



República de Colombia
TRIBUNAL SUPERIOR DE CÚCUTA
SALA PENAL

Magistrada Ponente : María Lucía Rueda Soto
Radicación : 540016001238201900622-01 [CI - 234]
Procesado : Óscar Humberto Márquez Contreras
Delitos : Violencia intrafamiliar agravada.
Decisión : Confirma

Aprobada en acta N°. 369.

Cúcuta, Norte de Santander, noviembre veinticuatro (24) de dos mil veinticinco (2025).-

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia condenatoria de octubre 22 de 2024¹, proferida por el Juzgado 4o Penal Municipal con Función de Conocimiento de Cúcuta dentro del proceso adelantado en contra de **ÓSCAR HUMBERTO MÁRQUEZ CONTRERAS** como autor del delito de violencia intrafamiliar agravada, mediante la cual se le impuso una pena principal de seis (06) años de prisión, una pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y se negó la concesión del mecanismo sustitutivo de la suspensión condicional de la pena y la prisión domiciliaria, así como cualquier otro beneficio o sustituto.

HECHOS

Los que fueron objeto de la actuación y reseñados en la sentencia, los cuales se extraen y sintetizan de la siguiente manera:

"...PRIMERA DENUNCIA de fecha 08 de agosto de 2019, bajo radicado 540016001238201900622, en el que la denunciante **Edith Mayerly Melo Conde**, narró que para el día 07 de agosto de 2019 a eso de las 8.30 de la noche tuvo una discusión con su compañero sentimental, el señor **ÓSCAR HUMBERTO MARQUEZ CONTRERAS**, por el precio de un atún que ella había comprado, ya que Óscar decía que ella se había robado \$500 pesos, la trató con palabras soeces como (perra, malparida), esta discusión fue delante de los niños, la humillaba, le decía que si se sentaba afuera de la casa, tenía que pedirle permiso, ya que estaba en casa ajena,

¹ [Consecutivo No. 17, Expediente Digital del Juzgado.](#)

luego ella se fue y se acostó y ÓSCAR se le acostó al lado de ella y empezó a jugar con su hija, pero le daba puños en la espalda, como ella no se aguantó más, le pegó un manotazo por el brazo y ÓSCAR le pegó dos puños por el estómago y otro puño en la pierna.

SEGUNDA DENUNCIA de fecha 26 de septiembre de 2019, bajo radicado 540016001238201900882, en la que la denunciante **EDITH MAYERLY MELO CONDE**, narró que para el día 26 de septiembre de 2019 a eso de las 6.15 de la mañana tuvo una discusión con su compañero sentimental, el señor **ÓSCAR HUMBERTO MARQUE CONTRERAS**, porque él se metió a la habitación, se le montó encima, con las piernas de él, le prensó las piernas a ella, le metió la mano por entre la ropa y le toco la vagina, le decía que tenía ganas, sin importarle que ella tenía 08 meses de gestación, ella le decía que respetara que ahí estaban las niñas, le pedía que se fuera y como no se dejó, ÓSCAR la agarró del cuello, la quería como ahorcar, luego le pegó una cachetada, como ella gritó las niñas se despertaron asustadas, ÓSCAR salió de la habitación pero le dijo "Agradezca que no la pico y guiso aquí" ÓSCAR salió y se fue, después que se enteró de la primera denuncia, ÓSCAR la amenazó para que la retirara la denuncia..."² (sic)

ACTUACIÓN PROCESAL

1. En **octubre 08 de 2020**³, se diligenció el escrito de acusación, cuyo traslado se realizó en la misma data al indiciado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 539 de la Ley 906 de 2004, incorporado por el artículo 16 de la Ley 1826 de 2017, correspondiente al procedimiento abreviado, momento desde el cual la Fiscalía General de la Nación acusó a **ÓSCAR HUMBERTO MÁRQUEZ CONTRERAS** como autor del delito de violencia intrafamiliar agravada, sin que el procesado se allanara a los cargos.

2. En **octubre 27 de 2020**⁴ le correspondió por reparto el conocimiento del proceso al Juzgado 4o Penal Municipal con Función de Conocimiento de esta ciudad, el cual celebró audiencia concentrada en fecha **enero 19 de 2021**⁵. En el marco de esta diligencia, la Fiscalía realizó su enunciación probatoria, compuesta por los testimonios de **EDITH MAYERLY MELO CONDE**, a quien se le reconoció su calidad de víctima al inicio de la audiencia, **INDIRA VILLA BELLUCI**, psicóloga forense adscrita a Medicina Legal y **SONIA PATRICIA CÁRDENAS TRIANA**, funcionaria del CTI en calidad de policía judicial (posteriormente, la Fiscalía renunció a este testimonio), así como por las pruebas documentales, en concreto, las denuncias interpuestas en agosto 08 de 2019, septiembre 26 de 2019, dos informes de investigación de campo de agosto 28 de 2019, realizados por **SONIA PATRICIA CÁRDENAS TRIANA**, y la evaluación de riesgo de fecha septiembre 26 de 2019, realizada por **INDIRA**

² Ibidem.

³ Consecutivo No. 01, Expediente Digital del Juzgado.

⁴ Consecutivo No. 03, Expediente Digital del Juzgado.

⁵ Consecutivo No. 05, Expediente Digital del Juzgado.

VILLA BELLUCI a la víctima, donde se arrojó un riesgo moderado; de la misma forma, se presentaron las razones de pertinencia, conducencia y utilidad. Se fijaron como estipulaciones probatorias la plena identidad y el arraigo del procesado. La defensa, por su parte, descubrió el testimonio del acusado, como parte de su derecho constitucional a declarar en su propio juicio. Ninguna oposición fue presentada. De esta manera, quedó en firme la providencia que decretó todas las pruebas, el saneamiento del proceso y la declaratoria de la condición de víctima.

3. En **septiembre 07 de 2021**⁶, se instaló la audiencia del juicio oral, en la que el delegado de la Fiscalía presentó su teoría del caso mientras que la defensa se abstuvo de hacerlo. Se inició la práctica probatoria con los testimonios de *EDITH MAYERLY MELO CONDE* e *INDIRA VILLA BELLUCI*, a través del cual se incorporó el informe de evaluación de riesgo de fecha septiembre 26 de 2019⁷. Con el objetivo de contar con la presencia del acusado para rendir su testimonio, se suspendió la diligencia y se fijó nueva fecha para su continuación.

La audiencia se reanudó en **enero 25 de 2022**⁸, oportunidad en la cual se inició la práctica de pruebas la defensa, escuchándose al enjuiciado, quien renunció a su derecho a guardar silencio y rindió declaración, culminando de esta manera su ciclo probatorio. En la misma diligencia, se presentaron los alegatos de conclusión del ente persecutor y de la defensa.

7. Tras una reprogramación (julio 07 de 2022⁹); y dos intentos fallidos (noviembre 29 de 2022¹⁰ y abril 18 de 2023¹¹), en **septiembre 19 de 2023**¹², el despachó emitió sentido del fallo de carácter condenatorio frente al punible de violencia intrafamiliar agravada; ante el traslado efectuado de conformidad con el artículo 447 del Estatuto Procedimental Penal, la defensa solicitó concesión de la condena de ejecución condicional o, subsidiariamente, la detención domiciliaria, en atención a la ausencia de antecedentes penales del imputado.

8. En **octubre 22 de 2024**¹³ el Juzgado profirió sentencia condenatoria, cuyo traslado¹⁴ se corrió en la misma data y cuya notificación al procesado se realizó en octubre

⁶ Consecutivo No. 07, Expediente Digital del Juzgado.

⁷ Consecutivo No. 08, Expediente Digital del Juzgado.

⁸ Consecutivo No. 09, Expediente Digital del Juzgado.

⁹ Consecutivo No. 11, Expediente Digital del Juzgado.

¹⁰ Consecutivo No. 12, Expediente Digital del Juzgado.

¹¹ Consecutivo No. 13, Expediente Digital del Juzgado.

¹² Consecutivo No. 15, Expediente Digital del Juzgado.

¹³ Consecutivo No. 17, Expediente Digital del Juzgado.

¹⁴ Consecutivo No. 18, Expediente Digital del Juzgado.

28 de 2024¹⁵. Inconforme con la decisión, la defensa interpuso el recurso de apelación¹⁶ y lo sustentó dentro de los términos que dispone la ley, correspondiéndole la alzada por reparto a este despacho en noviembre 08 de 2024¹⁷.

DECISIÓN IMPUGNADA¹⁸

En fecha octubre 22 de 2024, el *a quo* emitió sentencia de carácter condenatorio en disfavor de **ÓSCAR HUMBERTO MÁRQUEZ CONTRERAS**, toda vez que logró alcanzar el estándar de conocimiento más allá de toda duda razonable sobre su responsabilidad penal.

Antes de abordar el análisis del caso concreto, el juzgador presentó una acotación previa en la cual señaló que se conservaba la competencia estatal de castigar el delito e imponer la pena, dado que la acción penal no se encontraba prescrita; asimismo, destacó que la Fiscalía elaboró la acusación acorde al principio de congruencia y se respetaron los derechos al debido proceso y a la defensa. De forma sucinta, fueron expuestos los antecedentes procesales, la identificación del procesado, las pruebas y los hechos objeto de estudio.

Para la resolución, el Juzgador tomó como referencia el debate probatorio llevado a cabo, destacando el testimonio de la víctima, **EDITH MAYERLY MELO CONDE**, quien de manera coherente y uniforme relató que, a medida que avanzó el tiempo en su relación, empezaron a presentarse conflictos, entre los cuales se mencionaron los episodios de violencia de agosto 07 de 2019 y septiembre 26 de 2019 por parte del acusado. De igual manera, el Despacho valoró que los hechos reflejados en la declaración de la víctima estaban detallados concretamente en el escrito de acusación y fueron respaldado por medios de prueba objetivos. Resaltó el juzgador que la denunciante manifestó que no han vuelto a presentarse hechos de violencia, actualmente están separados, tienen mejor comunicación, y el acusado cumple con las obligaciones alimentarias frente a sus hijos.

Consideró el *a quo* el testimonio del acusado, quien aseveró que el golpe en el estómago que propinó a la víctima durante su embarazo fue en el marco de un juego con su hija, no obstante "*ella se molestó y le mandó un manotazo, entonces él le dio un golpe sin*

¹⁵ [Consecutivo No. 19, Expediente Digital del Juzgado.](#)

¹⁶ [Consecutivo No. 20, Expediente Digital del Juzgado.](#)

¹⁷ [Consecutivo No. 28, Expediente Digital del Juzgado.](#)

¹⁸ [Consecutivo No. 17, Expediente Digital del Juzgado.](#)

*querer en la pierna, que los dos estaban con rabia*¹⁹. En su análisis probatorio, el juzgado, además, trajo a colación la salvedad presentada por el acusado al aducir que **MELO CONDE** habría interpuesto la denuncia siguiendo la sugerencia de una vecina, intentando retirarla posteriormente al haber "*adardado el mal entendido*", lo que no se logró. Se valoró, de la misma forma, que el acusado indicó que la discusión de agosto 07 de 2019 no fue con la víctima sino con la persona que atendía la tienda, por el precio de la lata de atún; igualmente, destacó que **MÁRQUEZ CONTRERAS** afirmó no ser objeto de más denuncias por violencia y no haber tenido intención de causarle daño a la víctima, mucho menos durante su embarazo.

Como fruto de su análisis, el juez encontró que la versión de la víctima es creíble, coherente y encuentra respaldo en la primera versión dada a la Fiscalía y la valoración psicológica realizadas. A ello le sumó que el acusado, por su parte, no negó la agresión, limitándose a argüir en su relato que se dio de otra forma; relato que, además, encontró no creíble por inverosímil.

Adicionalmente, sopesó la valoración psicológica realizada por **INDIRA VILLA BELLUCI**, quien elaboró la valoración de riesgo del episodio de septiembre 26 de 2019. En este informe, la víctima indicó que ya se habían separado por situaciones de violencia, pero el acusado regresó a la casa por los hijos, momento en el cual inició "*la violencia física y sexual por no acceder a tener relaciones sexuales con él*"²⁰; en el informe, además, se reseñaron situaciones que involucraron a los hijos, hallando como detonantes la intolerancia, la infidelidad y el consumo de alcohol. El riesgo evaluado se situó en un nivel de moderado aumentado; de forma complementaria, el informe arrojó normalización de la violencia por parte de la víctima, cosificación de la mujer y conductas que se encajaban en la categoría de violencia psicológica, física y sexual.

Como quiera que no existió prueba creíble que desestimara el relato de los hechos realizado por la víctima rendido en diferentes instancias, a saber: ante la Fiscalía en la denuncia, ante **INDIRA VILLA BELLUCI**, y en el juicio oral; y considerando las pruebas presentadas en el marco del juicio, el Despacho concluyó que se tornaba imperativo dar credibilidad a las versiones presentadas por la víctima, dado que coincidían y no se evidenció falsedad en su testimonio.

¹⁹ *Ibidem.*

²⁰ *Ibidem.*

Destacó el juzgado que la no convivencia para la fecha de los hechos no impide la acreditación del delito investigado, acorde a los términos de la Ley 1959 de 2019, que ya se encontraba vigente para el momento de los hechos. Así, el juez consideró plenamente demostrada la configuración del agravante, tratándose de violencia "física (puños, cachetadas, ahorcamiento), verbal (perra malparida), psicológica (humillaciones por la casa y amenazas de muerte) y sexual (obligarla a tener relaciones sexuales sin consentimiento), contra una mujer en estado de embarazo por cuestiones triviales"²¹. En esa línea, se acreditó que no se trató de un hecho aislado, sino un comportamiento sistemático, repetitivo y revestido de gravedad, incluyendo ataques contra la víctima en presencia de los hijos y amenazas de muerte. En la decisión se resaltó que el posterior deseo de la víctima de no continuar con el proceso debido a la no repetición de la conducta y la cesación de la convivencia con el acusado no basta para la absolución o para negar la existencia o la prueba de los hechos.

Adicionalmente, el fallador encontró demostrado que la conducta del acusado se desarrolló en un contexto de violencia de género; esto se evidenció al destacar que no fue un episodio aislado, una reacción a una discusión acalorada o un juego, como el procesado lo presentó en su testimonio, por el contrario, **MÁRQUEZ CONTRERAS** sostuvo en el tiempo un comportamiento machista, caracterizado por el irrespeto profundo a la víctima.

En atención a los motivos expuestos, concluyó el *a quo* que la conducta se adecuó a la descripción típica del punible investigado, además se configuró la antijuricidad y culpabilidad; así, determinó que, a partir de las pruebas practicadas en sede de juicio oral, se logró acreditar que el procesado tenía consciencia plena de la ilicitud de su actuar y de su ejecución de conductas caracterizadas por la violencia crónica, repetitiva y de género, sin que se hubiera probado la existencia de alguna circunstancia de inimputabilidad.

Por todo lo anterior, adujo que existió prueba suficiente para acreditar, más allá de toda duda razonable, la responsabilidad penal del procesado imponiendo la pena mínima establecida, esta es, 6 años de prisión como pena principal y la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término como pena accesoria. Por expresa prohibición legal, contemplada en el artículo 68A del Código Penal, no concedió los mecanismos sustitutivos de la suspensión condicional de la ejecución de la pena; tampoco concedió los beneficios de prisión domiciliaria ni libertad condicional, dado

²¹ *Ibidem*.

que no se cumplió el factor objetivo. Finalizó la decisión indicando que, dado que el procesado se encuentra en libertad, únicamente cuando la sentencia se encontrara en firme, se podría proceder a librar orden de captura y boleta de encarcelación, en aras de garantizar el cumplimiento de los principios de presunción de inocencia, doble instancia y libertad.

FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN²²

La **defensa** comenzó la sustentación de su recurso afirmando que la condena de 6 años impuesta constituye una sentencia "fuerte". Aseveró que la base probatoria se constituyó por la denuncia instaurada por **EDITH MAYERLY MELO CONDE**, su declaración en juicio oral y la declaración de **INDIRA VILLA BELLUCI**, sin tomar en consideración la versión del procesado. Alegó el impugnante que este último testimonio era de especial relevancia, pues dejaba ver que *"estamos frente a una persona con escasa educación, de escasos recursos, que considera que un peso mal gastado afecta la economía del hogar; que tener relaciones con la pareja es obligación que impone la costumbre social, de cumplir con el coito marital"*²³; asimismo, se refirió a la manera en que la sentencia subraya la actuación machista que caracterizaba al condenado. Destacó que **MÁRQUEZ CONTRERAS**, en su declaración, abordó los hechos, más no con la gravedad que se pretendía darle a los mismos, puesto que se pronunció sobre ellos como hechos cotidianos.

Bajo este razonamiento, alegó la defensa que se está en presencia de un **error de tipo**. Invocó las precisiones sobre el dolo esbozadas en la decisión radicado 32.963 de la Corte Suprema de Justicia, resaltando que, en materia penal, actúa dolosamente quien es consciente de que su acción es objetivamente típica y *quiere* su realización. El dolo, resaltó, se integra por dos elementos: *"Uno intelectual o cognitivo, que exige tener conocimiento o conciencia de los elementos objetivos del tipo penal respectivo. Y otro volitivo, que implica querer realizarlos"*. Acto seguido, presentó un breve recuento jurisprudencial relativo al error de tipo, compuesto por apartados de las decisiones: radicado 33.492 de diciembre 14 de 2010, 34.718 de septiembre 29 de 2010, 35.062 de septiembre 21 de 2011, 36.294 de enero 25 de 2012, 17.701 de diciembre 03 de 2002; todas del Máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria. En las secciones resaltadas, destacó que se incurre en un error de tipo cuando el sujeto activo del delito actúa bajo el convencimiento errado

²² Consecutivo No. 20, Expediente Digital del Juzgado.

²³ *Ibidem*.

e invencible de que su conducta no concurre ninguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal. Es decir, este error se presenta "*cuando el agente de manera equivocada se representa la realidad, desconoce alguno o todos los elementos del tipo, y como ese falso conocimiento o falta del mismo conduce a excluir el dolor, por consiguiente, se debe tener el comportamiento como atípico, a menos que esté legalmente prevista la forma conductual culposa*"²⁴.

En ese sentido, consideró demostrado que la conducta realizada por **MÁRQUEZ CONTRERAS** carecía de dolo, debido a que:

*"Cuando el autor del hecho punible actúa con dolo, quiere cometer ese delito a sabiendas del daño que va a causar, y en el presente asunto, se establece que no existe ni el elemento cognoscitivo, ni el volitivo, pues como refiere el juez de condena, "la violencia fue asilada o producto de una simple reacción a una discusión alterada y salida de control, o de un mero juego como lo dijo el procesado", agregando la defensa, de un **error en el tipo penal de violencia intrafamiliar** con su conducta cuando busco estar sexualmente con su compañera, "porque tenía ganas", manifestación que no debe entenderse tan superflua, **pues en su siquis el procesado considera que la pareja debe tener relaciones sexuales por el solo hecho de ser su pareja, porque para él, es una obligación como su mujer tener relaciones sexuales, este o no embarazada, lo cual por cierto no se probó dentro de la actuación, conducta errada que solo puede esperarse en personas con poca educación y marginales, razón por la cual se debe revocar dicho fallo condenatorio y en su lugar proceder a la absolución del acá procesado**"*²⁵ (Negritas fuera de texto).

Respecto a la negación de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la pena de prisión, argumentó el impugnante, se debe analizar si el sentenciado ostenta la **condición de padre cabeza de familia** para acceder a la prisión domiciliaria en los términos de la Ley 1232 de 2008; apeló a que los requisitos para la acreditación de la calidad de padre cabeza de familia se cumplían respecto de su menor hija S.S.M.M, de doce años, en razón a que **EDITH MAYERLY MELO CONDE**, se encontraba con sus hijos F.S.M.M., de 16 años, y V.S.M.M., de 14 años, en Estados Unidos desde marzo 21. Debido a esto, argumentó que se cumplió el criterio de tener bajo su tutela y cuidado integral a su menor hija S.S.M.M, dada la ausencia permanente o incapacidad del cónyuge o compañero permanente del procesado para hacerse cargo de la menor y, de la misma manera, se cumplió con el criterio que demanda que el procesado prodigue el cuidado económico y

²⁴ *Ibidem*, citando de forma textual la decisión CSJ rad. 33.492, de diciembre 14 de 2010.

²⁵ *Ibidem*.

emocional de la menor, de tal forma que, en su ausencia, quedaría en total desamparo y riesgo físico.

Finalmente, reiteró su pretensión de revocar la decisión condenatoria de octubre 22 de 2024 y proferir, en su lugar, sentencia absolutoria; y, de forma subsidiaria, elevó solicitud de reconocimiento de la prisión domiciliaria en calidad de padre cabeza de familia a **ÓSCAR HUMBERTO MÁRQUEZ CONTRERAS**.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. Competencia

De conformidad con el artículo 34, numeral 1º, de la Ley 906 de 2004, el Tribunal tiene competencia para resolver la apelación interpuesta en este asunto, porque la sentencia objeto de la alzada fue proferida por un Juzgado Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de este Distrito Judicial.

Este ámbito funcional está restringido a la revisión del fallo en los reparos formulados por la defensa, siempre que revistan interés jurídico y sin que resulte posible agravar la situación jurídica del sentenciado, como lo disponen los artículos 31 de la Carta Política y 20 del Estatuto Procesal Penal, pues aquél tiene la condición de apelante único.

2. Conocimiento para condenar

Sobre el análisis del fallo recurrido de carácter condenatorio, esta Corporación debe partir de la presunción consagrada en el artículo 29 de la Carta Política, reproducida y erigida en principio rector en el canon 7º del Código de Procedimiento Penal. Con sujeción a tal postulado, la inocencia constituye una verdad interina o provisional que sólo puede desatenderse cuando aparezca desvirtuada mediante la prueba incorporada e introducida en el juicio oral, público, concentrado, con respeto de los principios de inmediación y contradicción.

De otra parte, en orden a efectivizar esta garantía de arraigo superior, el legislador exige la satisfacción de determinados requisitos o presupuestos sustanciales para la emisión de condena, de manera que la decisión de tal contenido y alcance está

subordinada, según el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, al convencimiento más allá de toda duda sobre la materialidad de la conducta punible y la responsabilidad penal del acusado.

Ante tales regulaciones, conviene precisar, en el evento de echarse de menos las enunciadas exigencias, el pronunciamiento judicial no puede ser diverso a la absolución. En esa misma vía cuando persisten dudas en torno a alguno de esos dos presupuestos, debe ser proferida la decisión de obligatoria definición a favor del procesado, en aplicación del principio *in dubio pro reo*.

Por lo tanto, la decisión en esta instancia está vinculada a la apreciación conjunta de los medios probatorios reivindicada en el artículo 380 del estatuto en referencia, todo ello en armonía con el principio de libertad probatoria contemplado en el canon 373 *ejusdem*, de conformidad con el cual los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso pueden probarse por cualquiera de los medios establecidos en dicha codificación o por cualquier otro de carácter técnico o científico que no viole los derechos humanos.

Realizada la anterior precisión, el Tribunal se dispondrá a resolver la alzada propuesta por la defensa. Con tal objetivo, se parte por referir que la providencia de primera instancia fundamentó la condena en disfavor de **ÓSCAR HUMBERTO MÁRQUEZ CONTRERAS** en que se alcanzó, más allá de toda duda razonable, el estándar probatorio requerido para acreditar la responsabilidad penal de la conducta punible de violencia intrafamiliar agravada.

En contravía, el recurrente formuló reparos concretos, que giran en torno a dos aspectos fundamentales: **(i)** la falta de tipicidad subjetiva, pues alegó que el procesado actuó bajo un error de tipo que, en su criterio, se demostró al considerar que se trata de *"una persona con escasa educación, de escasos recursos, que considera que un peso mal gastado afecta la economía del hogar"*²⁶ y que *"en su siquis el procesado considera que la pareja debe tener relaciones sexuales por el solo hecho de ser su pareja, porque para él, es una obligación como su mujer tener relaciones sexuales, este o no embarazada, lo cual por cierto no se probó dentro de la actuación, conducta errada que solo puede esperarse en personas con poca educación y marginales, razón por la cual se debe revocar dicho fallo condenatorio"*²⁷ y **(ii)** la

²⁶ Consecutivo No. 20, Expediente Digital del Juzgado.

²⁷ *Ibidem*.

viabilidad de la concesión del subrogado de prisión domiciliaria por la condición de padre cabeza de familia.

Para resolver los problemas jurídicos planteados, esta Sala abordará el análisis metodológico correspondiente. Con tal fin, se iniciará con el estudio de la estructura típica del delito de violencia intrafamiliar, precisando los elementos normativos y los desarrollos jurisprudenciales que orientan su configuración. Posteriormente, se confrontarán dichos parámetros con el caso concreto, examinando el reparo de índole probatoria y dogmática expuesto por la defensa en su recurso al referir al error de tipo y, finalmente, en caso de no prosperar la primera pretensión, se evaluará la posible concesión de la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia, a efectos de establecer si, como lo plantea la parte impugnante, resulta procedente revocar la decisión proferida.

3. En relación con el delito de violencia intrafamiliar

3.1. En el ordenamiento jurídico colombiano y la jurisprudencia desarrollada frente al tópico²⁸, el delito de violencia intrafamiliar ha sido caracterizado como un tipo penal de resultado que exige la concurrencia de sujetos cualificados²⁹. Delito penal de resultado por cuanto éste requiere, para su consumación, un maltrato físico o psicológico; en otras palabras, implica la materialización de una acción encaminada a menoscabar la integridad física o mental del sujeto pasivo³⁰.

Desde luego, como resulta evidente de lo expuesto y, en concordancia, además, con el sistema de *numerus clausus* que opera en nuestro ordenamiento jurídico, según lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 599 de 2000³¹, la lesión, ya sea física o moral, se insiste, debe ser ocasionada por el sujeto activo con dolo, con independencia de si es directo, indirecto o eventual. En consecuencia, en ningún evento o escenario, la lesión culposa podrá ser típica frente al delito de violencia intrafamiliar, consagrado en el artículo 229 *ibidem*.

Con la expedición de la Ley 1959 de 2019, el legislador colombiano introdujo una modificación sustancial al tipo penal de violencia intrafamiliar en cuanto amplió de manera expresa el ámbito subjetivo de protección de la norma, manteniendo el reproche penal tradicional respecto de los integrantes del núcleo familiar, pero extendiendo su alcance a

²⁸ CSJ SP274-2024 (62754) de febrero 21 de 2024.

²⁹ Previo a la expedición de la Ley 1959 de 2019.

³⁰ "Por delito de resultado se entiende aquellos tipos en los que el resultado consisten en una consecuencia de lesión o puesta en peligro separada espacial y temporalmente de la acción del autor" (pg. 328. Roxin).

³¹ "(...) La culpa y la preterintención sólo son punibles en los casos expresamente señalados por la ley" Artículo 21, Ley 599 de 2000.

personas que, si bien no integran formalmente dicho núcleo, **han sostenido con el sujeto activo vínculos afectivos, íntimos o relacionales de carácter permanente**³².

En ese sentido, la disposición en comento incluyó dentro del radio de protección penal a los excónyuges, excompañeros permanentes, y a las personas que hayan mantenido relaciones extramatrimoniales estables y duraderas, entre otros, sin que resulte exigible para la configuración típica la existencia de convivencia actual, ni que las partes cohabiten bajo un mismo techo, ni que formalmente integren una familia en sentido estricto.

De igual manera, la Corporación en cita ha establecido que no se requiere que tal comportamiento sea reiterativo o prolongado del agresor contra la víctima, pues bien puede ocurrir que se trate de un suceso único, siempre que tenga suficiente trascendencia como para lesionar de manera cierta y efectiva el bien jurídico de la unidad y armonía familiar, circunstancia que debe ser ponderada en cada asunto³³.

Vale la pena resaltar, que el delito en comento es, adicionalmente, un tipo penal residual o subsidiario. Lo anterior, debido a que en su redacción el legislador expresó, de forma incontrovertible, además, que la violencia intrafamiliar sólo será típica en aquellos eventos donde la acción desplegada por el sujeto activo de la conducta no sea típica de un delito de pena mayor.

Por otra parte, es imperativo anotar que la violencia intrafamiliar es un punible pluriofensivo, lo que implica que no sólo afecta el bien jurídico de la familia, sino que, además, menoscaba el de la integridad personal. En otras palabras, al delito de violencia intrafamiliar le es inherente un desvalor de resultado³⁴ superior al que se predicaría de unas lesiones simples ordinarias entre ciudadanos que no tienen una relación, intensidad afectiva y la posibilidad real de que en su seno se reproduzcan escenarios de subordinación, maltrato o afectación a los derechos fundamentales de las personas involucradas.

3.2. En igual sentido, frente a la agravación punitiva, preceptuada en el artículo 229.2 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 1 de la Ley 1959 de 2019, por ser la víctima de la conducta punible una mujer, es necesario acotar que, en postura

³² CSJ SP108-2025 (65753) de febrero 02 de 2025, postura reiterada en la sentencia CSJ SP313 (63312) de febrero 19 de 2025.

³³ CSJ SP14151-2016 (45647) de octubre 05 de 2016.

³⁴ “El desvalor de resultado del hecho residen en la lesión o puesta en peligro del objeto de protección de la acción, mientras que el desvalor de acción lo hace en la forma y modo de comisión. El desvalor de acción consiste tanto en las modalidades externas del comportamiento del autor como en las circunstancias que concurren en su persona. De ahí que se distinga entre desvalor de acción referido al hecho y al autor (personal). Con la asunción por el tipo penal del desvalor de la acción y del resultado uno y otros se convierten en injusto de la acción y del resultado” Op. Cit. Jescheck & Weigend. Pg 257.

precedente, la Corte Suprema de Justicia contemplaba, respecto a la fundamentación jurídico-dogmática, que requería esta agravante para su aplicación la mera acreditación de la condición de la víctima, entre otras, la de ser mujer: *"por voluntad del legislador basta que recaiga sobre esos sujetos pasivos que reclaman protección reforzada, entre los cuales, como se advirtió, se encuentra la mujer"*³⁵.

Ello, además como respuesta al esfuerzo constante y progresivo que han ejercido las autoridades de nuestro país, en todos los ámbitos y en el marco de múltiples iniciativas y tratados internacionales dirigidos a proteger de forma prioritaria y pronta a aquellos sujetos que históricamente han estado en clara y campante situación de vulnerabilidad y desprotección frente a sus agresores o maltratadores.

No obstante, en desarrollo jurisprudencial de tal circunstancia y en aras de garantizar un equilibrio de las prerrogativas que le asisten al procesado al interior del proceso penal, pues él también goza de una protección constitucional plasmada, además que en las normas de derecho interno, entiéndase entre ellas la Carta Magna y los Estatutos Penal y Procedimental Penal, en las de derecho internacional, entre otras, los tratados de derechos humanos suscritos por Colombia, tales como la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 8º) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14), en los que se fincan la presunción de inocencia y el debido proceso en sus diferentes aspectos. Con fundamento en ello, consideró la Sala de Casación Penal que: *"el abordaje de los casos penales con perspectiva de género no implica el desmonte de las garantías debidas al procesado y la imposición automática de condenas, pues ello daría lugar a la contradicción inaceptable de 'proteger' los derechos humanos a través de la violación de los mismos, lo que socavaría las bases de la democracia y despojaría de legitimidad la actuación estatal"*³⁶.

Por tal motivo, el Alto Tribunal en lo Ordinario, modificó su postura y edificó, a partir del año 2018, una pacífica y reiterada línea jurisprudencial³⁷, a través de la cual ha decantado que el incremento punitivo no es de configuración objetiva. Debido a esto, resulta manifiestamente insuficiente demostrar la condición de mujer de la víctima agredida³⁸, y determinó respecto de la aplicación de tal agravante que: *"Así, entonces, según ha precisado esta Corporación, en relación con el sentido y alcance de la referida circunstancia de agravación*

³⁵ CSJ SP8064-2017 (48047) de junio 07 de 2017.

³⁶ CSJ SP4135-2019 (52394) de junio 01 de 2019.

³⁷ Actual postura mayoritaria de la CSJ, ratificada entre otras en providencias CSJ SP835-2024 (64633) de abril 17 de 2024, CSJ SP963-2024 (62539) de abril 24 de 2024 y CSJ SP274-2024 (62574) de febrero 21 de 2024, entre otras.

³⁸ CSJ SP3261-2020 (55325) de septiembre 02 de 2020; SP2706-2018 (48251) de julio 11 de 2018; SP2251-2019 (53048) de junio 18 de 2019; postura ratificada en las providencias CSJ SP4135-2019 (52394) de octubre 01 de 2019; SP468-2020 (53037) de febrero 19 de 2020; SP922-2020 (50282) de mayo 06 de 2020; SP3261-2020 (55325) de septiembre 02 de 2020; SP048-2021 (57188) de enero de 27 de 2021; SP047-2021 (55821) de enero 27 de 2021; SP2158-2021 (58464) de mayo 26 de 2021 y SP 274-2024 (62574) de febrero 21 de 2024.

punitiva, su atribución solo es **posible cuando del contexto de los acontecimientos se pueda inferir que el proceder violento contra las mujeres integrantes del núcleo familiar reproduce patrones de desigualdad, dominación y discriminación de género**, lo cual finalmente reivindica su derecho de protección a la igualdad y la consecuente prohibición de discriminación por su género, como valores integrados al bien jurídico tutelado”³⁹ (Negrillas fuera de texto).

Agregó además que “es por eso que bajo estas condiciones **cobra especial importancia la determinación del contexto de desigualdad en el que ocurre la conducta como presupuesto ineludible para precisar, en el caso de la mujer, si se trata o no de violencia de género, esto es, se hace necesario establecer si el acto de violencia corresponde a una pauta cultural de dominación estructural del hombre sobre la mujer**, debiéndose constatar en cada caso las circunstancias concretas bajo las cuales se produjo la agresión y las razones de la misma”⁴⁰ (Negrillas fuera de texto).

Y concluyó la Corte Suprema de Justicia⁴¹ que: “**(i) el legislador no consagró un elemento subjetivo especial para la aplicación de la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el inciso segundo del artículo 229 del Código Penal, como sí lo hizo para el delito de feminicidio; (ii) tal y como sucede con la consagración de este delito, dicha causal de agravación constituye otra de las medidas orientadas a erradicar la discriminación y la violencia estructural ejercida sobre las mujeres; (iii) este incremento punitivo se justifica en la medida en que se verifique que el sujeto activo realizó la conducta en un contexto de discriminación, dominación o subyugación de la mujer**, independientemente de la finalidad con la que haya actuado; **(iv)** de esta forma, se garantiza que el daño inherente a una pena mayor esté justificado por la protección de un determinado bien jurídico; y **(v)** ello se traduce en la obligación que tiene la Fiscalía de indagar por dicho contexto, no solo para establecer la viabilidad de una sanción mayor, sino, además, para verificar si se está en presencia de un caso de violencia de género, que debe ser visibilizado en orden a generar las transformaciones sociales que permitan erradicar este flagelo”⁴² (Negrillas fuera de texto).

En compilación de los lineamientos jurisprudenciales referidos, reitera la Sala que corresponde a la Fiscalía acreditar de manera probatoria el contexto de discriminación y subordinación en el que tuvo lugar la conducta, no solo para justificar la procedencia de una sanción agravada. Ello implica que, en el desarrollo del juicio oral, deben demostrarse las circunstancias objetivas y subjetivas que rodearon la agresión, sus motivaciones y los elementos que evidencien la existencia de una pauta cultural de discriminación, irrespeto y subyugación de la mujer; es decir, un maltrato infligido en razón y con ocasión del género,

³⁹ CSJ SP4544-2021 (55585) de octubre 06 de 2021.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Lineamientos reiterados en CSJ SP963-2024 (62539) de abril 24 de 2024.

⁴² CSJ SP4135-2019 (52394) de octubre 01 de 2019.

que amerita un reproche penal más severo en consonancia con el deber estatal de visibilizar para así erradicar la violencia basada en género. De igual modo, la aplicación del agravante punitivo requiere que su fundamento fáctico y jurídico haya sido expresamente consignado desde la formulación de imputación, pues solo así se asegura el respeto a las garantías de defensa y contradicción, evitando que el aumento de la sanción se derive de hechos o circunstancias no incorporadas oportunamente al marco de acusación.

4. Asunto a tratar

Delimitado el marco normativo y jurisprudencial aplicable, esta Corporación procede a resolver los reparos formulados por la defensa, resaltando que, aunque la materialidad del hecho, esto es, la ocurrencia de las agresiones y la autoría atribuida al procesado, no fueron objeto de controversia en sede de apelación, resulta indispensable establecer de forma progresiva si la conducta atribuida cumple con los presupuestos de tipicidad, tanto en su dimensión objetiva como subjetiva, incluyendo el examen del error de tipo alegado por el defensor.

Superado dicho análisis, se abordará si la conducta desplegada por el acusado reviste antijuridicidad material, en cuanto implique una afectación real o significativa al bien jurídico de la unidad familiar, así como si concurre el presupuesto de culpabilidad como último requisito para la configuración del delito. Acto seguido, se evaluará la procedencia de la circunstancia de agravación por violencia de género. Finalmente, en caso de no encontrarse probado el error de tipo, se analizará la procedencia de la concesión de la prisión domiciliaria por padre cabeza de familia al procesado.

4.1. Conforme a lo anunciado, se procede a examinar si la conducta atribuida a **MÁRQUEZ CONTRERAS** se adecua a la descripción típica del delito de violencia intrafamiliar, conforme al artículo 229 del Código Penal, iniciando por su **dimensión objetiva**.

El artículo 10 del Código Sustantivo⁴³ establece que la ley penal debe definir de manera inequívoca, expresa y clara las características esenciales del tipo. En este caso, la conducta punible atribuida por la Fiscalía y sobre la cual se profirió condena corresponde al maltrato físico o psicológico dentro del núcleo familiar, descrito en la disposición legal referida previamente.

⁴³ "Artículo 10. Tipicidad. La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal. (...)"

Obra como un hecho debidamente acreditado, que no fue objeto de controversia por parte de la defensa en su apelación, que, en agosto 07 de 2019, **MÁRQUEZ CONTRERAS** agredió física y verbalmente a su expareja, con quien convivía para la fecha, **EDITH MAYERLY MELO CONDE**. La conducta violenta se desencadenó a raíz de un reclamo del procesado por la compra de un atún de marca diferente al que acostumbraban a adquirir, cuyo precio era \$500 pesos más elevado, situación que derivó en golpes, especialmente un golpe en la pierna y otro en el estómago cuando **MELO CONDE** tenía seis meses de gestación, y expresiones verbales ofensivas proferidas en su contra.

La víctima ([minuto 11:24 hasta 13:50](#)) describió dicho episodio de la siguiente manera:

[Fiscalía]: Cuéntenos, ¿qué pasó, señora Mayerly?

[Edith Mayerly Melo Conde]: Pues yo fui compré un atún en el supermercado del barrio y no había del atún económico del que le gustaba consumir y yo compré de otra marca y era mucho más caro entonces él se molestó y me empezó a tratar mal por el dinero faltante del atún que porque no había comprado el atún que él había mandado a comprar del precio que le había mandado a comprar que yo había comprado un atún más caro de otra marca muy diferente.

[Fiscalía]: ¿Qué pasó luego, señora Mayerly, por favor?

[Edith Mayerly Melo Conde]: Ahí empezó pues a mí me dijo que yo me iba a robar la plata empezamos a discutir porque él me empezó a tratar mal pues también le respondí como tal y esto pues fue cuando hubo la agresión.

[Fiscalía]: Cuéntenos qué tipo de agresiones se dieron, señora Mayerly.

[Edith Mayerly Melo Conde]: Él me agredió y pues me golpeó, me empujó.

[Fiscalía]: Especifiquenos mejor señora Mayerly, por favor, necesitamos saberlo.

[Edith Mayerly Melo Conde]: Pues él me empujó por lo que yo le contesté de mal, fui grosera, él me trató con groserías y yo también le respondí con groserías entonces él agarró y me empujó me golpeó yo estaba en ese entonces en embarazo.

[Fiscalía]: O sea le agredió física y verbalmente.

[Edith Mayerly Melo Conde]: Sí señor.

[Fiscalía]: Díganos en qué lugar sucedieron esos hechos.

[Edith Mayerly Melo Conde]: En la casa de Nuevo Horizonte donde vivíamos anteriormente.

[Fiscalía]: Recuérdenos en qué parte del cuerpo le agredió el señor Óscar.

[Edith Mayerly Melo Conde]: Pues me agre--me golpeó en el estómago y me golpeó en una pierna.

[Fiscalía]: En la denuncia que usted presentó, señora Mayerly, nos dice que para la fecha usted se encontraba embarazada, ¿es cierto?

[Edith Mayerly Melo Conde]: Sí señor.

[Fiscalía]: ¿Para el momento de los hechos usted se encontraba en compañía de alguna persona?

[Edith Mayerly Melo Conde]: Pues de mi mamá y de mis hijos, de los niños más grandes."

Tras este suceso, **MELO CONDE** presentó denuncia en agosto 08 de 2019, el día siguiente a la agresión. No obstante, un segundo episodio de violencia tuvo lugar en septiembre 26 del mismo año, cuando **MÁRQUEZ CONTRERAS** agredió física y verbalmente a la víctima después de que se rehusara a tener relaciones sexuales con él, quien intentó forzarla ante la negativa. El episodio fue descrito en el juicio oral ([minuto 15:36 hasta 16:27](#)) en los siguientes términos:

"[Fiscalía]: ¿O sea esas agresiones, señora Mayerly, fueron solamente en ese día? ¿No hubo más agresiones ni antes ni después?

[Edith Mayerly Melo Conde]: Después fue la agresión de cuando, porque yo en embarazo no podía trabajar y decidí vivir ahí en la casa, vivíamos más no convivíamos, fue en el momento que nosotros decidimos separarnos para no tener más inconvenientes y fue cuando él entró a la habitación y quería pues tener intimidad conmigo y yo le dije que no, que no y que no y que no y fue cuando yo forcejeé con él y esto pues porque él quería tener intimidad que igual que yo era su mujer que no sé qué y yo le dije que no quería, fue cuando él pues me fue la segunda agresión, la segunda agresión que fue lo que pasó, que fue cuando me dio una cachetada."

Cuando el fallador le solicitó ahondar sobre lo sucedido durante la segunda agresión, la víctima profundizó ([minuto 18:25 hasta 20:41](#)), indicando:

[Edith Mayerly Melo Conde]: Él dormía en una habitación y yo dormía en otra habitación, la casa tenía tres habitaciones, yo dormía en otra había habitación aparte, la habitación no tenía puerta y él entró a la habitación y se acostó en la cama al lado mío que él quería pues en él intimidar con conmigo porque yo era su esposa, yo le dije que no, que yo no quería y yo no quería y yo no quería, entonces él se montó encima de mí que quería y empezó a tocarme y yo le dije que no quería, yo me puse muy molesta y empecé a gritar, cuando yo empecé a gritar él se puso bravo y entonces las niñas que estaban acostadas en la otra cama se dieron cuenta y se pusieron a llorar, entonces yo me paré y yo le pedí un empujón a él, le pedí con el pie, lo empujé hacia atrás con una patada y ahí fue cuando él me pegó una cachetada durísimo y salió, se vistió y se fue a la calle.

[Juez]: Señora, una pregunta, ¿la agresión física únicamente fue la cachetada y el intento de querer tener relaciones sexuales con usted? ¿Solamente eso?

[Edith Mayerly Melo Conde]: Ese día sí, fue cuando me golpeó y la primera vez que fue por el problema del atún.

[Juez]: Sí, pero estoy en el segundo hecho, en el segundo hecho, él cuando estaba encima suyo... Pero la pregunta es, ¿en ese momento le agredió o no le agredió?

[Edith Mayerly Melo Conde]: Sí, o sea, me golpeó, me dio una cachetada por lo que yo también lo empujé con el pie, yo lo empujé hacia atrás que se cayera hacia la cama porque yo no quería tener intimidad con él.

[Juez]: Ok, ya, es decir, porque según en la noticia criminal que usted no ha manifestado acá, y eso que quede claro, usted habla que la quería como ahorcar, ¿eso no aconteció?

[Edith Mayerly Melo Conde]: *No, o sea, él a lo que se me montó encima, él me agarró en la parte del cuello, él me apretó el cuello, yo le dije a ella que me había apretado el cuello, cuando él sacó y me pegó la cachetada porque yo me empecé a gritar y yo le pegué una patada a él y lo empujé hacia la cama y fue cuando las niñas se levantaron y se pusieron a llorar."*

En igual sentido, se advirtió que los hechos de agosto 07 de 2019 y septiembre 26 de 2019, no constituyeron un episodio aislado, sino que se enmarcaron en una dinámica persistente de maltrato físico y verbal ejercido por el procesado en el contexto de la convivencia familiar. La reiteración de arrebatos de ira y descalificaciones personales, descrita con claridad por la afectada, permite inferir una continuidad en el comportamiento agresivo, más allá de los eventos puntuales que motivó la actuación penal.

Esta agresión fue respaldada con la experticia rendida en juicio por la psicóloga **INDIRA PAOLA VILLA BELLUCI**, adscrita al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, quien compareció como la encargada de realizar la valoración de riesgo que fue practicada el día de los hechos de septiembre 26 de 2019; la experta explicó en qué consiste la valoración de riesgo y los aspectos que se indagan en la entrevista realizada a los usuarios, además, ofreció contexto sobre el ciclo de violencia identificado como producto de la entrevista y que figura en el informe incorporado como prueba al proceso ([minuto 32:05 hasta 38:20](#)):

"[Indira Paola Villa Belluci]:Dentro del contexto de la relación encontramos una convivencia de 10 años entre la pareja luego de un año de noviazgo y el día de la valoración menciona la usuaria que tenían aproximadamente un año de separación producto o, motivada esa separación, más bien, por las diversas situaciones de violencia que habían vivido a lo largo del tiempo en que convivieron juntos. Producto de la relación existían en ese momento tres hijos de 11, 9 y 6 años de edad.

(...) **También como aspecto importante encontramos en la usuaria una red de apoyo social débil en donde específicamente contaba en ese momento con su madre y con la nueva pareja. Dentro de la dinámica de violencia podemos identificar o pude identificar más bien dentro de la evaluación un inicio tardío pues empezó más o menos a los cinco años de convivencia esa relación de esas situaciones de violencia. Empezaron con diferentes conflictos de pareja que se fueron acumulando tal cual como se vive dentro del ciclo de la violencia. Hubo acumulación de tensión, hubo distanciamiento entre ellos.**

Posteriormente la usuaria descubre infidelidades, diversas infidelidades por parte del denunciado y empezó la violencia psicológica. Posterior a ello tuvieron la separación, se distanciaron por un tiempo, sin embargo, el denunciado **según menciona la usuaria regresa a la casa con un tema de acuerdo para estar más cerca de sus hijos, empiezan nuevamente a compartir el techo y allá se presenta nuevamente la violencia verbal, la violencia psicológica.** Menciona la usuaria el día de la valoración, recuerden que

la valoración fue hecha el 26 de septiembre, ella menciona que un mes antes, o sea, **en agosto de ese mismo año, inicia la violencia física y refiere que el segundo episodio de violencia física es el que motiva la denuncia por la cual ingresa medicina legal.**

Entonces hasta ese momento en que yo hago la valoración se habían presentado dos episodios de violencia física, el segundo con una característica especial y es que se presentó también en ese momento violencia sexual, es precisamente a partir de que ella no accede a tener relaciones con el denunciado cuando es agredida por él. Otros aspectos importantes dentro de esa dinámica de la relación de violencia es que sus hijos han sido víctimas como testigos y como víctimas directas de esa situación de violencia. Aquí me permito remitirnos a la página número 3 del informe y quiero hacer lectura textual de tres líneas que están allí que me parecen muy importantes con respecto a lo que se identificó concerniente a los hijos. La usuaria dice textualmente: **"después de que yo lo denuncié las cosas van peor, él sigue viviendo ahí en la casa y ahora se le dio porque besa a mi hija en la boca y le dice que él va a dar el amor de padre, de novio y de marido. A mi hijo le dice que es marica porque el niño le tiene miedo y todo el tiempo está pegadito a mí"**. Entonces quiero compartirles ese episodio porque pues aquí pueden dimensionar ustedes el involucramiento de los hijos dentro de esta situación de violencia.

Como detonantes de la violencia se encuentra la infidelidad, la intolerancia, el machismo y el consumo problemático, al parecer problemático, de alcohol y digo al parecer porque como no tengo contacto directo con el denunciado no soy yo quien puede determinar profesionalmente el tema de si es un uso esporádico, recreativo, problemático, sin embargo lo que sí se hace evidente dentro de la evaluación que se hace a la usuaria es que en momentos en donde el denunciado está con efectos de alcohol hay agresividad en él.

Se presentan también dentro de esta dinámica de violencia amenazas de muerte hacia la usuaria ya eso trascendió en ese momento ya había trascendido del espacio público al espacio privado. Serían eso como los aspectos más importantes en cuanto a la dinámica de la violencia de pareja.

[Fiscalía]: Gracias doctora Indira, simplemente quiero una aclaración cuando usted menciona en su dictamen de que luego de que la víctima se negó a tener relaciones con el acusado fue agredida a golpes por el señor Óscar, ¿eso fue comentado por la víctima doctora?

[Indira Paola Villa Belluci]: Así es, también en la misma página donde les menciono donde acabé la lectura dice que: **"todos los días son las ofensas, las humillaciones, los malos tratos y esta mañana intentó abusar sexualmente de mí, como yo no me dejé, me estaba ahorcando y me amenaza de muerte"**.

Acto seguido, expuso la psicóloga que, producto de la valoración, identificó un riesgo moderado aumentado. Sobre este particular, explicó que [\(minuto 40:12 hasta 43:46\)](#):

[Indira Paola Villa Belluci]: ... en este caso por ejemplo, dentro de los factores de riesgo que arroja la víctima está la normalización por parte de la usuaria de las situaciones de violencia, la escasa red de apoyo social, las amenazas constantes, la labilidad emocional de la usuaria es muy importante o sea incluso dentro de las recomendaciones que yo puse en este caso puse que si es

necesario dentro de una instancia más avanzada se pudiese solicitar a medicina legal **una valoración o una pericia por psicología forense específicamente para determinar afectación emocional producto de esta historia de violencia** porque al día de la valoración **si encontré bastante labilidad emocional en la usuaria además que estaba en una condición especial porque estaban en embarazo, la difícil situación económica de la usuaria y, además, un factor de riesgo muy alto que lo alertó dentro de las observaciones es que ellos siguieran viviendo bajo el mismo techo sin tener ningún vínculo como pareja,** fue un acuerdo que ellos hicieron que estaba más sustentado en la cercanía con los hijos y en las necesidades económicas pero pues igual estaban separados vivían bajo el mismo techo y **se seguían presentando las situaciones de violencia que narra la usuaria, la cosificación de la mujer, el consumo de alcohol por parte del denunciado, la instrumentación de la violencia y, como factor de sostenimiento,** pues la usuaria mantuvo mucho tiempo esperanzada de que a partir del amor y del afecto que había entre ella o de ella hacia su pareja pues que se podían modificar esos comportamientos violentos, hay **una marcada creencia cultural** en la usuaria en cuanto a que el separarse de su pareja es considerado un fracaso o también un pecado o sea es el temor a que, no me separo porque culturalmente eso no está bien visto y, ante los ojos de Dios, tampoco, es algo que es un factor que también hace que estas situaciones de violencia se sostengan en el tiempo, **el sostenimiento de un hogar** como desde el imaginario de que si yo sostengo mi hogar pues voy a garantizar una formación integral de mis hijos es decir que para en el imaginario de ella estaba que si ella permanecía con el padre de sus hijos pues esto era garantía de una formación integral para ellos, **también se encuentra la dependencia económica, la dependencia emocional** que ya les decía y el tema también pues allí pues yo no me pronuncio específicamente sobre daño emocional en cuanto al pronunciamiento que se pueda hacer desde la parte de psicología forense pero sí algún tipo de afectación que pueda generar en ella estas constantes violencias psicológicas a lo largo de tantos años y el tema **un tema muy importante es la inclusión y la forma de inclusión de los niños dentro de esa situación de violencia.**”

El primer episodio fue confirmado por el encartado, quien renunciando a su derecho a guardar silencio narró los hechos de agosto 07 de 2019, indicando: “ella denuncia que porque yo la agredí dándole un golpe en el estómago, estando en--en algo así en estado de embarazo y--y la demás cuestión. Eso ya se arregló, se habló, que nosotros estábamos jugando, incluso estaba mi niña ahí, la del medio, estábamos en ese que no sé qué, que sí, que tal, y entonces ella se molestó, me manoteó, pues yo también le manoteé, obviamente sin querer, pues un golpe que fue a la a la pierna, al muslo, algo así” (minuto 5:00 hasta 5:33). Adujo que la increpó por presentar la denuncia, preguntándole “Mayerly, ¿Usted, cómo así que usted me denunció? Que la Fiscalía y que no sé qué, me dio, sí, Óscar, que yo tenía mucha rabia y que yo me dejé llevar por los vecinos, que a mí me dijeron que lo denunciara, y le dije, pero Mayerly, yo a usted no la maltraté, yo no la agarré a pata, puño, algo así, como para extremar las cosas” (minuto 5:45 hasta 6:04). Indicó, asimismo, que la víctima le había manifestado interés en retirar la denuncia, y continuó narrando: “Yo incluso le dije a ella, pues, haga un oficio donde usted dice que usted desiste de la denuncia, ¿por qué no? O sea, no hay como tal una agresión así ya tan grave como para acudir a la Fiscalía y eso” (minuto 6:54 hasta 7:06).

Alegó, además, que la discusión sobre el precio del atún no había sido con la víctima, "Yo le dije a ella, pues, la pelea no era con usted, era, pues, con el señor de la tienda, que, si uno está acostumbrado a comprar una lata de atún en tres mil pesos, ¿cómo él la va a vender a tres mil quinientos? Entonces, si usted se va a quedar con los vueltos, pues, diga; 'no, es que yo necesité los quinientos' y no hay ningún problema. Pero si usted dice que el señor la tiene en tres mil quinientos y yo voy allá y la tiene en tres mil, obviamente, quinientos pesos no son nada, pero es como para hacerle caer en cuenta de que no es de quinientos en quinientos se empieza ahí". ([minuto 7:24 hasta 7:54](#)).

Respecto a la intención de inferir un daño en el precitado episodio, interrogó el defensor al acusado:

"[Óscar Humberto Márquez Contreras]: Pues eso es lo que le estaba comentando, yo estaba, lo que pasa es que eso fue también hace larguito tiempo y es pues muy difícil guardar el recuerdo, pero pues sí, más o menos de lo que me acuerdo fue eso, estábamos jugando, ella estaba acostada en la cama con la niña y yo acostado en la orilla y empecé, no sé si fue a hacerle cosquillas o algo así, entonces ya pasó un momento que me dijo 'ya', yo le dije 'ay venga' y molestándola y eso y ahí fue, me mandó un manotazo, pero pues obviamente como para decirme ya y yo le digo 'ay, pero no, deje la molestadera' y le doy también otro manotazo y ella me dice 'que ya no me moleste más', me golpea con un puño en el brazo, pero pues obviamente yo soy hombre y no, no me va a sentir, entonces yo le mando, 'ay pero usted', bueno pues, pues jugando también le mando, 'ay pero ya', entonces fue que dice ella que le pegué en una pierna o no sé si fue en la barriga, porque pues en sí la muchacha es así como, como que dice una cosa y de otro momento otra, entonces no tengo ciencia cierta que fue, si fue en el estómago, si fue en la barriga algo, pero si fue en el estómago imagínese, pues cómo se le ocurre yo atentar contra mi hija, pues fue sin culpa y de hasta donde yo recuerdo creo que fue porque ella estaba acostada de medio lado, dando en la espalda, entonces creo que fue entre el muslo y el glúteo pues, más o menos ahí, esa fue el área.

[Defensor] O sea señor Óscar, según lo que usted nos está explicando, o sea usted nunca tuvo la intención o, o de, de causarle una lesión o de golpear a su esposa, o sea eso no.

[Óscar Humberto Márquez Contreras]: Jamás, incluso pues en el estado de embarazo menos, viendo que, que mi hija, imagínese, pues todos mis hijos son el amor de mi vida y como jamás, incluso pues ellos ni los golpeo, ellos, yo simplemente les hablo fuerte, mire niño, haga tal cosa y ellos me hacen a mi mucho caso en cambio a la mamá que si los golpea pues obviamente porque necesita, como quien dice amarrarse los pantalones, a ella si le toman un poco el pelo, pero a mí no yo nunca he tenido necesidad de golpearlos y ellos mismos los pueden decir incluso, jamás, todo el tiempo es amor y cariño con los niños." ([minuto 9:37 hasta 11:40](#)).

Se resalta que, durante la declaración, en ningún momento hubo pregunta o respuesta alguna dirigida a abordar el episodio que dio origen a la segunda denuncia. Indicó, además, que "nunca hubo daños, nunca hubo una ruptura de hueso o algo así, no, simplemente fue eso, el manotazo, el golpe" ([minuto 14:58 hasta 15:05](#)) y que, en la actualidad, tienen una relación

en buenos términos. En ninguna de las tres declaraciones, la de **MELO CONDE, VILLA BELLUCI y MÁRQUEZ CONTRERAS**, hubo contrainterrogatorio.

En suma, los medios cognoscitivos aducidos y practicados en juicio permiten afirmar con claridad que la conducta atribuida al procesado se adecua, en su aspecto objetivo, a la hipótesis normativa prevista en el artículo 229 del Código Penal. Las agresiones infringidas a la víctima, en el marco de una convivencia prolongada y bajo un patrón reiterado de descalificaciones y episodios de maltrato, constituye un acto que se inscribe dentro del concepto de violencia intrafamiliar. La existencia de un vínculo directo, la cohabitación continua, la dinámica conflictiva, el informe de valoración de riesgos, el testimonio directo de la víctima, de la psicóloga de medicina legal y la versión ofrecida por el encartado, permiten tener por acreditada la tipicidad objetiva exigida por la ley penal para esta clase de conductas. Debe resaltarse, además, que la existencia de los episodios de agresión no es cuestionada en la apelación, puesto que se centra en la posible configuración de un error de tipo.

En lo concerniente a la **tipicidad subjetiva**, la defensa sostuvo que el acusado desconocía la ilicitud de su actuar, en tanto, según su razonamiento, el acusado es una persona que se caracteriza por una actitud machista, que se pronuncia sobre lo sucedido sin la gravedad propia de sus acciones, abordándolos como hechos cotidianos, quien cuenta con *"escasa educación, de escasos recursos, que considera que un peso mal gastado afecta la economía del hogar; que tener relaciones con la pareja es obligación que impone la costumbre social"*⁴⁴, ahondó en este punto la defensa indicando que *"en su siquis el procesado considera que la pareja debe tener relaciones sexuales por el solo hecho de ser su pareja, porque para él, es una obligación como su mujer tener relaciones sexuales, este o no embarazada, lo cual por cierto no se probó dentro de la actuación, conducta errada que solo puede esperarse en personas con poca educación y marginales, razón por la cual se debe revocar dicho fallo condenatorio"*⁴⁵. Tal premisa, sin embargo, no traduce un error de tipo, como formalmente fue propuesto, pues no recae sobre los elementos objetivos del tipo penal esto es, la calidad de miembro del núcleo familiar de la víctima para la fecha de los hechos, la existencia del maltrato ni su carácter lesivo, sino sobre la licitud de la conducta desplegada, lo que remite, en términos dogmáticos, a un error de prohibición.

Dado que el error de tipo supone la ignorancia o representación equivocada sobre circunstancias objetivas del tipo penal, y no sobre su valoración normativa, resulta

⁴⁴ Consecutivo No. 20. Expediente Digital del Juzgado.

⁴⁵ Ibidem.

improcedente su invocación en este caso. Por el contrario, cuando el sujeto actúa bajo la falsa creencia de que su comportamiento está jurídicamente autorizado, como ocurre con el alegado caso al considerar que tenía un derecho sobre su pareja que le facultaba tratarla de esta manera y exigir relaciones sexuales por considerarlas obligatorias, el tratamiento dogmático adecuado corresponde al error de prohibición, en la medida en que según lo expresado por la defensa como fundamento no ataca realmente los elementos estructurales del modelo de conducta prohibida por la ley, sino en la ausencia que tiene acerca de su permisibilidad, agredir verbal y físicamente por una suma pírrica por la baja preparación y la obligación de acceder al contacto íntimo por ser la aquí víctima su pareja.

En esas condiciones, no hay elemento alguno que permita afirmar que el procesado ignoraba los hechos constitutivos del tipo penal ni que obró con desconocimiento de la relación que sostenía con **MELO CONDE** o del carácter violento de su proceder, el cual se reconoce en su testimonio, aunque sin reconocer su gravedad. Por el contrario, su conducta refleja el conocimiento y la voluntad de desplegar actos en contra de la víctima, cuestionando su credibilidad al aducir *"la muchacha es así como, como que dice una cosa y de otro momento otra"*, indicando que le había dicho que radicara un oficio para retirar la denuncia, lo cual permite concluir que concurre el dolo como forma de realización del tipo penal, y, por ende, se acredita la tipicidad subjetiva.

Derivado de lo expuesto, lo argumentado por la defensa no excluye la estructura del tipo subjetivo, y el eventual error alegado deberá ser examinado, con el alcance que le es propio, en el acápite correspondiente a la culpabilidad, donde se verificará si se trató de un error de prohibición invencible o vencible, y las consecuencias jurídicas que de ello se derivan.

4.2. Superado el juicio de tipicidad, corresponde ahora determinar si la conducta atribuida al acusado reviste antijuridicidad, entendida esta como la contradicción objetiva entre el comportamiento desplegado y el ordenamiento jurídico, sin justa causa.

Conforme lo establece el artículo 11 de la Ley 599 de 2000, para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro sin justa causa, el interés jurídico tutelado por la ley penal. Así lo ha precisado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia⁴⁶, al señalar que *"(...) la antijuridicidad exige la superación de la*

⁴⁶ CSJ SP14190-2016, rad. 40089.

simple oposición entre la conducta realizada y el derecho penal. Es necesario, además, que de manera efectiva ponga en peligro o lesione sin justa causa el bien jurídico objeto de protección (...):

La antijuridicidad, como juicio de desvalor normativo, se divide en dos dimensiones: la formal y la material. La primera se satisface con la verificación de que la conducta típica está expresamente prohibida por el ordenamiento jurídico. En este caso, maltratar física o psicológicamente a un miembro del núcleo familiar, especialmente cuando existe una situación de subordinación o vulnerabilidad, constituye un comportamiento expresamente proscrito por el legislador, en tanto afecta el bien jurídico de la unidad familiar. Así se evidenció en el presente asunto, donde el procesado ejerció reiteradamente violencia física y verbal contra su expareja, a quien sometía a agresiones y descalificaciones en el contexto de una convivencia prolongada, por lo que se estima acreditada la antijuridicidad formal.

La segunda dimensión, la antijuridicidad material, exige una valoración sustancial del injusto, orientada a establecer si la conducta lesiona o pone efectivamente en peligro el bien jurídico protegido, más allá de su mera adecuación típica. Este no fue uno de los ejes argumentativos de la apelación, puesto a que el disenso orbitó en torno al error de tipo supuestamente configurado. Frente a ello, conviene reiterar que el derecho penal solo debe intervenir frente a ataques intolerables contra bienes jurídicos esenciales, y que no toda conducta formalmente típica resulta materialmente antijurídica. Así lo ha advertido la Corte Suprema de Justicia al precisar que el delito de violencia intrafamiliar requiere una afectación real, no insignificante, de las relaciones que sustentan el núcleo familiar como institución social:

"Al referirse al punible de violencia familiar, frente a su contenido y desvalor, en decisión CSJ-SP, 20 mar. 2019, Rad. 46.935, la Sala reiteró lo expresado en CSJ-SP, 5 oct. 2016, Rad. 45.647, en el sentido de que la conducta puede ser la manifestación de uno o varios actos trascendentes, vocablo que da a entender que no se trata de sancionar cualquier acto disfuncional al interior del núcleo familiar. Expresamente señaló lo siguiente:

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

39. Con ese propósito, en la segunda providencia enunciada la Corte estimó que la lesividad⁴⁷ en el punible de violencia intrafamiliar se puede examinar, entre otros, a

⁴⁷ Los conceptos de **antijuridicidad** e **injusto** son con frecuencia usados en la literatura como sinónimos. Aunque esto no es erróneo, sin embargo, ambos conceptos pueden expresar algo distinto. Mientras que con la caracterización de un comportamiento como **"antijurídico"** solo se dice que este se encuentra en contradicción con el ordenamiento jurídico (en su totalidad), el concepto de **injusto** hace posible una cuantificación. En ese sentido, se puede decir que, por ejemplo, el injusto del homicidio tiene una relevancia considerablemente mayor que el injusto de los daños materiales. Finalmente, en el concepto del "injusto" entra igualmente (solo) el

partir de los siguientes elementos objetivos: **(i) las características de las personas involucradas en el hecho; (ii) la vulnerabilidad concreta, no abstracta, del sujeto pasivo; (iii) la naturaleza del acto o de los actos que se reputan como maltrato; (iv) la dinámica de las condiciones de vida, relativa a todo evento propio de la convivencia que incidiera en la producción del resultado; y (v) la probabilidad de repetición del hecho.**

40. Frente a este último aspecto, se precisó lo siguiente:

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

41. Así, en reciente pronunciamiento se hizo hincapié que la facticidad -el simple resultado o la expresión objetiva de la conducta- es un elemento para apreciar la magnitud del injusto, pero el delito de violencia intrafamiliar se estructura a partir no sólo de ese dato fenomenológico, sino de cómo se entienda la lesión o peligro efectivo contra el bien jurídico como relación social protegida por la norma penal, que en últimas lo que permite dimensionar la antijuricidad del comportamiento o su significancia⁴⁸.⁴⁹

Con ese derrotero, se impone concluir que la conducta desplegada por el acusado trascendió con claridad el plano de lo disfuncional, para constituir una lesión real, concreta y jurídicamente relevante al bien jurídico de la unidad familiar. Los dos episodios de agresión física no constituyeron episodios triviales, aislados o insignificantes; se dieron en el marco de un comportamiento reiterado de abusos verbales y psicológicos. Lo anterior se constata a través de los elementos de convicción recaudados en juicio. Así lo acreditó la declaración y el informe de valoración de riesgo rendido por el Instituto Nacional de Medicina Legal, en los cuales constan afirmaciones de la víctima señalando *"Después que yo lo denuncié, las cosas van peor, él sigue viviendo ahí en la casa y ahora se le dio porque besa a mi hija en la boca y dice que él le va a dar el amor de padre, de novio y de marido. A mi hijo le dice que es un marica, porque el niño le tiene miedo y todo el tiempo está pegadito de mí. **Todos los días son las ofensas, las humillaciones, los malos tratos** y esta mañana intentó abusar sexualmente de mí, como yo no dejé, me estaba ahorcando y **me amenaza de muerte**"*⁵⁰.

A ello se suma que, al ser interrogada por la Fiscalía, la víctima indicó que la primera agresión se dio en presencia de sus hijos y la segunda en su cercanía, lo que contribuyó al quiebre estructural del bien jurídico a proteger y acentúa la lesividad del comportamiento examinado. No es posible desconocer la normalización de la violencia por parte de la víctima

desvalor ético-social vinculado al hecho antijurídico." En: WESSELS, Johannes; BEULKE Werner y SATZGER Helmut: Derecho Penal- Parte General, el delito y su estructura. Instituto Pacífico. Lima- Perú. 2018. Pág. 117-118. § 8 I 5. Párr. 410.

⁴⁸ CSJ-SP, 29 abr. 2020, Rad. 50.899.

⁴⁹ CSJ-SP4396 del 29 de sep. de 2021, Rad. 51.434.

⁵⁰ [Consecutivo 08, Expediente Digital del Juzgado.](#)

identificada por la psicóloga, el maltrato repetido manifestado por la víctima o el hecho de que las dos agresiones físicas se ocasionaron cuando **MELO CONDE** se encontraba en estado de embarazo.

A la luz de los parámetros jurisprudenciales fijados por la Corte Suprema de Justicia, los cuales exigen ponderar, entre otros aspectos, la intensidad del acto, la vulnerabilidad específica de la víctima, la naturaleza del vínculo, el contexto convivencial y la probabilidad de reiteración del maltrato, resulta acreditado que todos estos factores concurren en el presente caso. La agresión se dio en el seno de una relación con antecedentes de tensión sostenida, la víctima se encontraba conviviendo con el acusado, en estado de embarazo, y en una situación de dependencia económica que se evidenció en que parte de los malos tratos se originaran por el precio de un atún que compró; además, existió un involucramiento de los menores en la dinámica de violencia, la cual fue catalogada en un riesgo moderado aumentado. Tales circunstancias descartan cualquier duda sobre la relevancia penal del comportamiento enjuiciado.

Bajo tales condiciones, resulta inaceptable sostener que el comportamiento del acusado carece de antijuridicidad material. Por el contrario, se configura una lesión sustancial a la unidad familiar, entendida como un espacio de resguardo, afecto y protección, cuya desestabilización, por vía de la violencia, activa legítimamente el reproche penal. En consecuencia, el juicio de antijuridicidad material propuesto por el recurrente no puede prosperar.

4.3. Corresponde ahora abordar el juicio de culpabilidad, último de los presupuestos dogmáticos necesarios para estructurar la responsabilidad penal. Aunque el defensor planteó inicialmente un error de tipo, alegando que su representado actuó bajo la supuesta creencia invencible de que tenía la potestad para ejercer tales actos sobre quien consideraba su pareja, ya se explicó en el análisis de la tipicidad subjetiva que dicho planteamiento no recae sobre los elementos objetivos del tipo penal, sino sobre la licitud del comportamiento desplegado. De modo que el argumento corresponde, en rigor, a un error de prohibición, cuya evaluación debe hacerse en el marco de la culpabilidad, entendida esta como la posibilidad de reprocharle al autor su conducta a partir de la concurrencia de tres elementos: imputabilidad, conciencia de la antijuridicidad y exigibilidad de una conducta diferente.

Sobre la imputabilidad de **MÁRQUEZ CONTRERAS** no existe controversia, al haberse acreditado que contaba con capacidad para comprender la ilicitud de su actuar y

autodeterminarse conforme a tal comprensión. El acusado no solo comprendía la ilicitud en sus actuaciones, sino que abiertamente, con sus declaraciones, expresa que, en su opinión, estas no tenían la gravedad necesaria para ameritar las denuncias instauradas; de forma reiterada, manifestó que las agresiones del primer episodio ocurrieron en el marco de lo que percibía como un juego.

Respecto de la conciencia de la antijuricidad, cuya ausencia se infiere del planteamiento esgrimido por la defensa, corresponde aludir al error de prohibición, entendido como la falsa creencia del autor sobre la licitud de su actuar, pese a que su conducta sea objetivamente contraria al derecho. En este escenario, el sujeto obra convencido de que su comportamiento está permitido por el ordenamiento jurídico, lo cual excluye o atenúa su culpabilidad, según se trate de un error invencible o vencible. Sobre esta figura, la Corte Suprema de Justicia ha precisado:

*"De conformidad con el artículo 32.11 del Código Penal vigente, **"para estimar cumplida la conciencia de antijuricidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta"**.*

Una enorme discusión se ha dado en la doctrina y la dogmática, que aún no culmina en torno de este concepto, que nuestro ordenamiento jurídico superó con la definición trascrita, incorporada al ordenamiento jurídico, sobre lo cual la sala ha de pronunciarse porque en ello se introdujo una modificación de índole "copernicana" en nuestra legislación penal.

En efecto, en el estatuto penal anterior, tanto el error de prohibición como el de tipo excluían la culpabilidad con la misma metodología, consecuente con el causalismo natural que lo caracterizó: si el error, uno u otro, provenía de la culpa, el hecho se convertiría en culposo y como tal se sancionaría si la ley lo tuviere previsto como culposo. Se trata de la denominada teoría estricta del dolo, también conocida como teoría del dolo malo, en la que el dolo y la culpa conformaban especies de la culpabilidad y, por consiguiente, tanto el conocimiento de la tipicidad como el de la antijuricidad obran en condiciones de igualdad.

***En el Código Penal de 2000, el sistema adopta el concepto de injusto**⁵¹, en el cual se engloban tres elementos sustanciales del delito: la conducta, típica y antijurídica, entendiendo este último como primario, puesto que la razón de la tipicidad radica en la contradicción de una conducta con lo justo (contra-ius), por lo tanto, el legislador no podría tipificar como punible una conducta conforme al derecho (secundum ius).*

En este orden de ideas, la tipicidad implica la prohibición que el legislador describe de una conducta que quiere evitar por ser contraria al derecho y en tal epistemología, es comprensible que el dolo y la culpa formen parte de la conducta y ya no de la culpabilidad. De ahí la razón del artículo 21, según el cual el dolo, la culpa y la preterintención son modalidades de la conducta punible, como antes lo fueron especies de la culpabilidad.

⁵¹ **Art. 7º. CP.** Igualdad. ".... el funcionario tendrá especial consideración cuando se trate de valorar el **injusto**....".

*Podría entonces colegirse dentro de este orden sistémico que, si dentro de la noción de injusto se incluye la conducta típica, el dolo y la culpa formarán parte del llamado tipo subjetivo y la conciencia de la antijuridicidad formaría parte del aspecto subjetivo de la misma, (de la antijuridicidad) todo ello, se repite, enmarcado en un solo concepto de tipo de **injusto**.⁵²*

*Sin embargo, la dogmática sobre el injusto también ha distinguido dos teorías de la culpabilidad, a saber, la teoría **limitada** y la teoría **estricta**. En la primera, el error sobre los presupuestos de las causas de justificación o sobre la ilicitud influyen en el dolo y por consiguiente, han de tratarse como si fuera error de tipo, puesto que si la tipicidad es prohibición y la justificación es permisión, el efecto de la permisibilidad anula el de la prohibición.⁵³*

*En la comprensión de la **teoría estricta** de la culpabilidad, el dolo, que sistemáticamente obra en la tipicidad, es un dolo natural y, por consiguiente, la conciencia del injusto es un estado subjetivo diferente que opera en el proceso de la formación de la voluntad del sujeto que puede ser posterior al conocimiento propio del dolo.⁵⁴ Por ello, es que, dentro de esta teoría, cuando se alude a la conciencia del injusto se refiere al conocimiento potencial, como posibilidad de conocimiento.⁵⁵ Así las cosas, esa conciencia de antijuridicidad no opera en el campo del tipo sino en el espacio de la culpabilidad.⁵⁶*

Es por esta razón que en el tratamiento del error vencible hay una diferencia con el tratamiento que se le da al de error de tipo, porque allí, lo convierte en conducta culposa, pero cuando es error vencible en la ilicitud, la pena se reducirá en la mitad, porque el dolo del tipo subsiste (artículo 32.11 del Código Penal vigente)⁵⁷”.

En síntesis, obra en error de prohibición quien creyendo actuar lícitamente vulnera el bien jurídico tutelado; esa creencia equivocada de su actuar lícito puede provenir porque ignora que su comportamiento está prohibido por el ordenamiento jurídico, o porque cree que lo ampara una eximente de responsabilidad. Ahora bien, este error de prohibición puede originarse por distintas causas, ya sea por vía directa o indirecta.

*“El error sobre la antijuridicidad de la conducta, errada creencia de que se actúa lícitamente⁵⁸, puede provenir de diversas fuentes: **errores de prohibición directos**: (i) desconocimiento de la existencia de la prohibición o del mandato de acción; (ii) apreciación errónea respecto del alcance de la norma, por ejemplo el sujeto cree que no está vigente o que no es aplicable; **errores de prohibición indirectos**: (iii) equivocada creencia acerca de que existe una causal de justificación que ampara mi comportamiento pero que en realidad el ordenamiento*

⁵² “El dolo en el tipo de injusto y la malicia en la antijuridicidad”. JAIME CÓRDOBA RODA. P. 62 ss. COMENTARIOS AL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL. 1.972.

⁵³ Concepto de la culpabilidad fácil de asumir para los autores de la teoría de los elementos negativos del tipo.

⁵⁴ “Conforme a esta teoría, entonces, el error de prohibición invencible elimina la culpabilidad, no el dolo ni la culpa (el injusto permanece intacto) y el error vencible sólo atenúa la culpabilidad, ya sea en relación al injusto doloso o bien al culposo”. J. BUSTOS R. Y HORMAZÁBAL MALERÉE. Vol II. p. 371.

⁵⁵ El dolo significa conocimiento de la realización del tipo y la culpa falta de cuidado respecto de esa realización. Por tanto, la conciencia del injusto ha de tener un contenido completamente diferente al conocimiento del dolo, ya que no hay punto de relación entre sus estructuras y objeto de referencia. Pues, si bien obedecen a situaciones psicológicas similares, se diferencian en el plano normativo. La conciencia se forja en el plano social, es de índole compleja por su carácter sociológico, filosófico y normativo. A la conciencia del injusto se parte de la situación concreta producida (el injusto realizado) y sobre la base del sujeto concreto, se le puede exigir una determinada comprensión del injusto.” Manual de Derecho Penal. Parte General. Ed. Ariel Derecho. Barcelona. 1989. p. 335

⁵⁶ J. BUSTOS R. Y HORMAZÁBAL M. Lecciones de D. Penal. ob.cit. Vol, II. p. 371

⁵⁷ Casación 20929 del 13 de julio de 2005, reiterada en la casación 28984 del 19 de mayo de 2008.

⁵⁸ BACIGALUPO Enrique, Teoría y Práctica del Derecho Penal. Tomo I. Marcial Pons Ediciones Jurídicas. Madrid 2009, 636 p.

jurídico no la prevé (iv) error sobre los presupuestos fácticos de una causal que la ley sí prevé como justificante, por ejemplo, el agente cree que está siendo objeto de una agresión, actual e inminente lo que se conoce como legítima defensa putativa, por lo que reacciona dañando físicamente a su agresor, pensando que su acción está autorizada por el orden jurídico en defensa de su propio derecho, en estos casos se da el tratamiento de los errores de tipo, pues en últimas la equivocación, aunque también normativa, principalmente recae sobre lo fáctico y en esa medida excluye el dolo, pues si el tipo subjetivo se compone del conocimiento actual de los hechos y de la voluntad de realizar el comportamiento, el error sobre alguno de estos dos aspectos, afecta la tipicidad de la conducta, como no ocurre con los errores de prohibición propiamente dichos, en tanto que éstos afectan la culpabilidad de la acción delictiva, dejando intacto el dolo⁵⁹.

En otras palabras, el error de prohibición puede presentarse bajo dos supuestos: (i) el error directo, relacionado con el desconocimiento sobre la ilicitud de la conducta constitutiva de la infracción penal, lo que puede deberse a la ignorancia respecto a la existencia, vigencia o interpretación de la norma; y (ii) el error indirecto, que se configura cuando la equivocación recae sobre la existencia de una causa de exclusión de la responsabilidad penal.

Asimismo, la Alta Corporación en cita ha reconocido que el error de prohibición puede adoptar diversas formas, ya que, dependiendo de si exonera o atenúa la culpabilidad, se estará frente a un error vencible o invencible.

*"Y la vencibilidad del error, se concreta en la posibilidad del sujeto activo de actualizar su conocimiento acerca de la ilicitud de su conducta, pudiendo obrar de otra manera de acuerdo con las circunstancias objetivas que rodearon la comisión del comportamiento que lo llevaran a reflexionar sobre su antijuricidad, orientándose según las normas del orden jurídico, es decir, debe analizarse si el autor estaba en posibilidad de despejar el error, teniendo razones que lo llevaran a **poner en duda** su interpretación sobre el derecho vigente.*

Si el agente tiene a su disposición medios adecuados para concientizarse de la antijuridicidad de su comportamiento y está en la obligación de recurrir a ellos, reflexionando sobre la ilicitud de su conducta e informarse sobre las normas que regulan su comportamiento, el error de prohibición es superable.⁶⁰

El marco conceptual expuesto permite concluir que, en este asunto, lo que en efecto se discute es la existencia de un error de prohibición indirecto e invencible; esto se sustenta en el hecho de que, acorde a la impugnación, el acusado conocía y sabía lo que hacía, pero erróneamente asumió que estaba respaldado por una causa eximente de

⁵⁹ CSJ, SP7135 – 2014, Rad. 35113, MP. Eugenio Fernández Carlier.

⁶⁰ CSJ, SP7135 – 2014, Rad. 35113, MP. Eugenio Fernández Carlier.

responsabilidad penal, bajo la creencia de que, por su rol de "pareja", **MELO CONDE** estaba obligada a tener relaciones sexuales con él y su actuar estaría justificado.

Con fundamento en lo anterior, esta Sala procederá a verificar las circunstancias que rodearon los hechos investigados para establecer si se encuentra demostrado el error, en las condiciones alegadas por el recurrente. Para que dicho error excluya la culpabilidad, se requiere demostrar que el desconocimiento de la ilicitud no podía ser superado ni siquiera mediante un esfuerzo diligente, objetivo y subjetivamente exigible, atendiendo las condiciones personales del autor. En otras palabras, el error de prohibición invencible excluye la conciencia de antijuridicidad y, por ende, impide estructurar la culpabilidad.

El procesado, en su declaración rendida en juicio, refirió que tienen una buena relación, que los sucesos fueron *"simplemente fue eso, el manotazo, el golpe"* ([minuto 15:03 hasta 15:05](#)), hablando del primer episodio de violencia, que *"yo no la maltraté, yo no la agarré a pata, puño, algo así, como para extremar las cosas"* ([minuto 5:58 hasta 6:05](#)), *"nunca hubo daños, nunca hubo ruptura de hueso"* ([minuto 14:58 hasta 15:01](#)), así mismo, respondió *jamás* cuando se le preguntó si había tenido la intención de causar una lesión o de golpear a **CONDE MELO**. No obstante, pese a haber expresado que los golpes que había propinado en agosto 07 de 2019 fueron parte de un juego, lo que demuestra su entendimiento del reproche en la conducta, también mencionó que laboralmente se dedica al comercio y, además le *"salió la oportunidad de ir a España y pues para un mejor futuro"* ([minuto 14:29 hasta 14:33](#)), lo que se contrapone a las condiciones de marginalidad enunciadas por el impugnante. Estas afirmaciones evidencian que no se trataba de una persona carente de medios para comprender la ilicitud de su comportamiento, ni desvinculada de su entorno institucional y normativo. Por el contrario, su inserción laboral, la vida doméstica que describió y su rol como proveedor demuestran que contaba con herramientas mínimas para consultar, informarse y formarse sobre los límites de sus derechos. Además, se resalta especialmente que pese a que el argumento de la defensa que se centra en la idea que supuestamente tenía **MÁRQUEZ CONTRERAS** sobre los derechos que podría ejercer sobre la víctima por ser "su mujer", indicando posesión, como se le denomina en el escrito de apelación, en este mismo texto no refiere en ningún momento el que, para el momento de las agresiones, ya no eran una pareja, como fue manifestado expresamente por **MÁRQUEZ CONTRERAS y MELO CONDE** en sus declaraciones y, de hecho, el acusado indicó en su testimonio que tenía una relación sentimental con otra persona, en sus

palabras "convivíamos con mis hijos porque ella tenía una mala situación, ella vivía ahí en la casa, más no convivíamos, y pues yo tenía a mi novia por fuera" (minuto 6:33 hasta 6:42).

Así, no obra prueba que permita afirmar que el acusado haya actuado bajo el influjo de un error de prohibición invencible. Antes bien, se observa una conducta deliberadamente omisiva frente al reconocimiento de la gravedad de las agresiones físicas y verbales. Esa indiferencia revela una culpabilidad plena, en tanto el desconocimiento de la ilicitud no fue insuperable, sino producto de su desinterés por actuar conforme al derecho.

En lo que respecta a la inexigibilidad de otro comportamiento, se exige que el agente se halle en una situación extraordinaria de presión interna o externa que le impida autodeterminarse conforme a la norma penal, de modo que su motivación por el derecho resulte anulada o, al menos, significativamente debilitada.

En el caso *sub lite*, el acusado no enfrentó ningún evento de tal magnitud: no estaba sometido a coerción externa, ni privado de alternativas de resolución pacífica del conflicto, ni constreñido por condiciones personales extremas que comprometieran su capacidad de obrar con arreglo al ordenamiento jurídico. Por el contrario, su rol de expareja y padre de familia, su edad adulta, su posición de autoridad en el hogar, así como los medios materiales y comunicativos de los que disponía, le permitían manejar el desacuerdo con **MELO CONDE** sin recurrir a la violencia, sin forzarse sobre ella cuando se rehusó a tener relaciones sexuales y sin amenazar su integridad de ninguna manera, mucho menos en su avanzado estado de embarazo. Por tanto, no se configura causa alguna que permita excluir el juicio de reproche desde la óptica de la inexigibilidad de una conducta diversa.

4.4. En lo referente al agravante consagrado en el inciso segundo del artículo 229 del Código Penal, esta Corporación encuentra debidamente acreditado que la violencia ejercida por el acusado contra la víctima no solo constituye un acto de maltrato intrafamiliar, sino que se inscribe dentro de un contexto de dominación, control y subyugación por razones de género, lo que justifica la agravación punitiva prevista en dicha disposición.

La víctima narró cómo no solo fue agredida con un golpe a la espalda y al estómago, estando embarazada, una cachetada y un intento de ahorcamiento, sino que fue descalificada reiteradamente. La defensa misma estructuró su alegato en torno al

machismo propio y, en su opinión, insuperable, del acusado. Estas afirmaciones no se limitan a una ofensa momentánea, sino que reflejan un patrón estructural de subordinación de la mujer dentro del núcleo familiar, fundado en estereotipos patriarcales y en la naturalización del poder masculino como forma de control.

Sobre este punto, la impugnación descontextualiza completamente la finalidad de una afirmación del juez *a quo*, puesto que manifiesta *"se establece que no existe ni el elemento cognoscitivo, ni el volitivo, pues como refiere el juez de condena, "la violencia fue asilada o producto de una simple reacción a una discusión alterada y salida de control, o de un mero juego como lo dijo el procesado", agregando la defensa, de un error en el tipo penal de violencia intrafamiliar"*⁶¹ (Subrayas fuera de texto); cuando la cita de primera instancia, en realidad, rezaba: *"Para este juez la violencia no solo fue asilada o producto de una simple reacción a una discusión alterada y salida de control, o de un mero juego como lo dijo el procesado, no, sino que la misma dada su connotación, gravedad y naturaleza, valorando el aspecto cualitativo (amenazas de muerte, intensidad y cronicidad de las agresiones) y cuantitativo (número de agresiones, frecuencia y gravedad), debe así declararla, porque se afecta claramente la familia"*⁶² (Negritas y subrayas fuera de texto).

De igual modo, se evidenció que el acusado pretendió influir en la voluntad de la víctima para que desistiera de la acción penal, puesto que él mismo manifestó, en su declaración: *"Yo incluso le dije a ella, pues, haga un oficio donde usted dice que usted desiste de la denuncia, ¿por qué no? O sea, no hay como tal una agresión así ya tan grave como para acudir a la Fiscalía y eso. Entonces, pues, hasta ahí eso es lo que ella me había comentado. Incluso debo tener por ahí unas grabaciones donde yo le estoy comentando eso a ella y ella me dice eso y lo demás"* ([minuto 6:53 hasta 7:19](#)).

Bajo estos elementos, se cumplen los criterios jurisprudenciales exigidos para la configuración del agravante: la condición de mujer de la víctima, el entorno familiar en que ocurrieron los hechos, y la existencia de un patrón de violencia cimentado en relaciones desiguales de poder. Por consiguiente, se encuentra acreditada la circunstancia de agravación punitiva por violencia de género, conforme al inciso segundo del artículo 229 del Código Penal.

A partir del análisis integral de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, así como de la verificación de la agravante por razones de género, esta Sala concluye que la conducta del acusado no constituye un ejercicio legítimo de ningún derecho sobre la víctima, sino

⁶¹ Consecutivo No. 20, Expediente Digital del Juzgado.

⁶² Consecutivo No. 17, Expediente Digital del Juzgado.

un acto doloso y reiterado de violencia intrafamiliar, con afectaciones físicas, psicológicas y de subordinación claramente acreditadas. En consecuencia, el fallo apelado será confirmado, al estar debidamente estructurado desde el punto de vista fáctico, normativo y jurisprudencial.

5. Sobre el reconocimiento de la calidad de padre cabeza de familia

A continuación, para efectos metodológicos y por resultar de interés a la decisión, se abordará el instituto de la prisión domiciliaria en calidad de padre o madre cabeza de familia, las diferencias con la prisión domiciliaria regulada en el artículo 38B del Estatuto Sustantivo y la sustitución de la detención domiciliaria de que trata el numeral 5o del artículo 314 del Ordenamiento Procesal Penal.

5.1. Sea lo primero referir que el sustituto de la prisión domiciliaria cuenta con dos variantes que comparten las mismas consecuencias, esto es, que la ejecución de la pena impuesta se lleve a cabo en el domicilio del sentenciado, pero cuya teleología y requisitos difieren diametralmente, es así como la forma básica en la que se manifiesta este instituto es la contenida en el artículo 38B del Estatuto Sustantivo, que describe los requisitos objetivos y subjetivos que deben observarse para su concesión, a saber: **i)** que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos, **ii)** que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000 y, **iii)** que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado; aplicación que, mediando el cumplimiento de los requisitos, se realiza sin la necesidad de que concurran calidades especiales en el penalmente sancionado.

Por otro lado, mediante la Ley 750 de 2002, se erigió la figura de la prisión domiciliaria para mujeres cabeza de familia, instituida con la finalidad de proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes que estuvieran a cargo de las sentenciadas cuando estas ejercieran la jefatura del hogar, acudiendo a la definición de madre cabeza de familia contenida en el artículo 2o de la Ley 82 de 1993 modificada por el artículo 1o de la Ley 1232 de 2008, así:

*"...es Mujer Cabeza de Familia, quien siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, **hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar**, ya sea por **ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, psíquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar**"*

(Negrillas fuera de texto).

En ese sentido, la Ley 750 de 2002, como regulación especial, desarrolla las prohibiciones y los requisitos específicos para la concesión de este beneficio en favor de los sujetos de especial protección que requieren del cuidado de quien fue condenado en virtud del proceso penal; mediante sentencia C-184 de 2003, amplió la Corte Constitucional su aplicación a los hombres que ejercieran la jefatura del hogar, con el objetivo de evitar la discriminación a los hijos menores de estos o las personas incapaces o incapacitadas para trabajar, objeto principal de protección de la ley en comento.

Finalmente, el artículo 461 de la Ley 906 de 2004, dispone la sustitución de la ejecución de la pena privativa de la libertad, remitiendo a los requisitos del artículo 314 *ibidem*, el cual contempla en su numeral 5o dicha posibilidad "*cuando el imputado o acusado fuere madre cabeza de familia de hijo menor o que sufre incapacidad permanente, siempre y cuando haya estado bajo su cuidado*", desarrollando de esta manera unos requisitos específicos y disímiles a los contenidos en la Ley 750 de 2002, cuyas interpretaciones conjuntas han creado cierta confusión que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia zanjó desde 2011⁶³.

En ese orden de ideas, se ha sostenido de manera pacífica que el artículo 314 del Código de Procedimiento Penal, relativo a las medidas de aseguramiento, no introdujo modificación alguna respecto de la figura de la prisión domiciliaria prevista para madres o padres cabeza de familia. Ello obedece a que ambas instituciones responden a finalidades jurídicas distintas y no son, por ende, equiparables: mientras la primera se circunscribe al ámbito cautelar y persigue fines estrictamente procesales, preservando la presunción de inocencia del imputado, la segunda se refiere a la fase de ejecución de la pena, una vez proferida sentencia condenatoria, y tiene naturaleza sustitutiva de la sanción privativa de la libertad, condicionada al cumplimiento de los requisitos materiales y personales que la ley establece para su procedencia.

En corolario, las tres figuras procesales desarrolladas, si bien comparten ciertos rasgos estructurales y funcionales, difieren sustancialmente en sus presupuestos de procedencia, naturaleza jurídica y finalidades, razón por la cual su invocación y aplicación deben efectuarse con sujeción estricta a los límites normativos y teleológicos que el ordenamiento jurídico asigna a cada una de ellas.

⁶³ CSJ SP4945-2019 (53863) de noviembre 13 de 2019.

5.2. En el asunto bajo examen, la defensa recurrió la negativa del *a quo* a conceder el sustituto de prisión domiciliaria invocado en favor de **ÓSCAR HUMBERTO MÁRQUEZ CONTRERAS**, en su condición de padre cabeza de familia. En respaldo de su pretensión, sostuvo:

"Ahora bien, en la actualidad el señor ÓSCAR HUMBERTO MÁRQUEZ CONTRERAS, tiene a su cuidado la menor hija de 12 años, S.S.M.M, nacida el día 16 de diciembre de 2012, en razón a que su señora madre EDITH MAYERLI MELO CONDE, se encuentra con sus dos hijos mayores, F.S.M.M de 16 años nacido el 12 de febrero de 2008 y V.S.M.M de 14 años de edad, nacida el 09 de mayo de 2010, en los Estados Unidos a donde viajó en este año, el 21 de marzo.

Es decir, se cumple el requisito de tener bajo su tutela y cuidado integral a su menor hija S.S.M.M, de 12 años de edad, quien quedó a su cuidado como consecuencia que su señora madre EDITH MAYERLI MELO CONDE, se fue para Estados Unidos con los dos hijos mayores del procesado, de donde opera el segundo requisito exigido para el beneficio, como es, la ausencia permanente o incapacidad del cónyuge o compañero permanente del procesado para hacerse cargo de los hijos menores de edad.

El tercer y último requisito, es que el procesado prodigue el sustento económico y emocional al menor, de manera que, ante la ausencia de este, la menor quedaría en desamparo total y riesgo físico, de donde debe entrarse a sopesar los derechos fundamentales a tener una familia y a no ser separada de ella⁶⁴.

Este es el aspecto bacilar de la solicitud subsidiaria por parte del defensor. En primer lugar, debe manifestar el Tribunal que, al momento de efectuarse el traslado del artículo 447, en la audiencia de sentido de fallo, el ahora impugnante únicamente solicitó la concesión de *"la condena de ejecución condicional si es procedente o de lo contrario, subsidiariamente, su señoría, que se le otorga la detención domiciliaria a Óscar Humberto Márquez Contreras atendiendo la carencia de antecedentes penales"* ([minuto 11:50 hasta 12:04](#)), así, la solicitud del reconocimiento de calidad de padre cabeza de familia nunca fue alegada. Más relevante aun es que, ahora, pese a la precitada argumentación en la apelación, no se allegó ninguna prueba para, efectivamente, acreditar el cumplimiento de los requisitos que llevan al reconocimiento de esta calidad. Por lo anterior, no se demostró ausencia de la madre, la inexistencia sustancial de apoyo de otros miembros del núcleo familiar, ni se demostró probatoriamente el argumento elevado de modo alguno.

Así las cosas, reiterando que el instituto de la prisión domiciliaria como madre o padre cabeza de familia cuenta con regulación especial, debe recordarse que el requisito principal

⁶⁴ [Consecutivo No. 20, Expediente Digital del Juzgado.](#)

para su condición se encuentra en el artículo 1 de la Ley 750 de 2002, este es: **(i)** Que en la actuación **esté demostrada** la condición de mujer u hombre cabeza de familia.

Es menester recordar que, para discernir dicho concepto constituye referente obligado el artículo 2o de la Ley 82 de 1993, modificado por el artículo 1o de la Ley 1232 de 2008. En consecuencia, se reitera que, al tenor de esa norma, la calidad aludida se predica, de *"quien siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar"* (Negrillas fuera de texto).

De acuerdo con lo expuesto, lo esencial de la noción no es que la mujer o el hombre, según fuere el caso, sea el único proveedor de los ingresos, sino que tenga el grupo familiar o la persona a su **exclusivo** cargo, esto es, que, como consecuencia de la privación de la libertad y ante la ausencia de pareja o de otros miembros del núcleo familiar, los menores o incapaces que están bajo su cuidado, protección y manutención quedan sumidos en el desamparo o abandono. En los eventos precisados, para la efectividad de los derechos fundamentales de los menores (cuya prevalencia no discute la Sala ante las regulaciones contenidas en el artículo 44 de la Carta Política), el legislador reduce el ámbito de ejecución de la pena privativa de la libertad para permitir su descuento en el propio domicilio y sin quebranto en la continuidad del rol familiar.

En aplicación de los parámetros referenciados, negará este Despacho la concesión del sustituto de la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia a **ÓSCAR HUMBERTO MÁRQUEZ CONTRERAS**, pues, efectivamente, se requería constatar un estado de absoluta orfandad ante la privación de la libertad del condenado, además de la ausencia permanente de los demás miembros del núcleo familiar. Lo antedicho, carece de materialización en el caso concreto pues, los únicos elementos aportados junto a la solicitud fueron los registros civiles de nacimiento de los menores⁶⁵.

Finalmente, debe recordarse que el otorgamiento de la prisión domiciliaria en favor de madres o padres cabeza de familia no opera automáticamente ni constituye un derecho del sentenciado, sino una medida orientada a proteger a menores en situación de

⁶⁵ [Consecutivo No. 22, Expediente Digital del Juzgado.](#)

vulnerabilidad; por tanto, la concesión del sustituto penal pretendido está condicionada al cumplimiento estricto de los requisitos legales y al análisis de las circunstancias particulares objeto de estudio, valoración que en el caso *sub examine* se torna negativa. En consecuencia, los cuestionamientos del recurrente en este punto carecen de sustento fáctico y jurídico y son meramente argumentativos, al no evidenciarse vulneración de norma o principio alguno que impusiera al juzgador la obligación de otorgar el beneficio solicitado.

En consecuencia, la prisión domiciliaria deprecada no resulta viable. Por lo expuesto, se confirmará en su integridad la providencia de primer grado.

En razón y mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, en Sala 04 de Decisión Penal**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. CONFIRMAR la sentencia de fecha, naturaleza y origen indicados, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación. La notificación queda surtida en estrados sin perjuicio de la que deba intentarse en forma personal de conformidad con el artículo 169 de la Ley 906 de 2004.

Cópiese, cúmplase y devuélvase oportunamente al Juzgado de origen.



MARIA LUCÍA RUEDA SOTO
Magistrada



EDGAR MANUEL CAICEDO BARRERA
Magistrado



JUAN CARLOS CONDE SERRANO
Magistrado