



USAID
DEL PUEBLO DE LOS ESTADOS
UNIDOS DE AMÉRICA

Corporación
humanas
Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género



MENTORING
jurídico y psicosocial
para organizaciones
de la sociedad civil

Disertación

El principio de oportunidad y los preacuerdos en violencia intrafamiliar

Introducción

La violencia contra las mujeres en el ámbito familiar es histórica y se mantiene como un asunto social prioritario. En ella se incluyen las violencias entre parejas que conviven, ya sea unidas por vínculos de matrimonio o de unión marital de hecho, así como exparejas que mantienen lazos de familia ya sea por hijos/as comunes o porque la misma violencia no permite a la mujer salir del ciclo de violencia.

Una de las formas en que se judicializa esta violencia es el delito de la violencia intrafamiliar. La Fiscalía está en la obligación de iniciar la acción penal cuando conoce de hechos que pueden ser violencia intrafamiliar, e investigar con debida diligencia todo hecho de violencia contra una mujer. Empero, en el desarrollo del proceso penal pueden presentarse dos figuras procesales que parecen, en la práctica, comprometer los derechos de las mujeres a la verdad, la justicia y la reparación, en tanto víctimas en el proceso.

El principio de oportunidad y los preacuerdos son dos figuras procesales que implican finalizar el proceso penal, diferente a la imposición de la pena de acuerdo a las pruebas practicadas en juicio oral. En consecuencia, es necesario explorar cómo su aplicación puede respetar los derechos de las mujeres víctimas, como sujetos especiales de protección, y ser el resultado de una perspectiva de género en el sistema de justicia colombiano.

Ambas figuras, deben en todos los casos analizarse desde la perspectiva de género en las decisiones judiciales, que señala que en los casos donde las mujeres son víctimas, las autoridades deben analizar las relaciones de poder que afectan la dignidad y la autonomía de las mujeres (T 462/18), analizar los hechos, las pruebas y las normas jurídicas con base en interpretaciones sistemáticas de la realidad, donde se reconozca que las mujeres han sido un grupo tradicionalmente discriminado y se justifica un trato diferencial (T 462/18), y además considerar el rol transformador o perpetuador de las decisiones judiciales (T-027 /17, T-184 de 2017).



USAID
DEL PUEBLO DE LOS ESTADOS
UNIDOS DE AMÉRICA

Corporación
humanas
Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género



MENTORING
jurídico y psicosocial
para organizaciones
de la sociedad civil

1. Problemáticas

En esta disertación, abordaremos cómo las figuras procesales del principio de oportunidad y preacuerdo, se relacionan con las garantías de participación de la víctima como interviniente especial del proceso penal, los derechos humanos y los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, y el derecho a una vida libre de violencias. Para ello, formulamos dos preguntas guía:

- a. ¿La aplicación del principio de oportunidad en las investigaciones de violencia intrafamiliar puede llevar a desconocer que la violencia contra la mujer es una violación de derechos humanos?
- b. ¿La aplicación de preacuerdos en la judicialización de la violencia intrafamiliar puede darse garantizando el derecho de las mujeres víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición?

2. Principio de oportunidad

El principio de oportunidad se entiende como una excepción a la obligación de la Fiscalía General de la Nación de perseguir a los autores y partícipes de los hechos que puedan ser delitos (art. 322, Código de Procedimiento Penal). Se puede presentar en tres modalidades: suspender la investigación, interrumpirla temporalmente o renunciar a continuar toda investigación sobre los hechos (art. 323). El principio de oportunidad debe atender a razones de política criminal es decir, debe ser responder al reproche de las conductas que causan un perjuicio social y a la protección de los bienes jurídicos protegidos (C-936/2010), así como a la protección de los derechos humanos, que son límite a la acción punitiva del Estado.

Así, existen limitaciones legales al uso de esta figura, por ejemplo no se puede aplicar en investigaciones por hechos que constituyan graves infracciones al DIH, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra, genocidio, graves violaciones de derechos humanos, ni cuando la víctima es una persona menor de 18 años (art. 324, parág. 4, Código de Procedimiento Penal; C-936/10). Estas limitaciones deben entenderse como resultado de la política criminal del Estado, que considera de mayor gravedad los delitos que afectan a las niñas, niños o adolescentes, como sujetos de especial protección, y que no podría validar la renuncia a la persecución de las conductas que desconocen los derechos internacionalmente reconocidos como mínimos para garantizar la dignidad humana y los límites a los conflictos armados nacionales o internacionales.

La Directiva 01 de 2017 de la Fiscalía General de la Nación “Por medio de la cual se establecen lineamientos generales sobre la persecución penal de delito de la violencia intrafamiliar”, recuerda que no es posible aplicar el principio de oportunidad a las investigaciones por este



USAID
DEL PUEBLO DE LOS ESTADOS
UNIDOS DE AMÉRICA

Corporación
humanas
Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género



MENTORING
jurídico y psicosocial
para organizaciones
de la sociedad civil

delito donde hay víctimas menores de 18 años. Sin embargo, la aplicación de este detalle requiere que desde la indagación se reconozcan los hechos en los cuales niñas, niños y adolescentes también han sido víctimas de la violencia intrafamiliar, por ejemplo cuando son utilizados por los progenitores para mantener el control sobre las mujeres, o cuando son también maltratados por el entorno de violencia en el que viven, de lo contrario, se desconoce el *interés superior del niño* y se niegan los derechos de estas personas que son sujetos de especial protección.

En relación a las investigaciones donde las víctimas son adultas, por ejemplo todos los casos donde la víctima es una mujer adulta, la Fiscalía puede aplicar el principio de oportunidad de acuerdo a los lineamientos de la Directiva 01 de 2017. Antes de abordar esos lineamientos, queremos debatir acerca de la segunda limitación que trae el mismo Código de Procedimiento Penal.

El parágrafo 4 del artículo 324 establece la prohibición de aplicar el principio de oportunidad cuando se trata de *graves infracciones al DIH, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra, genocidio, graves violaciones de derechos humanos*. La Corte Constitucional consideró que esta limitación hace parte de una política criminal que procura la *vigencia de un orden justo* de acuerdo a lo establecido en el artículo 2 de la Constitución Política de Colombia, y además es parte de las obligaciones internacionales del Estado colombiano en materia de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de Derecho Internacional Humanitario y de Derecho Penal Internacional, tratados que son parámetros de control de constitucionalidad (art. 93 C.P.) y que tienen por objeto reconocer la gravedad de esas conductas por la *intensidad de la afectación a la dignidad humana*, y que en concordancia con esos compromisos no podría el Estado colombiano *prescindir de la persecución penal en estos casos*, ni siquiera con autorización del legislador (C-936/10¹).

Lo anterior se conecta con el reconocimiento que ha realizado el ordenamiento jurídico colombiano, del carácter de derechos humanos que tienen los derechos de las mujeres (art. 6 núm.2, Ley 1257 de 2008) y que la violencia contra la mujer constituye una forma de violación al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (T-265/16). Entonces una política criminal que reconoce, que no es posible renunciar a la persecución penal de los hechos que causan graves afectaciones a la dignidad humana, también debe considerar irrenunciable la persecución de los delitos que judicializan las violencias contra las mujeres, entre ellos las investigaciones por el delito de violencia intrafamiliar.

¹ Demanda de constitucionalidad contra artículo 2 de la ley 1312 de 2009, que reformó el artículo 324 del Código de Procedimiento Penal que regula los casos en que se aplica el principio de oportunidad, específicamente el numeral 17 referido a la aplicación en casos de delitos cometidos por personas desmovilizadas de grupos armados al margen de la ley, quienes no se hayan sometido a la jurisdicción transicional de Justicia y Paz.



USAID
DEL PUEBLO DE LOS ESTADOS
UNIDOS DE AMÉRICA

Corporación
humanas
Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género



MENTORING
jurídico y psicosocial
para organizaciones
de la sociedad civil

La Directiva 01 de 2017 establece que la aplicación del principio de oportunidad en las investigaciones por violencia intrafamiliar debe realizarse a través de un *riguroso ejercicio de subsunción y un test de proporcionalidad con los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación*. Así, ante la posibilidad de aplicar esta figura procesal, debe demostrarse que la Fiscalía General de la Nación o su delegada, luego de un análisis de los hechos y los elementos probatorios de los que dispone, y desde una perspectiva de género, puede asegurar (i) que aplica alguna de las situaciones enumeradas en el artículo 324 del Código de Procedimiento Penal de forma estricta y de ninguna forma suponiendo alguna de las situaciones, y (ii) que no se afecta de manera excesiva el derecho de la víctima a la verdad, la justicia y la reparación, entendiendo que no se podría aplicar esta figura si se desconociera con esto los derechos de las víctimas (C-209/07).

El Código también establece que para la aplicación del principio de oportunidad la Fiscalía “deberá tener en cuenta los intereses de las víctimas” para lo cual deberá convocarlas y oír las (art. 328 Código de Procedimiento Penal), lo cual en todo caso, debe entenderse no solo como un asunto formal, sino que es parte de realizar el test de proporcionalidad, donde oír a la víctima implica valorar con ella y su representante si el principio de oportunidad vulnera sus derechos:

A la verdad, a que se reconozca que lo vivido se trata de una violencia basada en género, como es expresión de la desigualdad entre hombres y mujeres, a que se establezca quién fue responsable y que delito se cometió, y a que se reconozca que se afectaron sus derechos y autonomía, y que vivió un daño derivado de esa violencia.

A la justicia, a acceder al sistema de justicia, a que se apliquen las normas correspondientes a la prevención, sanción y erradicación de las violencias contra las mujeres, a que se reconozca la afectación a los bienes jurídicos y la violación de derechos humanos, y a que durante el proceso penal se garanticen sus derechos como víctima, entendiendo que este derecho va más allá de la imposición de una condena.

A la reparación, al reconocimiento del daño derivado de la violencia, y a que el agresor sea conminado a su reparación, tanto económica como simbólica y lo concerniente en materia de rehabilitación.

A la no repetición, a que el Estado y la administración de justicia contribuyan con sus decisiones a garantizar que la violencia no se repetirá en un contra, la cual requiere reconocer la magnitud de la violencia y la naturaleza como violencia basada en género.

Otro cuestionamiento asociado a lo anterior, es qué criterios considerar en el test de proporcionalidad para los casos de violencia contra las mujeres cuando son calificadas como violencia intrafamiliar. Por ejemplo, ante el derecho a la verdad, es necesario que el proceso



USAID
DEL PUEBLO DE LOS ESTADOS
UNIDOS DE AMÉRICA

Corporación
humanas
Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género



MENTORING
jurídico y psicosocial
para organizaciones
de la sociedad civil

penal reconozca que los hechos son violencia contra la mujer, y en consecuencia que es una violación de derechos humanos, frente a lo cual la renuncia a la acción penal por parte del Estado es una medida que afecta gravemente los derechos de las víctimas, ya que tratándose de un asunto de derechos humanos se le niega el recurso adecuado para su judicialización.

La participación de la víctima y el test de proporcionalidad hacen parte de los actos preparatorios del principio de oportunidad, pero también de la sustentación que realizará la Fiscalía ante el Juez de Control de Garantías. La Corte Constitucional ha reconocido que la víctima debe tener la oportunidad además de impugnar la decisión del Juez de Control de Garantías como garantía de sus derechos (C-209/07), dado que en el principio de oportunidad se adopta una decisión que afecta sus intereses y derechos en el proceso.

Un tercer lineamiento establecido para la actividad de la Fiscalía en materia de violencia intrafamiliar es que al aplicar el principio de oportunidad, se recomienda suspender antes que renunciar a la persecución penal, lo que permitiría hacer un seguimiento efectivo al cumplimiento de las condiciones que se impongan al procesado y revocar el beneficio en caso de incumplimiento. La Corte Constitucional también encontró que esta modalidad de la suspensión con las condiciones a cumplir en un periodo de pena, es una forma adecuada para la protección de los derechos de las víctimas en esta figura procesal (C-209/07).

La siguiente pregunta es si una medida como la suspensión de la investigación penal condicionada al cumplimiento de determinadas acciones o prohibiciones al procesado, es suficiente para proteger a la mujer víctima de violencias de la continuación de esas agresiones, donde la Fiscalía es responsable de responder con suficiente claridad, no solo previendo que no cuenta con información sobre la continuación de la violencia por cualquier medio incluso por interpuestas personas o con formas de violencia más sutiles, sino que debería presentar información cierta de ello.

Esta no es una pregunta solo a abordar en el caso a caso, sino como parte de la política criminal, pues no se debe olvidar que la acción punitiva del Estado define también el reproche social a determinadas conductas, por lo cual la aplicación reiterada del principio de oportunidad a la violencia intrafamiliar, que además no responda a los derechos de las víctimas ni aplique el test de proporcionalidad, podría conllevar a debilitar el reproche a la violencia vivida en el contexto social, más aún cuando se trata de violencia contra mujeres, así como niñas y niños.

Finalmente, la Directiva establece que no se aplicará el principio de oportunidad cuando el procesado tenga antecedentes penales por violencia intrafamiliar o por otro delito doloso contra la vida, la integridad personal, la formación sexual o la libertad individual, frente a otros delitos deberá valorar la gravedad de la conducta punible cometida. En este punto, llama la



USAID
DEL PUEBLO DE LOS ESTADOS
UNIDOS DE AMÉRICA

Corporación
humanas
Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género



MENTORING
jurídico y psicosocial
para organizaciones
de la sociedad civil

atención la funcionalidad de este lineamiento con los niveles de impunidad a los delitos que corresponden a violencia contra las mujeres y al tiempo que lleva lograr la consolidación de un antecedente penal.

3. Preacuerdos

Los preacuerdos son una forma de terminación anticipada del proceso penal, por una negociación que se establece entre las partes, es decir, entre la Fiscalía y el procesado. Los preacuerdos tienen como finalidades “humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de conflictos sociales que genera el delito, propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación de imputado en la definición de su caso” (art. 348, Código Procesal Penal).

La Directiva 01 de 2017 recuerda que los preacuerdos y negociaciones no deben ser utilizados por el ente investigador como una mera formalidad para adelantar el cierre de los casos, tampoco deben ser entendidos como una posibilidad de otorgar beneficios inmerecidos cuando la investigación no presenta dificultades para adelantar el Juicio Oral. Entonces, se resalta que si bien es una facultad autónoma, los preacuerdos o negociaciones deben responder a razones de política criminal, entre ellas a la prevención de la violencia basada en género.

Para la celebración del preacuerdo, la víctima tiene derecho a la participación, si bien, ello no implica una facultad de veto sobre la negociación, y la Fiscalía tiene la obligación de verificar que el preacuerdo no resulta en un sacrificio de los derechos de las víctimas, sobre ello la Directiva menciona el derecho a la reparación, pero en la reciente jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia también se ha enfatizado en el derecho a la verdad.

En la sentencia del 24 de junio de 2020, en proceso con radicado 5222, la Corte Suprema de Justicia unificó la línea jurisprudencial de los preacuerdos, con las posiciones y análisis adelantados por la Corte Constitucional. En esta sentencia, se confirma el control material del juez de conocimiento en la presentación del preacuerdo, en particular para no permitir acuerdos contrafactuales, es decir que se llegue a una conclusión de lo ocurrido y su calificación jurídica que no tenga ninguna coherencia con la realidad.

Este punto además contribuye a que la terminación anticipada de los procesos penales no conlleve a un desconocimiento del derecho a la verdad, por ejemplo, cuando en casos de violencias contra las mujeres se niega la relación de poder que enmarca las agresiones, los daños causados o la gravedad de la afectación a la vida, integridad y autonomía personales. En este punto es también relevante, revisar la sentencia SU 479/2019 donde la Corte



USAID
DEL PUEBLO DE LOS ESTADOS
UNIDOS DE AMÉRICA

Corporación
humanas
Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género



MENTORING
jurídico y psicosocial
para organizaciones
de la sociedad civil

Constitucional concluye que los preacuerdos también deben realizarse garantizando el derecho a la verdad y la justicia.

En relación con el derecho a la verdad, la Corte precisa que se garantiza con una *expresión clara y coherente de los hechos jurídicamente relevantes*, de acuerdo a los elementos materiales de prueba existentes, y con una inferencia razonable de la comisión de una conducta punible que se puede definir en términos de tiempo, modo y lugar (SU 479/2019); debe además recordar que no solo la víctima posee el derecho a la verdad, sino que también la sociedad espera del sistema judicial una verdad. El derecho a la justicia, que debe garantizarse al procesado y a la víctima, para que los hechos ocurridos se correspondan con un delito preexistente, pero también para que la calificación jurídica no desconozca la realidad de lo ocurrido; la Corte insiste que el derecho a la justicia tiene relación con la obligación de debida diligencia para por ejemplo investigar las violencias contra las mujeres, como la violencia sexual.

Adicionalmente, en la misma sentencia, la Corte Constitucional llama la atención sobre que la Fiscalía en su facultad de adelantar un preacuerdo, debe considerar además de los fines de la justicia y los lineamientos de la política criminal, otras variables que guíen su análisis en garantía de los derechos humanos, por ejemplo, cuando la víctima es un sujeto de especial protección constitucional y de tratados internacionales. Conectado con ello, precisamente se encuentra el deber de la Fiscalía de garantizar el derecho de las mujeres a una vida libre de violencias y su carácter como sujetos de especial protección por la desigualdad que afrontan en una sociedad patriarcal.

La Corte Suprema de Justicia en la sentencia de 2020, entonces concluye que es necesario que el preacuerdo reconozca la verdad de lo ocurrido y se le condene al procesado por el delito que cometió, solo utilizando otra calificación jurídica para efectos de fijar la pena, tampoco puede utilizarse esa otra calificación para efectos de conceder subrogados penales.

Tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional han reiterado también que los preacuerdos y negociaciones no pueden conllevar a rebajas desproporcionadas. Es decir, que estas figuras procesales deben en todo caso tener un análisis claro de la rebaja punitiva que se concede a cambio de no continuar con el esfuerzo estatal de recaudar pruebas y adelantar en juicio oral para deponer la presunción de inocencia.

Finalmente la Directiva 01 de 2017, recuerda la prohibición de adelantar preacuerdos en los delitos donde las víctimas son menores de 18 años, por prohibición expresa de la ley 1098 de 2006 (art. 199, núm. 7), ni para los casos de feminicidio (art. 5, ley 1761 de 2015).



USAID
DEL PUEBLO DE LOS ESTADOS
UNIDOS DE AMÉRICA

Corporación
humanas
Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género



MENTORING
jurídico y psicosocial
para organizaciones
de la sociedad civil

Conclusiones

1. En relación al principio de oportunidad:

La aplicación del principio de oportunidad no debe aplicarse a los casos donde se encuentra violencia contra la mujer, bajo el concepto que tienen la ley 1257 de 2008 y la Convención Belém do Pará, en el entendido que son violaciones de derechos humanos, por lo cual, no es coherente con la política criminal ni con la protección derivada de los tratados internacionales, que se renuncie a la persecución penal de estos delitos.

En todo caso, además, la Fiscalía deberá asegurar y sustentar que con la aplicación del principio de oportunidad no se afectan gravemente los derechos de las víctimas, para lo cual deberá convocar a la víctima para escuchar y tomar en cuenta sus intereses, adelantando un test de proporcionalidad donde pondere la razones de su decisión.

2. En relación a los preacuerdos

Los recientes avances jurisprudenciales sobre la materia implican comprender los preacuerdos y negociaciones como figuras procesales que deben respetar los derechos de las víctimas a la verdad y la justicia, y además ser coherentes con los fines de la justicia y el orden justo establecido en la Constitución Política, así como con las obligaciones internacionales del Estado colombiano en materia de derechos humanos, entre ellas los derechos humanos de las mujeres.

En consecuencia, no está permitido a la Fiscalía adelantar preacuerdos o negociaciones que desconozcan los hechos y su calificación jurídica, sino que el preacuerdo mismo debe contener el acto de esclarecimiento de lo ocurrido y presentar la calificación jurídica razonable. Esto, es fundamental para llamar por su nombre a los delitos que se cometen, lo cual tiene un impacto importante, al nombrar las violencias contra las mujeres como parte de la visibilización y del derecho a la verdad, que es de la víctima y de la sociedad en general. Además, debe garantizarse el derecho a la justicia, para lo cual el cambio de calificación jurídica solo deberá atender a la imposición de la pena, pero no al establecimiento de la responsabilidad del procesado ni a la aplicación de subrogados penales u otros beneficios punitivos.