oral, resulta palmario que no existe vínculo consanguíneo o jurídico (entiéndase matrimonio, unión marital de hecho o convivencia permanente) entre el acusado y la señora Mayerlin Andrea Ayala Bermúdez, en tanto que en punto a la unidad de familia *"es necesario que dentro del proceso se demuestre, por lo menos, la convivencia de la víctima y del victimario bajo un mismo techo y las relaciones de afecto existentes en razón de la coexistencia"*<sup>7</sup>.

Contrario a ello, nótese que ninguno de los testigos presenciales de los hechos dieron cuenta que el joven **Ríos Tangarife** haya convivido o conviviese con la joven **Ayala Bermúdez**, por el contrario, todos son contestes en señalar que ambos jóvenes vivían en residencias separadas, que tuvieron un noviazgo complicado debido a los celos de este y que terminó cuando nació su hijo dos meses antes, además la ofendida siempre se refiere a él como su ex pareja, que el día del suceso este se encontraba visitando a su hijo y que discutieron porque este se lo quería llevar, de donde se deviene que no compartían el mismo hogar, ni mucho menos una unidad doméstica, tampoco con el contenido de permanencia y peor aún no había un compromiso de vida en común, de lo que se extrae con suma facilidad de la actuación es que dentro de la relación de noviazgo la víctima quedó en embarazo, pero hasta ahí. Por ello hablar que existía "familia" en esa relación es un abierto despropósito.

Conforme a ello la conducta protagonizada por el procesado es atípica frente al punible de violencia intrafamiliar a él atribuido toda vez que ni son compañeros permanentes, ni mucho menos se puede hablar de "familia" en este caso. No obstante, de los hechos se desprende sin lugar a dudas que el señor Elkin Mauricio lesionó físicamente a la madre de su hijo, con lo cual le ocasionó una incapacidad médico legal de 16 días según el Instituto de Medicina legal y conforme a ello, lo consecuente no era absolverlo sino efectuar una variación de la calificación jurídica y condenarlo por el delito de lesiones personales de que trata el inciso 1° del artículo 112 del Código Penal, partiendo de que en este evento se cumplen las condiciones legales expuestas por la Corte Suprema<sup>8</sup> para dictar un fallo de sustitución, tratándose de una disconformidad de carácter estrictamente jurídico, como a continuación se demuestra.

En gracia a la discusión, en este caso tampoco se vulnera el bien jurídico de la FAMILIA, pues como se ha comentado en la situación de hecho tal elemento no se da, reitero no existe la relación de familia entre víctima y victimario, obvio sí se da una lesión a la integridad física de la mujer, será otra la consecuencia, se exige eso sí para la variación.

### **1. Que la nueva variación respete el núcleo fáctico**

---

<sup>7</sup> Corte Suprema de Justicia sentencia de 4 de agosto de 2010 M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán Rdo. 34510

<sup>8</sup> C.S.J. SP4366 de 16 de abril de 2015 M.P. José Leónidas Bustos Martínez Rdo. 38179

El principio de congruencia constituye garantía derivada del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política y su finalidad es asegurar que el sujeto pasivo de la acción penal sea condenado, si hay lugar a ello, por los mismos cargos por los que se le acusó, sin lugar a sorprenderse a última hora con imputaciones frente a las cuales no tuvo oportunidad de ejercer el derecho de contradicción.

Ahora bien, en la Ley 906 de 2004 dicho principio está consagrado en el artículo 448 cuando establece: *“El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se haya solicitado condena”*. Al respecto se tiene que la Fiscalía en la formulación de imputación comunicó al señor Ríos Tangarife el delito de violencia intrafamiliar agravada de que trata el artículo 229 del C.P. por haber causado lesiones físicas a la madre de su hijo de 2 meses de edad, debido a una riña que sostuvieron, según los testigos por la custodia y el régimen de visitas del niño.

En iguales términos, el acontecer fáctico fue expuesto en el escrito de acusación, el cual se sostuvo a lo largo de las diferentes audiencias, en especial en el juicio oral, donde los testigos de cargo dejaron clara la naturaleza y entidad de las lesiones de la joven Mayerlin Andrea, así como la incapacidad médico legal provisional de 16 días, según informe del Instituto Nacional de Medicina Legal. Finalmente en los alegatos de conclusión, la Fiscalía solicitó condena por el delito de violencia intrafamiliar agravada según el inciso 2 del artículo 229 del Código Penal.

De esa manera, no surge la menor duda que los hechos atribuidos al procesado Elkin Mauricio Ríos Tangarife se subsumen en el tipo penal de lesiones personales, no así en aquel por razón del cual se le acusó, pues el aludido maltrato a Mayerlin Andrea Ayala Bermúdez se realizó sin que ella conviviese con el padre de su hijo o tuviese relación alguna con este, requisito sin el cual no se adecúa la conducta al tipo de violencia intrafamiliar.

Así que resulta palmario que el núcleo fáctico de la acusación es comprensivo de los hechos que sirven de sustento para la condena por el delito de lesiones personales.

Es que los elementos que estructuran el atentado contra la integridad personal forman parte de las conductas punibles por las que fue acusado Ríos Tangarife es decir, de la violencia intrafamiliar, circunstancia que por supuesto le permitió ejercer a plenitud su derecho a la defensa, porque era posible que solicitara pruebas tendientes a controvertir los hechos que se le imputaron fáctica y jurídicamente.

En esta oportunidad, se respeta el núcleo fáctico de la conducta punible imputada en la acusación y, por tanto, se cumple el primero de los requisitos a los que se ha hecho mención; en esos términos la variación de la calificación, no desconoce el principio de congruencia, garantizando las reglas del debido proceso en su estructura básica y la garantía de defensa que concierne al acusado.

La variación de la calificación en esta oportunidad conserva el aspecto medular de los hechos, pues el acusado directamente o a través de su defensor ha tenido la oportunidad de desvirtuarlos mediante la aportación de pruebas o de controvertir el alcance dado a los mismos a través de argumentaciones de carácter intelectual, comportando su adecuación jurídica una labor que procederá a efectuarse de manera definitiva en el presente fallo.

Se podrá alegar que esa clase de lesiones es querellada y, además, se debe agotar la diligencia de conciliación, para responder a la primera inquietud tenemos que es claro que existe una declaración jurada de la víctima que además fue fundamento para la imputación (fl 25), ello suple la querrela. Lo segundo, tal diligencia puede y debe hacerse dentro del mismo proceso, ello en desarrollo de principios constitucionales y de Bloque de Constitucionalidad como es el derecho de participar en los conflictos en que se es parte y en orden a solucionarlos ( art. 2 de la C. P.) a más del de justicia restaurativa ( art. 250 de la C. P.). Ahora, desde el punto de vista procesal es claro que es funcionario judicial es competente para sanear los yerros procesales cometidos o las irregularidades que se presenten de conformidad con lo establecido en el artículo 25 de la ley 1285 de 2009 que es una modificación a la ley estatutaria de la administración de justicia y el 10 del C.P.P.; obvio que ese proceso impone el respeto de derechos fundamentales y que se cumpla el fin último que pretende la norma que no es otro que el de dar prelación a lo sustancial sobre lo procesal conforme al artículo 228 de la Carta.

En consecuencia, con todo y la variación de la calificación, se ha mantenido el núcleo esencial de la imputación fáctica, con lo que se garantiza plenamente el ejercicio del derecho de defensa, pues esa es la base de la cual se deriva la calificación jurídica que, realmente, corresponde aplicar.

## **2. Que se proceda por delitos del mismo género**

La Corte Suprema de justicia en varias ocasiones ha indicado que al exigir que se trate de delitos del mismo género, se refiere a que sean punibles tutelados por el mismo bien jurídico<sup>9</sup>. Ahora bien, en principio, podría pensarse que tal exigencia no se cumple en el caso *sub examine*, pues la violencia intrafamiliar forma parte del Título VI del Código Penal “DELITOS CONTRA LA FAMILIA”, al paso que las lesiones personales hacen parte del Título I “DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD PERSONAL”.

Sin embargo, una lectura sistemática de una y otra conducta punible permiten a la Sala concluir que se tratan de delitos del mismo género. Para fundamentar la anterior premisa, vale la pena traer a colación la diferenciación que ha hecho la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia respecto de los delitos monofensivos y pluriofensivos:

*Los primeros son aquellos cuya finalidad se encuentra orientada a proteger un solo bien jurídico, como ocurre, por ejemplo, con el delito de estafa que asegura el patrimonio económico.*

---

<sup>9</sup> Al respecto, C.S.J. fallo de 15 de octubre de 2014 M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández Rdo 41253 y SP4366 de 16 de abril de 2015 M.P. José Leónidas Bustos Martínez Rdo. 38179, entre otras

*Los delitos pluriofensivos comportan la protección simultánea de dos o más bienes jurídicos, como sucede con el delito de secuestro extorsivo, en el cual se protege tanto la libertad personal individual, como el patrimonio económico. En estos casos, corresponde al legislador seleccionar dentro de los varios bienes jurídicos susceptibles de protección, aquél que en su criterio y de conformidad con el plexo de valores de la Carta Política resulte de mayor importancia al momento de ubicar el tipo dentro de un conjunto normativo<sup>10</sup>.*

Pues bien, en atención a ello, el artículo 229 del C. P., señala que incurre en violencia intrafamiliar *“el que maltrate física o psicológicamente a cualquier miembro de su núcleo familiar”* y que la pena prevista para esa conducta se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes *“cuando la conducta recaiga sobre un menor, una mujer o una persona mayor de sesenta y cinco años o que se encuentre en incapacidad o disminución física, sensorial o psicológica o quien se encuentre en estado de indefensión”*.

Ahora, es necesario referirse a los elementos típicos que contiene esa definición, para corroborar la posibilidad de confundirlo con el género al que corresponde el delito de lesiones personales.

La violencia intrafamiliar es un ilícito de mera conducta, se perfecciona con la simple ejecución de *“maltratar<sup>11</sup>”*, bien sea en el orden físico, síquico o sexual, por tanto no exige en fase de adecuación típica objetiva, la producción de ningún hecho o resultado, sea de naturaleza física o naturalística. *“La realización del hecho no amenaza los bienes jurídicos comprendidos en la familia, sino que efectivamente los vulnera”<sup>12</sup>* (subrayado por la Sala) Además, se trata de un tipo penal subsidiario dado que expresamente se prevé que el comportamiento descrito, consistente en infligir **maltrato físico o psicológico**, sólo será reprimido con la consecuencia punitiva fijada en la misma, siempre que tal acción no constituya delito sancionado con pena mayor.

Los sujetos, tanto activo como pasivo son calificados, toda vez que deben hacer parte del mismo núcleo familiar o unidad doméstica, estos son, el cónyuge o compañero permanente, el padre o madre así no convivan en el mismo hogar (*en los términos indicados en el acápite anterior*) los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos así como todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integradas a la unidad doméstica.

El precepto penal establece, además, una circunstancia específica de agravación para cuando la conducta reprochada se ejecuta sobre miembros del núcleo familiar que se hallan en especial condición de vulnerabilidad, a saber, un menor, una mujer, una persona mayor de sesenta y cinco años o que se encuentre en incapacidad o disminución física, sensorial o

---

<sup>10</sup> C.S.J. providencia de 12 de octubre de 2006 M.P. María Pulido de Barón Rdo. 25465

<sup>11</sup> que incluye, tal como lo destacó la Corte Constitucional en sentencia C-368/2014, agresiones verbales, actos de intimidación o degradación y todo trato que menoscabe la dignidad humana.

<sup>12</sup> Pedro Alfonso Pabón Parra, Manual de Derecho Penal, Octava Edición, Tomo II Parte Especial, ediciones Doctrina y Ley Ltda. Pag 343, Bogotá 2011

psicológica, o que se halle en estado de indefensión. Adiciónese a ello que la violencia intrafamiliar no es querellable y, por ende, no conciliable.

De otro lado, la conducta punible de lesiones personales está definida en el artículo 111 del Código Penal en los siguientes términos: “*el que cause a otro daño en el cuerpo o en la salud, incurrirán en prisión...*”

Descripción de la que se desprenden claramente tres elementos: un sujeto activo singular indeterminado; causar daño en el cuerpo o en la salud; y, un sujeto pasivo indeterminado singular.

Corolario de lo visto en el numeral precedente se concluye, sin lugar a dudas, que la violencia intrafamiliar es un delito pluriofensivo, pues si bien el legislador presume que se pone en peligro a la familia al “*maltratar*” física, psíquica o sexualmente, lo cierto es que también atenta contra otros bienes jurídicos como por ejemplo la vida e integridad personal así como la libertad, integridad y formación sexual. No obstante, el legislador colombiano en ejercicio de la facultad de configuración enmarcada dentro de una especial política criminal, en tratándose de personas del núcleo familiar o unidad doméstica, dio prevalencia al bien jurídico de la familia.

Al respecto ha dicho la máxima Corporación de la jurisdicción ordinaria:

*“Existen, en verdad, descripciones típicas que afectan diversos intereses jurídicos y como no procede –por razones de técnica legislativa- su ubicación dentro de varios títulos o capítulos del código, el legislador mismo ha escogido lugar dando prelación a uno solo de los varios objetos jurídicos afectados”<sup>13</sup>.*

De manera que la introducción de esos elementos para adecuar la conducta imputada de violencia intrafamiliar al delito de lesiones no significa variar el género de aquella, pues ambos tipos penales comportan la protección a la integridad física.

Y es que “*el maltrato debe revestir una relevancia y significativa entidad, todo en relación con el principio de insignificancia que obligó a excluir conductas de tan escasa entidad que no entrañan la menor lesión al bien jurídico protegido<sup>14</sup>*”, tan es así, que en el evento en que exista una agresión física de un sujeto hacia un miembro de su familia o unidad doméstica que constituya una lesión física que comporte una pena superior a la establecida para el tipo penal de violencia intrafamiliar la norma a aplicar sería la establecida en el bien jurídico de la vida e integridad agravada según el artículo 119 del C.P. en concordancia con el ordinal 1° del canon 104 ídem, evento en el cual se presentaría un concurso aparente de conductas punibles.

---

<sup>13</sup> C.S.J. providencia de 8 de agosto de 2007, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez Rdo, 27969 en la cual se trae a colación la sentencia de 22 de agosto de 1989, Radicado 2662

<sup>14</sup> Pedro Alfonso Pabón Parra, Manual de Derecho Penal, Octava Edición, Tomo II Parte Especial, ediciones Doctrina y Ley Ltda. Pag 346, Bogotá 2011

En cambio, a manera de ejemplo, pueden existir acciones del padre de familia que implican amenazas contra el bien jurídico como la reiteración de pequeños golpes que si bien no alcanza a configurar lesiones personales, sí hacen parte del “maltrato” en los términos del artículo 229 del Código penal.

En ese orden de ideas, se tiene que en el caso *sub judice* el delito de violencia intrafamiliar comporta el mismo género que el de lesiones personales, pues si bien los mismos están ubicados en diferentes capítulos del C.P., lo cierto es que con ambos, el legislador busca proteger en mayor o menor intensidad, el bien jurídico de la integridad personal.

### **3. Que no implique agravación de la situación jurídica**

En el caso *sub examine*, es indiscutible que la nueva calificación jurídica, es decir, el ilícito de lesiones personales versa sobre un delito para el que se consagra una sanción menor.

Nótese que la violencia intrafamiliar agravada por la cual fue condenado el señor Ríos Tangarife establece una pena de 72 a 168 meses de prisión, mientras que las lesiones personales de que trata el inciso 1° del artículo 112 del C.P., esto es, para quien cause un daño consistente en incapacidad para trabajar o en enfermedad inferior a 30 días, comportan una sanción punitiva de 16 a 36 meses.

Vale destacar que las lesiones personales descritas en el párrafo anterior requieren querrela, presupuesto procesal que se advierte en el caso *sub examine* con la demanda que interpusiera el 05 de marzo de 2014 la señora Mayerlin Andrea contra el acusado, según consta en la caratula del caso y en el escrito de acusación. Luego en el caso de trato, también se cumple con la citada exigencia.

### **4. Que no afecte derechos fundamentales de otros sujetos intervinientes**

Finalmente, en cuanto se refiere al cuarto y último de los requisitos en cuestión, la Sala no advierte que con la condena sustitutiva se hubieran afectado las garantías de otros sujetos intervinientes.

Por las anteriores razones, considero que en este caso lo consecuente era dictar un fallo de sustitución por el delito de lesiones personales y no confirmar la providencia apelada, toda vez que a mi juicio, no se configuró el delito de violencia intrafamiliar.

Una última reflexión: Si bien respeto y admiro los movimientos de minorías en orden a lograr una igualdad material, en especial en lo que atañe a los grupos feministas, los resultados objetivos de esas políticas han sido nefastos para nuestra sociedad, las leyes como las que modificaron el tipo penal o la que determinó la iniciación oficiosa para los mismos están generando el efecto contrario al esperado pues ha debilitado la ya débiles relaciones familiares de muchas personas y también el mismo concepto de familia como institución. Por otra parte, la solución penal está indicando más una expresión del discurso de derecho penal de enemigo, “*del hombre como el enemigo violento de la mujer el cual hay que*

*castigar ejemplarmente*”, imponer sanciones como la presente de setenta y dos (72) meses de prisión efectiva de la libertad, por demás porque no tiene subrogados ni beneficios punitivos, no es la mejor solución al conflicto social y de familia que vive nuestra sociedad, véase como los referentes paternos de un menor criado con el odio sembrado por la madre en contra del padre, no garantiza en nada un buen futuro para aquel, mantener un fundado rencor del padre que por culpa de la existencia del menor está en la cárcel con seguridad que no garantiza una relación sana entre el ascendiente y el descendiente.

El desafío nuestro como jueces, más que verdugos, es el de ser factores de paz y reconciliación, alternativas tales como la aplicación de efectivos mecanismos de justicia restaurativa, o la aplicación a la vez de principio de oportunidad en varias de sus causales, numerales 1, 7, 14, del artículo 324 del C.P.P. me parecen mucho más eficientes, pues el objetivo fundamental no es meter al padre a la cárcel sino generar un ambiente de paz, de concordia y solidaridad entre los padres, aun en el evento que no constituyan familia, es una solución mucho más civilizada que la prisionalización. Pensar por ejemplo que el victimario, como también la víctima, se comprometan a realizar procesos terapéuticos y psicológicos en orden a solucionar los problemas evidentes que tienen (art. 326 literales h, i, j, k, m del C.P.P.) y que dieron pie al conflicto, para ello se puede suspender la pena para que el padre no solo cumpla su deber de padre a más que su responsabilidad económica, es mucho mejor que utilizar la herramienta punitiva como es el criterio de la sala mayoritaria. Insisto, muy respetuosamente, que la misión del juez no es la de ser la boca de la ley sino un realizador de justicia material, de ser solucionador de conflictos sociales, de ser factor de paz y de armonía social. Esta posición que defendiendo no es aislada, empiezan a surgir pronunciamientos conforme con lo aquí sostenido, por ejemplo el Tribunal Superior de Bogotá, en el radicado 2008-2394 del 11 de noviembre de 2011, o el 2011-93901 de la misma fecha anterior del magistrado LEÓN FERNANDO BOLAÑOS, además de esa misma corporación en los radicados 2014-10895 del 30 de junio de 2015 o 2012-10100 del 6 de julio de 2015 del magistrado MANUEL MERCHAN son un buen apoyo de lo sostenido al igual del pronunciamiento 2009-15627 del 3 de diciembre de 2015 del magistrado HENDER ANDRADE del Tribunal de Medellín, en sala con los magistrados APRAEZ Y BUSTAMANTE, también defienden esta misma posición. En los anteriores términos dejo sentada mi inconformidad.

Sin otro particular,

**ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ**  
Magistrado