República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN
Magistrado ponente

SP1343-2022
Radicación n° 52330
Acta 89.

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de abril de dos mil veintidós (2022).

VISTOS

Examina la Corte, en sede de casación, el fallo de segunda instancia emitido el 12 de diciembre de 2017 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, modificatorio de la sentencia condenatoria que por el delito de violencia intrafamiliar profirió el Juzgado Sexto Penal Municipal de esa misma ciudad en contra de HUGO ALEXANDER GÓMEZ, para, en su lugar, sentenciarlo como autor del ilícito de lesiones personales.

HECHOS

En la mañana del 28 de enero de 2015, en vía pública de la ciudad de Popayán, HUGO ALEXANDER GÓMEZ emprendió una agresión verbal y física en contra de su ex compañera permanente Claudia Milena Campo Meléndez, a quien le propinó varios puños y golpes con un casco para motocicleta en diferentes partes de su cuerpo, golpiza que, incluso, continuó en la vivienda de la agredida, lugar al que ella acudió para refugiarse.

El ataque produjo incapacidad provisional de 12 días, en virtud de las lesiones «*tipo contusión en cara, cuello, tórax, miembros superiores e inferiores.*», aunado a la inmovilización de la mano izquierda.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. El 19 de mayo de 2015[1], ante el Juzgado Quinto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Popayán, la Fiscalía le imputó a HUGO ALEXANDER GÓMEZ, la presunta comisión, en condición de autor, del delito de violencia intrafamiliar (Art. 229, inc. 2º, del Código Penal), cargos a los que manifestó allanarse.

[1] Fol. 10, carpeta nº 1.

2. El 13 de agosto de esa misma anualidad[2], la Fiscalía presentó el escrito de acusación por los mismos cargos aceptados por el imputado, por lo que la audiencia de «*CONTROL DE LEGALIZACIÓN DE ACEPTACIÓN DE CARGOS, INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA Y LECTURA DE SENTENCIA*», se llevó a cabo 22 de febrero de 2016[3] ante el Juzgado Sexto Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Popayán, oportunidad en la que la juzgadora declaró la legalidad del allanamiento y, por consiguiente, señaló que el sentido del fallo era de carácter condenatorio.

2.1. Dispuesto el traslado del artículo 447 del C. de P.P., la defensa solicitó la suspensión de esa diligencia con el propósito de allegar elementos probatorios que soportarían la solicitud de suspensión condicional de la ejecución de la pena.

2.2. Mediante sentencia de 2 de junio de 2017[4], el Juzgado Sexto Penal Municipal de Popayán decidió: (i) condenar a HUGO ALEXANDER GÓMEZ, a la pena de 36 meses de prisión, como autor responsable del delito de violencia intrafamiliar; (ii) le impuso la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena restrictiva de la libertad, y (iii) le concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena, previa constitución de garantía prendaria.

---

[2] Fol. 12, ibídem.
[3] Fol. 50, ibídem.
[4] Fol. 76, Ibídem.

3. Al desatar el recurso de apelación interpuesto por el Fiscal Delegado, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, mediante proveído de 12 de diciembre de 2017[5], revocó la sentencia proferida por el A quo y, en su lugar, condenó a HUGO ALEXANDER GÓMEZ por la comisión del delito de lesiones personales (Arts. 111 y 112, inc. 1º, del Código Penal) a la pena principal de ocho (8) meses de prisión, a la inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, como pena accesoria, y le concedió la medida sustitutiva de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

4. En contra del fallo de segundo grado, la delegada de la Procuraduría General de la Nación[6] interpuso recurso extraordinario de casación.

5. Mediante auto de 17 de agosto de 2018[7], superando los defectos de la demanda casacional, la Sala dispuso su admisión.

5.1. En consecuencia, la audiencia pública de sustentación del líbelo casacional tuvo ocurrencia el 18 de septiembre de esa misma anualidad.[8]

---

[5] Fol. 117, ibídem.
[6] Fols. 142 y s.s.
[7] Fol. 7 del cuaderno de la Corte.
[8] Fol. 32, ibídem.

5.2. Cumplido lo anterior, el expediente ingresó al Despacho para los fines pertinentes.

LA DEMANDA

Primer cargo – Nulidad por afectación al debido proceso

El yerro lo concreta la casacionista en la transgresión del principio de limitación que gobierna la decisión de segunda instancia emitida por el Tribunal, pues, sin que le ameritaran pronunciamiento alguno los motivos de apelación esbozados por la Fiscalía, abordó, como principal, la pretensión de la defensa, quien fungió a título de no recurrente de la alzada.

Lo anterior, por cuanto, la inconformidad planteada por la Fiscalía, como apelante único, en la sustentación del recurso, la fincó en su insatisfacción por la concesión que el juez singular hizo al implicado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena impuesta, al tiempo que la defensa, en condición de no recurrente, elevó como pretensiones que el Tribunal estudiara la viabilidad de aplicar a su prohijado, por favorabilidad, el criterio jurisprudencial diseñado por la Sala de Casación Penal en la sentencia con radicado interno n° 48.047, en virtud de la cual el ilícito de violencia intrafamiliar se acoplaba frente a parejas que convivieran bajo un mismo techo, pues, de lo contrario la ilicitud que se

configura es la de lesiones personales; adicionalmente, como petición subsidiaria, la defensa requirió la confirmación del fallo de primer grado.

Empero, como se anotó en precedencia, el Ad quem, al desatar el recurso vertical, fijó su atención de manera prioritaria en la primera pretensión defensiva, la cual atendió favorablemente, entre otros aspectos, por considerar que se trataba de un tema sustancial y por la supremacía del principio de justicia material frente a la aplicación formal de la Ley, proceder respecto del cual la casacionista se muestra inconforme, pues, se trata de una irregularidad que se aparta del debido proceso y los principios rectores consagrados en los artículos 6, 7 y 8 de la Ley 906 de 2004, así como las garantías debidas a la Fiscalía y la víctima.

En concreto, precisa la libelista, el Tribunal se equivocó por cuanto:

(i) Desatendió las formas propias del procedimiento acusatorio abreviado, así como sus funciones en sede de segunda instancia.

(ii) Desconoció el principio de limitación, en virtud del cual, debió desatar el planteamiento esbozado por la parte recurrente y no fijar su atención en un tema que no está ligado a lo que fue motivo de inconformidad, vulnerando con

ello el artículo 204 de la Ley 600 de 2000, aplicable por remisión.

(iii) No se trató de la corrección de un acto irregular, pues, ni siquiera ello fue fundamento de la decisión de segundo grado.

(iv) No se garantizó la controversia de la Fiscalía ni de la víctima, quienes no tuvieron la posibilidad de contradecir, al interior del proceso, la tesis defensiva.

(v) La trascendencia del yerro reside en que, para la aplicación del principio de justicia material, no se avizora tensión entre el derecho debido proceso y la prevalencia del derecho sustancial, pues, el juez de primer grado, bajo los presupuestos legales y normativos, dictó fallo conforme a la aceptación de cargos que el implicado realizó, por la comisión del delito de violencia intrafamiliar que le fue endilgado por el órgano persecutor.

(vi) También se lesionó el principio de imparcialidad, pues, el juzgador de segundo grado perdió objetividad al desbordar sus funciones con desconocimiento de las garantías fundamentales de la Fiscalía y de la víctima, quien tiene derecho a la verdad, justicia y reparación, máxime cuando la sentencia emitida en contra del implicado lo fue por un delito que no representa el rigor que ameritaba.

(vii) En virtud de la postura jurisprudencial expuesta por la Sala de Casación Penal en el radicado 47360 del 14 de junio de 2017, aplicable por analogía al presente asunto, ha de contemplarse que el principio de congruencia debe abordarse de manera diferente, bien si se trata del procedimiento ordinario, ora del abreviado, pues, en el primero la variación de la calificación jurídica resulta más flexible, al paso que el segundo solo deviene procedente «*si el comportamiento atribuido al acusado objetivamente carecía de toda aptitud para encontrar adecuación típica o estuviera en imposibilidad de vulnerar efectivamente bienes jurídicos.*», lo que de ninguna manera acaeció en esta actuación.

Aunado a las precedentes consideraciones, puntualiza la casacionista que al Ministerio Público, en virtud de lo consagrado en el artículo 109 de la Ley 906 de 2004, le asiste interés jurídico para la presentación de esta demanda casacional, pese a no haber estado presente en el trámite de toda la actuación, pues, solo pudo actuar en la lectura del fallo de segundo grado y no interpuso recurso de apelación.

Así las cosas, la libelista solicita a la Sala casar la sentencia impugnada, decretando la nulidad de lo actuado a partir, inclusive, de la sentencia emitida en sede de segunda instancia, para que el Ad quem rehaga la actuación resolviendo el recurso de apelación presentado por el delegado del ente persecutor.

En subsidio, depreca la casacionista que, de no prosperar la nulidad, en atención al principio de residualidad proceda la Corte a emitir el fallo de reemplazo en el que refrende la validez de la sentencia de primer grado.

Segundo cargo – Nulidad

Considera la libelista que el Tribunal desconoció el debido proceso, por afectación sustancial de su estructura o de la garantía a cualquiera de las partes, toda vez que, por razones de índole procedimental, tras el allanamiento a cargos realizado por el implicado, respecto de la comisión del delito de violencia intrafamiliar, no podía el juez colegiado aplicar un control material a la imputación jurídica atribuida por el ente persecutor con el propósito de dictar fallo por un punible diferente, criterio decantado, incluso, en la jurisprudencia de esta Corporación como acontece con el radicado SP8666-2017, Jun. 14 de 2017, Rad. 47.630, respecto del que trae a colación una densa transliteración.

Luego de realizar la semblanza de lo acaecido en el decurso de la presente actuación, insiste la libelista que el Tribunal, transgrediendo las invocadas garantías fundamentales, por su propia cuenta realizó un nuevo juicio de adecuación típica, «*sin tener en cuenta que tal aspecto no fue cuestionado por ninguna de las partes*», procediendo solo bajo el insular argumento de emitir un fallo ajustado a criterios de justicia material, argumento con el que modificó

la calificación jurídica de la conducta que por el delito de violencia intrafamiliar fuera atribuido por la Fiscalía.

Enfatiza la libelista que el juez colegiado, contrarió el criterio jurisprudencial emanado de la Sala de Casación Penal, en punto a que, por regla general, al juez de conocimiento no le es permitido hacer control material de la acusación o de los acuerdos en procesos tramitados bajo la Ley 906 de 2004, restricción que en su sentir también se extiende a los casos de allanamiento a cargos.

Bajo los lineamientos precedentes, solicita la recurrente casar el fallo del Tribunal para que, en su lugar, cobre vigencia el emitido por el juez de conocimiento.

Tercer cargo – Violación directa de la Ley sustancial

La casacionista invoca la causal primera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, respecto de la concesión irregular al procesado, en ambas instancias, del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Explica que el Ad quem incurrió en falta de aplicación del artículo 229 del C.P., modificado por el artículo 33 de la ley 1142 de 2007, el cual regula el tipo penal de violencia intrafamiliar, pues, al variar la calificación jurídica, tras considerar que el implicado incurrió en el ilícito de lesiones personales, procedió a concederle el aludido subrogado.

De otra parte, precisa que el A quo decayó en falta de aplicación del artículo 63 del C.P., modificado por el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014, así como en aplicación indebida del artículo 4 el C.P., al «*sistematizar el artículo 63 del estatuto punitivo, que establece los requisitos de procedencia de tal mecanismo sustitutivo de la prisión, con el art. 68 A ídem, modificado por el art. 32 de la Ley 1709 del 20 de enero de 2014, por medio de la cual se excluye la concesión de aquel beneficio a la persona que resulte condenada por ciertos delitos, entre estos, violencia intrafamiliar.*»

Así las cosas, solicita la libelista se case los fallos impugnados, ello con el propósito de revocar la decisión de concederle al acusado la suspensión condicional de la ejecución de la pena y, en su lugar, se ordene su captura para el cumplimiento efectivo de la pena.

LA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

Las intervenciones de la casacionista y demás sujetos procesales, participantes en la vista pública, se surtieron de la siguiente manera:

Demandante

Reiteró los argumentos y pretensiones esbozadas en el libelo casacional.

Delegado de la Fiscalía General de la Nación

Consideró que ninguno de los tres cargos formulados por la casacionista está llamado a prosperar.

En efecto, en relación con el primer reproche de nulidad, señaló que para el Tribunal era imperioso analizar lo planteado por el no recurrente, toda vez que se trataba de un tema inescindiblemente ligado a la apelación y con incidencia en la naturaleza de la conducta juzgada, pues, se trataba de dilucidar si estaba o no excluida del subrogado penal que, según el apelante, fue indebidamente concedido; por ende, en ese ejercicio de control constitucional y legal, el Tribunal aplicó el criterio jurisprudencial plasmado por el no recurrente para determinar, en el caso de estudio, que la conducta aceptada por el implicado era atípica de violencia intrafamiliar, pero a su turno constitutiva del ilícito de lesiones personales, calificación jurídica que se asume con todas sus consecuencias, siendo lo adecuado, como única critica al proceder del juez colegiado que procediera a modificar el fallo de primer grado y no a revocarlo.

Contrario a lo indicado por el libelista, el Tribunal sí se ocupó del único tópico propuesto por el Fiscal apelante, pues, con fundamento en la variación de la calificación jurídica, consideró que el procesado tenía derecho a la condena de

ejecución condicional, por cumplirse los requisitos previstos en el art. 63 del C.P.

Para el Fiscal Delegado, en ninguna irregularidad trascedente se incurrió en el fallo confutado, dado que es la misma casacionista quien reconoce que el aspecto fáctico investigado en este asunto encuadra en los supuestos de hecho decantados en el criterio jurisprudencial finalmente acogido.

En relación con el segundo reparo, referente al equivocado control material realizado por el juez colegiado, contrario a lo sustentado por la casacionista, no existe un criterio jurisprudencial consolidado de esta Corte que proscriba realizar dicho control en procesos que culminan por la vía abreviada; por el contrario, lo que ha pretendido la Corte es que la sentencia se emita por el delito realmente cometido, salvaguardando los derechos fundamentales de las partes.

Insiste el Fiscal, que es la propia casacionista quien admite que los supuestos de hecho de este proceso se acoplan a la orientación doctrinaria citada en torno al tipo penal de violencia intrafamiliar, solo que no sustentó por qué en este caso el criterio jurisprudencial adoptado por el Tribunal no era aplicable o es equivocado y merece ser recogido.

A lo anterior se suma, precisa, que la calificación jurídica por lesiones personales no vulneró las garantías fundamentales de la víctima o del procesado, toda vez que no se alteró el marco fáctico de la acusación y el delito realmente cometido trasluce el mismo comportamiento que fuere investigado y materia de la admisión de responsabilidad.

Y, en relación con el tercer cargo, se remite el Fiscal a los argumentos expuestos en la censura precedente para puntualizar que el Tribunal no se equivocó al variar la calificación jurídica de violencia intrafamiliar a lesiones personales dolosas, porque ello lo hizo con apoyo en el criterio jurisprudencial para ese entonces vigente.

Por lo anterior, itera el Fiscal la solicitud de desestimar los cargos formulados en la demanda.

Defensa

Inicialmente se refirió a los dos primeros cargos enunciados por la libelista, por cuanto, contemplan similar sustentación, para precisar que coincide con lo expuesto por el Tribunal en la aplicación del principio de justicia material, pues, los jueces deben dar prioridad al derecho sustancial como una expresión máxima en la aplicación del debido proceso.

Puntualizó que la aplicación del principio de interpretación favorable en este asunto, a partir de un pronunciamiento emanado la Sala de Casación Penal, tiene directa relación con los derechos fundamentales a la libertad personal de quien ha sido condenado por un delito de violencia intrafamiliar, por ende, en aplicación de los principios de legalidad y tipicidad, el Tribunal puede hacer la adecuación correspondiente.

Considera que, si bien, el derecho a la doble instancia hace parte del debido proceso, no es menos cierto que los jueces en sus decisiones están obligados a hacer efectiva la justicia material, tal y como lo ha expuesto la Corte Constitucional en la sentencia SU768/14; por ello, no resultaría procedente para la judicatura, en aplicación del principio de limitación, dejar incólume una sentencia que se asume injusta, al emitir condena por una conducta que no reviste la descripción típica que se ha invocado por la Fiscalía.

Precisa que el Tribunal no actuó de manera oficiosa, sino a solicitud de la defensa, quien deprecó hacer los ajustes con fundamento en los principios de tipicidad y legalidad, con fundamento en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en la que estableció los elementos estructurales del delito de violencia intrafamiliar.

En ese sentido, solicitó no se case la sentencia del Tribunal.

Por último, en relación con el tercer cargo, menciona que, si a pesar de una prohibición legal se otorga un beneficio para este tipo de delitos, las decisiones de las instancias serían cuestionables; empero, enfatiza, esta situación fue conjurada por el Tribunal por el ejercicio de la justicia material.

CONSIDERACIONES

Sin desconocer que son evidentes las falencias argumentativas del libelo casacional, lo cierto es que se superaron por la Sala desde momento en que fue admitido, tal como se anotó en el auto respectivo.

Empero, ello no se traduce en que alguno de los cargos formulados por la representante del Ministerio Público esté llamado a prosperar; todo lo contrario, la auscultación detallada de lo acaecido en el rito procesal abreviado, por el que cursó la presente actuación para, finalmente, condenar al implicado por la comisión del ilícito contra la integridad personal, permite avizorar que en ninguna incorrección incurrió el juez colegiado en su pronunciamiento definitivo, razón por la que, anticipa la Sala, no se casará el fallo impugnado.

Para el desarrollo de las razones por las cuales la Sala arriba a tal grado de asentimiento, los cargos primero y segundo, que la casacionista sustentó bajo la fórmula de la nulidad, serán abordados de manera conjunta, pues, acorde con el resumen que de su exposición se realizó en el acápite precedente, se tiene que en esos reproches persigue la invalidación de la actuación a partir del mismo estadio procesal y se encuentran gobernados por una similitud argumentativa, en cuanto, el problema jurídico que plantea reside en determinar si el Tribunal, en la auscultación de la alzada contra la sentencia de primer grado, superando el principio de limitación, tenía la facultad para darle prelación a la tesis defensiva, plasmada como no recurrente en el trámite del recurso interpuesto solo por la contraparte (fiscalía) y, por esa vía, aduciendo como fundamento la aplicación de la justicia material, justificar la variación de la calificación jurídica aceptada por el implicado en la audiencia de formulación de imputación e imponiendo, en consecuencia, condena por una conducta delictiva sancionada con menor drasticidad.

Para despejar, entonces, las inquietudes formuladas por la representante del Ministerio Público, es necesario comenzar por recapitular lo ocurrido en la presente actuación:

Por la golpiza que HUGO ALEXANDER GÓMEZ propinó, el **28 de enero de 2015**, a Claudia Milena Campos Meléndez,

con quien procreó un hijo, pero para ese momento no hacían vida en común, en audiencia de formulación de imputación, celebrada el **19 de mayo de esa anualidad**, la Fiscalía le endilgó la comisión del delito de violencia intrafamiliar (Art. 229, inc. 2º, del Código Penal), misma conducta por la que, el **2 de junio de 2017**, la Juez Sexta Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Popayán emitió sentencia condenatoria en su contra, tras constatar el respeto de los derechos y garantías fundamentales con ocasión de la manifestación de allanamiento a cargos expuesta por el implicado en la primera vista pública enunciada.

El fallo fue recurrido únicamente por la Fiscalía, que mostró su desacuerdo solo porque el A quo concedió al procesado la suspensión condicional de la ejecución de la pena, pese a la prohibición expresa dispuesta por el legislador respecto de esa específica conducta delictiva.

A su turno, en condición de no recurrente, la defensa solicitó al juez de segundo nivel, como pretensión principal, se aplicara, para ese momento, la nueva postura jurisprudencial emanada de la Sala de Casación Penal, sentencia SP8064-2017, **junio 7 de 2017**, Rad. 48047, en relación con la ausencia de tipicidad del delito de violencia intrafamiliar cuando los sujetos activo y pasivo no hacían parte del mismo núcleo familiar o unidad doméstica, como acontecía en este asunto, caso en el cual la condena debía emitirse por la comisión del delito de lesiones personales.

Adicionalmente, de manera subsidiaria, el profesional del derecho deprecó se mantuviera incólume el fallo de primer grado.

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, en sentencia de **12 de diciembre de 2017**, al desatar el recurso vertical impulsado por el delegado de la Fiscalía, de forma mayoritaria otorgó prevalencia a la tesis principal planteada por el sujeto procesal no recurrente y, en virtud de ello, accedió a su pedimento, razón por la que "*revocó*" el fallo de primer grado y, en su lugar, sentenció al procesado como autor del delito de lesiones personales, bajo la siguiente fundamentación relevante:

> *Aunque en el presente asunto, figura como apelante único el Ente Acusador, centrando su inconformidad en lo concerniente a que al procesado se le concedió el subrogado penal, razón por la que en principio, ese sería el tema a debatir por esta Sala, no puede pasarse por alto, que la defensa, en calidad de no recurrente, elevó una solicitud principal, encaminada a que en aplicación al principio de favorabilidad, se atienda lo conceptuado por la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Penal, a través de la providencia de fecha 7 de junio de 2017, en la que la Alta Corporación, señaló que al no existir unidad familiar entre la víctima y el agresor, no se estructura el delito de violencia intrafamiliar, sino el de lesiones personales.*
>
> *Se entiende que la pretensión de la defensa, se relaciona con un aspecto sustancial, ya que en su criterio, el señor HUGO ALEXANDER GÓMEZ fue condenado por un delito que no se estructura, según la nueva jurisprudencia en cita, por lo que al margen de los aspectos formales, considera esta Sala que debe avocarse el estudio de dicho tópico, ya que la mencionada jurisprudencia en la que se funda el pedimento de la defensa, fue expedida con posterioridad, exactamente cinco días después de efectuarse la lectura del fallo condenatorio, circunstancia ante la cual es entendible*

que como no recurrente, amparada en la tesis de la Alta Corporación en cita, centre su inconformidad con la decisión de primera instancia, y de prosperar la misma, la Sala quedaría relevada a avocar el tema objeto de la apelación.

Ahora, no puede desconocer que la justicia material, es un principio de que hace que las formalidades no imposibiliten el desarrollo de los objetivos del derecho sustancial. El aspecto formal, se enfoca en llegar a la búsqueda de las garantías del derecho sustancial, teniendo en cuenta la prevalencia que en la administración de justicia debe tener el derecho sustancial, como hace referencia el artículo 228 de la Constitución Política, que establece: "en todas las actuaciones judiciales prevalecerá el Derecho Sustancial" y ello obedece a que no es posible concebir un Estado de Derecho sin garantía efectiva de los derechos de las personas, a lo cual nuestra Constitución consagra el respeto de los derechos fundamentales y cual transgresión conduciría a la negación de los mismos.

El principio de Justicia material, se opone a la aplicación formal y mecánica de la ley en la resolución de una determinada situación jurídica, por tanto, su interés comprende no solo las consecuencias que conllevan determinadas decisiones, sino las personas que afecta la misma, en otras palabras, el principio de justicia material, implica una efectiva corrección de los principios, valores y derechos constitucionales. De ahí que los fallos de la judicatura están inspirados en dicho principio.
(…)

En esos términos, acorde con la contextualización del criterio de Justicia Material, la Sala considera pertinente avocar el estudio de la solicitud deprecada por la defensa, en calidad de no recurrente, encaminada a que se tenga en cuenta el lineamiento de la H. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA PENAL, expuesto en reciente providencia del 7 de junio de 2017…

Partiendo de lo expuesto, para que se estructura el delito DE LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR, conducta imputada al señor GÓMEZ, por haber maltratado físicamente a la madre de su hijo, es necesario que tanto el agresor como la víctima, para la fecha en que se desarrolló la misma, pertenezcan al mismo núcleo familiar, aspecto que no concurre en este evento, ya que según la situación fáctica presentada en la audiencia de formulación de imputación, aquellos no convivían como pareja, es decir, no existía ninguna relación

entre ellos en tal sentido, debido a que se habían separado, por lo que es claro que no se conservaba una unidad familiar entre el señor HUGO ALEXANDER GÓMEZ y la señora CLAUDIA MILENA CAMPO MELÉNDEZ, cuando esta fue agredida por aquél, lo que significa que la conducta desarrollada por el implicado en la respectiva audiencia de formulación de imputación, es típica de LESIONES PERSONALES, pero no DE LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR, delito este último por el cual resultó condenado, en virtud del allanamiento a cargos efectuado.
(…)

Bajo tal planteamiento, al efectuarse la variación de la calificación del delito de la VIOLENCIA INTRAFAMILIAR, el cual aceptó haber cometido el señor GÓMEZ en contra de la señora CLAUDIA MILENA CAMPO, a la conducta punible DE LAS LESIONES PERSONALES, no se transgrede la garantía fundamental del debido proceso, toda vez que tal proceder no altera el marco fáctico de la acusación, ya que como se expuso anteriormente, en el transcurso del proceso se le endilgó ese mismo comportamiento, el cual se tuvo en cuenta en el fallo de instancia, para irrogar una sentencia de condena. La variación en comento, resulta más benéfica para el señor HUGO ALEXANDER GÓMEZ, habida cuenta que el delito De Las Lesiones Personales, es de menor entidad que el De la Violencia Intrafamiliar, ya que para la primera conducta, si tenemos en cuenta que el dictamen médico legal referido por la Fiscalía en la audiencia de Formulación de Imputación, el cual otorgó una incapacidad médico legal provisional menor a 30 días, la pena oscila entre 12 meses y 24 meses de prisión (art. 111 y 112, inciso 1° del C.P.), mientras que para la segunda, el rango punitivo es de 48 a 96 meses de prisión, además, proceder en tal sentido, no afecta los intereses de las partes o intervinientes.

De cara a la inconformidad esbozada por la casacionista y con apego a la precedente radiografía de la actuación, surge el siguiente interrogante: ¿Transgredió el Tribunal el principio de limitación tras ocuparse de manera prioritaria del pedimento elevado como principal por la defensa, en su condición de no recurrente, por un tema no vinculado a la

inconformidad plasmada por el apelante? Para la Sala, la respuesta es simple: No.

Es cierto, como de antaño lo ha precisado la Sala, que la labor del fallador de segundo grado, al desatar el recurso de apelación, está circunscrita a responder cada uno de los argumentos de inconformidad presentados por el recurrente o recurrentes, sin que le sea dable incluir aquellos que no han sido objeto de impugnación, límite a la competencia del superior que, si bien, en la Ley 906 de 2004, no está consagrado de manera expresa, como si se encuentra en la Ley 600 de 2000[9], de todos modos, en virtud de lo consagrado por el artículo 31 de la Constitución Política, que consigna los principios de doble instancia y la no *reformatio in pejus*, la decisión de segunda grado sólo podrá extenderse a los asuntos que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de la impugnación, siempre y cuando estos no constituyan un desmejoramiento de la parte que apeló.

Lo anterior, en tanto que «*el nuevo sistema contempla que el impulso del juicio está supeditado a las tesis y a las argumentaciones que los intervinientes aduzcan frente a sus*

---

[9] *Artículo 204. En la apelación, la decisión del superior se extenderá a los asuntos que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de impugnación./ Cuando se trate de sentencia condenatoria el juez no podrá en ningún caso agravar la sanción, salvo que el fiscal o el agente del Ministerio Público o la parte civil, teniendo interés para ello, la hubieren recurrido./ Tampoco se podrá desmejorar la situación de la parte civil o del tercero civilmente responsable cuando fueren apelantes únicos./ La consulta permite al superior decidir sin limitación sobre la providencia.*

pretensiones, las cuales tienen vocación o no de éxito dependiendo del resultado de la actividad probatoria. Dentro del tal premisa, se impone entonces colegir que el sentenciador de segundo grado, frente a la inconformidad del impugnante, debe circunscribir su competencia a los asuntos que el recurrente ponga a su consideración, sin que le sea permitido inmiscuirse en otros temas que no son objeto de discusión o que han sido materia de conformidad, salvo que advierta violación de derechos y garantías fundamentales.».[10]

El precedente apartado, que se resalta, traduce que la limitación del sentenciador de segundo grado en temas que no están inescindiblemente vinculados al objeto de la apelación, no es un proceder absoluto, pues, con independencia de si la parte inconforme no lo alega o, como sucede en el caso que ocupa la atención de la Sala, es advertido por la parte no recurrente, surge como alternativa para el funcionario que aborda el estudio de la alzada, restablecer las garantías y derechos fundamentales infringidos a los sujetos procesales en el amplio espectro de la actuación procesal, lo que, de suyo, supera la aplicación del principio de justicia material por el que se inclinó el Tribunal.

Es ello, precisamente, lo acontecido en este asunto, en el que el juzgador de segundo nivel, al advertir la lesión al principio de legalidad que afectó al acusado, pues, en el

[10] Cfr., por ejemplo, SP4886-2016, Abr. 20 de 2016

momento histórico en el que se aprestaba a dictar la sentencia de segundo grado constató que los hechos cometidos y aceptados por GÓMEZ en la audiencia de formulación de imputación no eran constitutivos al delito de violencia intrafamiliar, no podía menos que darle prioridad al tópico así propuesto por el no recurrente y ajustar la condena al tipo penal que se acoplaba al proceder delictivo del implicado, lo que, por demás, no agravaría su situación jurídica, pues, como ya se expuso con antelación, el delito por el que finalmente recibió condena es de menor entidad sancionatoria.

El proceder del Tribunal, valga precisarlo, no ha sido ajeno a la Sala de Casación Penal, dado que en ocasión anterior definió un asunto de similar índole fáctica y jurídica al que ahora ocupa su atención, incluso, en fecha cercana a la decisión que se pretende derruir en esta sede casacional, siendo pertinente, entonces, traerlo a colación para destacar la semblanza de los aspectos jurídicos relevantes allí desglosados y así confluir en que la solución dada por el Ad quem, en esta ocasión, no se muestra lesiva de garantía fundamental alguna.

Es así como, inicialmente, en relación con la hipótesis planteada, en cuanto, significó la variación de la calificación jurídica en un asunto forjado por el allanamiento a cargos,

tal actuación encuentra sustento por la protección, entre otros, del derecho al debido proceso. La Sala[11] señaló:

> (…) *debe aclararse que si bien las diligencias culminaron por aceptación de cargos, lo que en principio excluiría cualquier injerencia de la judicatura en la calificación jurídica de los hechos efectuada por la Fiscalía, a tono con la naturaleza de los mecanismos de terminación anticipada, ello encuentra excepción de verificarse ostensible lesión a garantías fundamentales.*
>
> *Es decir, aun cuando en dichos eventos está proscrito a los jueces llevar a cabo un control material de la acusación, esto no es óbice para prohijar el acatamiento al debido proceso en sede de conocimiento de advertirse manifiestas, patentes, palmarias irregularidades (cfr. CSJ SP 06 Feb. 2013, rad. 39892, CSJ AP 2405-2018).*
>
> *Teleología que incluye los allanamientos, según lo ha precisado esta Corporación, pues la renuncia al juicio y a las garantías inherentes a este de ninguna manera implica el desistimiento de las demás prerrogativas en cabeza de quien es procesado penalmente, así sea por la vía abreviada:*
>
> > *«[…] cuando se trate de la protección de garantías fundamentales de repercusiones sustanciales que se hubieran materializado como errores in iudicando, la Sala Penal de la Corte, cuando se trate de sentencias anticipadas que se impugnen en vía extraordinaria deberá casar la sentencia ya sea de manera rogada u oficiosa como aquí se hace al encontrar que la violación se ha materializado de manera evidente.*
> >
> > *Pueden darse los casos, por ejemplo, entre otros: que la sentencia anticipada se hubiera proferido con violación al principio de derecho penal de acto, al principio de legalidad del delito o de la pena (necesaria, proporcional y razonable), o del principio de favorabilidad sustancial, por violación del principio de prohibición de analogía in malam partem, por desconocimiento del principio de cosa juzgada y del non bis in ídem, o en la que se hubiera consolidado una violación manifiesta por indebida aplicación sustancial referida a la adecuación del injusto típico, formas de participación o de las expresiones de culpabilidad*

[11] CSJ SP2706-2018, jul. 11 de 2018, Rad. 48251.

atribuidas, o por menoscabo del principio antijuridicidad material y ausencia de lesividad [...] o del principio de culpabilidad subjetiva en la que se evidencie una ausencia de responsabilidad penal dada la presencia de alguna de las causales que la excluyen y se hubiese condenado con criterios de responsabilidad objetiva, o por desconocimiento del principio de in dubio pro reo.

En las sentencias anticipadas proferidas tras la vía de la política del consenso, esto es, de los preacuerdos y negociaciones o al declararse culpable al inicio del juicio oral, exclusivamente se renuncia por parte del imputado o acusado a los ejercicios de prácticas de prueba y de contradicción probatoria, pero no se renuncia a ninguno de los derechos y garantías fundamentales de lo debido sustancial y debido probatorio (necesidad, licitud, legalidad de la prueba), postulados que en un Estado constitucional, social y democrático de derecho de manera imperativa deben ser objeto de protección, máxime al haberse concebido a la casación penal como un control de constitucionalidad y legalidad de las sentencias de segundo grado, de nomofilaxis, sede extraordinaria por excelencia en la que tiene espacio y cabida por sobre todo la prevalencia del derecho sustancial, principio constitucional que sin excepciones se proyecta aplicativo tanto a las sentencias que hubiesen terminado de manera normal como las anticipadas». (CSJ SP, 08 Jul. 2009, rad. 31531, reiterada en CSJ SP 732-2018).

La protección de las garantías debidas al procesado, a tono con el decurso procesal expuesto en precedencia, evidencia que, en efecto, HUGO ALEXANDER GÓMEZ se allanó a cargos, el 24 de marzo de 2015, por la comisión del delito de Violencia Intrafamiliar (Art. 229, inc. 2 del C.P.), data en la que se encontraba vigente la postura jurisprudencial, según la cual, el amparo del bien jurídico de la familia se gestaba entre quienes, de forma indeleble, compartiesen el lugar de domicilio o residencia, postura,

obviamente, que surgía de la interpretación normativa que en el transcurrir del tiempo ha nutrido la descripción típica de la referida conducta punible.

Así, por ejemplo, como referente jurisprudencial que daba soporte a aquel acto de comunicación dirigido a HUGO ALEXANDER GÓMEZ e, incluso, respecto del fallo de primer grado, esta colegiatura, en sentencia SP16544-2014, Dic. 3 de 2014, Rad. 41315, exponía la siguiente línea doctrinaria:

> *2.1. El Constituyente de 1991 (artículo 42) impuso al Estado y a la sociedad el deber de garantizar la protección integral de la familia, y estableció que cualquier forma de violencia en ella es considerada destructiva de su armonía y su unidad, por lo que debe ser sancionada conforme a la ley.*
>
> *2.2. Atendiendo ese mandato, se expidió la Ley 294 de 1996, que en su artículo 22[12] elevó a la categoría de delito todo maltrato físico, síquico o sexual que realice una persona sobre cualquier miembro de su núcleo familiar[13], y enumeró quiénes, para los efectos de ese cuerpo normativo, conforman la familia:*
>
> *a) Los cónyuges o compañeros permanentes;*
> *b) El padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar;*
> *c) Los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos;*
> *d) Todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica.*
>
> *Aunque con posterioridad, la Ley 575 de 2000 modificó parcialmente la 294, ninguna variación sufrió el tipo penal*

[12] *El que maltrate física, síquica o sexualmente a cualquier miembro de su núcleo familiar, incurrirá en la prisión de uno (1) a dos (2) años.*
[13] Hay que acotar que antes de 1996 el maltrato sexual o físico cometido sobre algún miembro de la familia también estaba sancionado, solo que no en forma autónoma. Para ello había que acudir a tipos penales generales que protegen bienes jurídicos distintos, como la vida, la integridad física, la libertad o integridad y formación sexuales, verificando en cada caso las circunstancias de agravación punitiva (artículos 104 –numeral 1-, 170, 179, 188B, 211, 233 y 245 del Código Penal).

descrito, en tanto su objeto fue establecer mecanismos alternos y complementarios de solución de conflictos.

Luego, se expidió la Ley 599 de 2000 (Código Penal), que en su artículo 229[14] no solo incorporó ese injusto como autónomo, sino que precisó su carácter subsidiario, esto es, que se incurrirá en él siempre que la conducta no constituya delito reprimido con pena mayor; y agregó que la sanción se aumentaría si recae sobre un menor.

Más tarde, la Ley 882 de 2004[15] modificó el aludido precepto para ampliar la lista de los sujetos pasivos respecto de quienes se agrava y darle así una mayor protección a la mujer, al anciano, a los disminuidos físicos, sensoriales y psicológicos y a los que se encuentren en estado de indefensión. Adicionalmente, suprimió la expresión "sexual"[16].

Finalmente, la Ley 1142 de 2007, en su artículo 33[17], modificó de nuevo el 229 de Código Penal, para aumentar las penas allí establecidas, e incluir, como sujeto activo de la conducta, a quienes estén encargados del cuidado de uno o varios miembros de la familia en su domicilio o residencia. En esa normativa también dispuso el legislador que el delito no es querellable y, por ende, no conciliable y, aunque la Ley 1453 de 2011, en el artículo 108, volvió a incluirlo dentro de los perseguibles a petición de parte, tal requisito se suprimió con la Ley 1542 de 2012, artículo 2.

---

[14] *El que maltrate física, síquica o sexualmente a cualquier miembro de su núcleo familiar, incurrirá, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor, en prisión de uno (1) a tres (3) años.*
La pena se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes cuando el maltrato recaiga sobre un menor.

[15] *Artículo 1. El artículo 229 de la Ley 599 de 2000 quedará así:*
Violencia Intrafamiliar. *El que maltrate física o sicológicamente a cualquier miembro de su núcleo familiar, incurrirá, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor, en prisión de uno (1) a tres (3) años.*
La pena se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes cuando el maltrato, del que habla el artículo anterior recaiga sobre un menor, una mujer, un anciano, una persona que se encuentre en incapacidad o disminución física, sensorial y psicológica o quien se encuentre en estado de indefensión.

[16] Esta disposición, en concreto por el cargo de violación del derecho a la igualdad, fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-674 de 2005.

[17] *El artículo 229 de la Ley 599 de 2000, Código Penal quedará así:*
Violencia intrafamiliar. *El que maltrate física o sicológicamente a cualquier miembro de su núcleo familiar, incurrirá, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor, en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años.*
La pena se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes cuando la conducta recaiga sobre un menor, una mujer, una persona mayor de sesenta y cinco (65) años o que se encuentre en incapacidad o disminución física, sensorial y psicológica o quien se encuentre en estado de indefensión.
PARÁGRAFO. *A la misma pena quedará sometido quien, no siendo miembro del núcleo familiar, sea encargado del cuidado de uno o varios miembros de una familia en su domicilio o residencia, y realice alguna de las conductas descritas en el presente artículo.*

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

todo daño o maltrato físico, psíquico o sexual, trato cruel, intimidatorio o degradante, amenaza, agravio, ofensa o cualquier otra forma de agresión, producida entre miembros de una familia, llámese cónyuge o compañero permanente, padre o madre, aunque no convivan bajo el mismo techo, ascendientes o descendientes de éstos incluyendo hijos adoptivos, y en general todas las personas que de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica[18]*. (Cfr. CC C-059/2015).*

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

Así, en la sentencia CC C-029/09 dicha Corporación declaró la exequibilidad condicionada del artículo 229 del Código Penal «en el entendido de que este tipo penal comprende también a los integrantes de las parejas del mismo sexo»; y de la expresión compañeros permanentes, del literal a) del artículo 2 de la Ley 294 de 1996 «en el entendido de que, para los efectos de las medidas administrativas de protección previstas en esa ley, la misma también se aplica, en igualdad de condiciones, a los integrantes de las parejas del mismo sexo». En concreto, sobre las características del punible, afirmó:

Las normas que contienen las disposiciones acusadas se desenvuelven en el ámbito de las medidas orientadas a asegurar la protección integral de la familia. En ese contexto, dentro de su libertad de configuración, el legislador ha decidido estructurar un tipo penal orientado a sancionar, cuando ocurren en el ámbito familiar, conductas de violencia física o sicológica que no tienen la entidad necesaria como para integrarse en los tipos que, de manera general, protegen bienes como la vida, la integridad personal, la libertad, la integridad y la formación sexuales, o la autonomía personal.

No obstante que, de acuerdo con su tenor literal, las medidas previstas en las normas acusadas se desenvuelven en el ámbito de la protección integral a la familia, observa la Corte que el fenómeno objeto de regulación se inscribe en un contexto más amplio, en la medida en la que, en algunas de sus manifestaciones, se construye alrededor de conceptos como "domicilio" o

[18] Ley 294 de 1996, artículo 2º.

"residencia", o en función de las personas que "… de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica".

De este modo, lo que se pretende prevenir, es la violencia que de manera especial puede producirse entre quienes, de manera permanente, comparten el lugar de residencia o entre quienes, de manera quizá paradójica, se encuentran más expuestos a manifestaciones de violencia en razón de la relación de confianza que mantienen con otra persona, relación que, tratándose de parejas, surge del hecho de compartir un proyecto de vida en común.

Así miradas las cosas, para la Corte, el legislador al regular, en relación con la familia, una situación que también se presenta en el ámbito de las parejas homosexuales, da lugar a un déficit de protección porque ignora una realidad que, para los supuestos previstos por el legislador, puede aspirar a un nivel equivalente de protección al que se brinda a los integrantes de la familia.

Ese alto tribunal ha sido insistente en destacar que (i) lo querido por el Constituyente fue «consagrar un amparo especial a la familia, protegiendo su unidad, dignidad y honra» (Cfr. CC C-059/05); (ii) lo pretendido por el legislador al introducirlo como tipo penal autónomo fue «asegurar la protección integral de la familia» (Cfr. CC C-029/09), y (iii) el ámbito de protección no se reduce tan solo al simple concepto de familia, sino que se extiende a quienes, de manera permanente, comparten el lugar de residencia o entre quienes, de manera quizá paradójica, se encuentran más expuestos a manifestaciones de violencia en razón de la relación de confianza que mantienen con otra persona, relación que, tratándose de parejas, surge del hecho de compartir un proyecto de vida en común. (Cfr. CC C-029/09).

En sentido similar se ha pronunciado esta Sala especializada, reconociendo la importancia de la familia como núcleo fundamental de la sociedad (CSJ SP. 28 mar. 2012, rad. 33772).

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

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

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

Se trata entonces de un tipo penal con sujeto activo y pasivo calificado, por cuanto miembros de un mismo núcleo familiar o que puede ser realizado también por la persona encargada del cuidado de la víctima en su domicilio o residencia. Al efecto, cabe precisar que de acuerdo con la descripción típica la pertenencia al mismo núcleo familiar o encargado del cuidado en el ámbito doméstico no restringe la adecuación típica a que el evento de violencia suceda en el lugar donde reside la víctima, o señalado como habitación familiar, sino que constituye el elemento calificador del sujeto activo, no descriptivo o normativo de la conducta punible. Además, el delito de violencia intrafamiliar se configura cuando se realiza el verbo maltratar (el que maltrate física o sicológicamente).

De otra parte, para la adecuación típica del delito de violencia intrafamiliar, como lo enseña la teoría del delito, es necesaria la existencia de antijuridicidad material en la conducta. Señala el artículo 11 de la Ley 599 de 2000. "Antijuridicidad. Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal."

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

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

● El bien jurídico protegido es la familia.

● Los sujetos activo y pasivo son calificados, en cuanto uno y otro deben ser miembros de un mismo núcleo familiar, entendiendo este concepto en su sentido amplio, tanto así que, incluso, puede ser sujeto activo quien no teniendo tal carácter esté encargado del cuidado de uno o varios miembros de la familia en su domicilio o residencia.

● El verbo rector es maltratar física o sicológicamente, que incluye, tal como lo destacó la Corte Constitucional en CC C-368/2014, agresiones verbales, actos de intimidación o degradación y todo trato que menoscabe la dignidad humana.

● No es querellable y, por ende, no conciliable.

● Es subsidiario, en tanto solo será reprimido con la consecuencia punitiva fijada para él en la ley, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor.

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

Ahora, si bien la relación de integrantes de la familia que trae el artículo 2 de la Ley 294 de 1996 es un referente a observar, también lo es que no es absolutamente necesario que el ente acusador especifique cabalmente el literal que se ajusta al caso concreto, siempre que sustancialmente y de manera clara ponga en evidencia que víctima y victimario conforman una unidad familiar[19]*.*

Empero, acorde con la dinámica que emana del cumplimiento de los fines del recurso extraordinario, consagrados en el artículo 180 de la Ley 906 de 2004, la Sala

[19] Artículo 228 de la Constitución.

de Casación Penal, en la sentencia CSJ 8064-2017, **Jun. 7 de 2017**, Rad. 48.047, es decir, conforme lo arguyó el Tribunal, proferida cinco (5) días después de emitido el fallo de primer grado, efectuó algunas precisiones que recayeron sobre el ámbito protector del artículo 229 del Código Penal, determinando, incluso con fundamento en el derecho comparado, que para su configuración resultaba indispensable que entre víctima y victimario debía existir una unidad doméstica y familiar, es decir, que convivieran bajo un mismo techo.

Los siguientes apartes, ilustran cuál fue, para ese entonces, el sustento de la nueva concepción respecto a la materialidad de la conducta punible, que fijó la Sala:

> *(…) concluye la Corte que para la configuración del delito de violencia intrafamiliar es necesario que victimario y víctima pertenezcan a la misma unidad familiar, "que habiten en la misma casa" –en los términos del citado estatuto punitivo mexicano— pues de no ser ello así, la agresión de uno a otro no satisface la exigencia típica de maltratar a un miembro del mismo núcleo familiar y tampoco vulnera el bien jurídico de la "armonía y unidad de la familia", caso en el cual deberá procederse, por ejemplo, conforme a las normas que regulan el delito de lesiones personales agravadas en razón del parentesco si a ello hay lugar.*
>
> *Lo anterior, sin desconocer, como se dijo antes, que la relación entre hijo y padre, o hijo y madre, subsiste a las contingencias de la separación y aún si no conviven, existe el deber de configurar un mundo en común a partir del respeto sentido y recíproco entre ellos, no así entre parejas separadas y que ya no tienen, por lo tanto, un proyecto de familia conjunto.*
> *(…)*
>
> *Reitera la Corte que no es suficiente con que un hombre y una mujer procreen un hijo para que surja la noción de "armonía*

y unidad de la familia" protegida por el delito analizado, pues si bien se establece una unidad familiar perenne entre cada uno de ellos con su descendiente, no necesariamente se conforma entre aquellos un lazo de igual naturaleza como para deducir entre los tres una familia para los efectos del delito de violencia intrafamiliar, en cuanto bien puede ocurrir que la relación y convivencia de la pareja culminen o, incluso, que nunca tengan lugar. En tal caso no se estructura la noción de unidad familiar, la cual, como es frecuente y natural, se rehace para integrarla con las nuevas parejas que padre y madre conformen por vínculos naturales o jurídicos. Aquí cobran especial valía las previsiones de esta Sala[20] *ya citadas, al señalar que "la singularidad se refiere a que tal comunidad de vida se reconoce únicamente en relación con el otro miembro del vínculo, es decir, que debe ser exclusiva al no ser posible la simultaneidad de uniones maritales de hecho o de ésta con relaciones maritales (civiles o religiosas) vigentes".*

En suma, incurren en error de interpretación quienes asumen que la procreación da lugar entre los padres, sin más, a la unidad familiar protegida en el artículo 229 de la Ley 599 de 2000, la cual, como ya se expresó, requiere convivencia permanente y lejos de ser perpetua por la existencia de un hijo, termina cuando la relación entre la pareja culmina efectivamente, aún en los casos en los que tal finalización es sólo de hecho.

Tener un hijo en común, entonces, es insuficiente para acreditar la unidad familiar y para suponerla perpetuamente, pues de ser así se llegaría al absurdo de concluir que si una mujer o un hombre tienen varios hijos con diferentes parejas, poseen tantas unidades domésticas familiares como número de hijos con sus compañeros o compañeras transitorios. El maltrato a la expareja causado por quien ya no convive con ella, se reitera, no configura el delito de violencia intrafamiliar sino el de lesiones personales dolosas, en cuanto debe tenerse en cuenta que la misma Ley 294 de 1996 establece en su artículo 3 como principio de interpretación y aplicación: "c) La oportuna y eficaz protección especial a aquellas personas que en el contexto de una familia sean o puedan llegar a ser víctimas, en cualquier forma, de daño físico o síquico, amenaza, maltrato, agravio, ofensa, tortura o ultraje, por causa del comportamiento de otro integrante de la unidad familiar". (Subrayado fuera de texto).

[20] CSJ SP, 28 mar. 2012. Rad. 33772.

Ese fue, entonces, el supuesto de hecho que condujo a la defensa a esgrimir su aplicación en este caso y, a la postre, a su acogida por el Tribunal, pues, de acuerdo a los elementos materiales probatorios esgrimidos por la Fiscalía para soportar en el grado de conocimiento necesario que acreditaba la ocurrencia del hecho y la responsabilidad del acusado, en virtud de su allanamiento a cargos en la fase preliminar, se tiene que es la propia afectada quien dio cuenta que tres años atrás se separó del acusado, circunstancia que se mantenía para el momento de la agresión objeto de esta actuación.

Así las cosas, se puntualiza, la intervención del Tribunal, como juez de segunda instancia, en aras de reestablecer los derechos del procesado, quien debía recibir una pena acorde con la conducta cometida, según las claras disertaciones desarrolladas por esta Corporación, hace parte del deber de garantizar y velar por la salvaguarda de los derechos de quienes intervienen en el proceso (Art. 138, num. 2, de la Ley 906 de 2004), proceder que, ajustado a legalidad, lleva intrínseco el respeto a las garantías de la víctima.

Agréguese a lo anotado, que el juez en segunda instancia –como sucede en primera instancia o en sede del recurso extraordinario casación-, no actúa solo en función del principio de limitación, sino que, además, es de su resorte verificar, incluso de manera oficiosa, la legalidad del proceso,

evitando así que este culmine con alguna irregularidad, misma que, en este asunto, estuvo determinada por la lesión al principio de tipicidad, dado que se emitió sentencia, conforme al criterio jurisprudencial que imperaba para el momento de la comisión de los hechos, por un delito que no se había ejecutado.

Por ello, mal haría el funcionario, producto de verificar tan sensible yerro, en dejar de aplicar tal criterio, a pesar de hallarse el asunto, sujeto a su verificación y con plena competencia, pues, no tendría sentido obligar a la parte afectada a esperar la ejecutoria de la decisión, para que el vicio sea subsanado a partir del ejercicio de la acción de revisión (Artículo 192, numeral 7, de la Ley 906 de 2004).

Adicionalmente, precisa la Sala, al margen de la protección prevalente de las garantías fundamentales del procesado, vía por la que acertadamente condujo la decisión el juez colegiado, es justo mencionar, conforme lo plasmó el Fiscal Delegado ante la Corte, en el traslado de la sustentación oral del recurso extraordinario, que la controversia planteada por el no recurrente como principal, en gracia de discusión, no encarnaba un tema abiertamente desligado de la inconformidad que llevó al delegado del órgano de persecución penal a recurrir el fallo de primer grado, pues, finalmente, la concesión del subrogado de la ejecución condicional de la pena vislumbra la contemplación de los presupuestos de orden objetivo y subjetivo ligados a la

conducta delictiva por la que el procesado recibió condena, lo que motivó al Ad quem a elevar la siguiente consideración:

> *En torno de la medida sustitutiva de la suspensión condicional de la ejecución de la pena que consagra el artículo 63 del C.P., considera esta Corporación que el señor HUGO ALEXANDER GÓMEZ , se hace merecedor a la misma, ya que se encuentran acreditadas las exigencias establecidas para dicho efecto, pues la pena impuesta no supera los cuatro años de prisión, carece de antecedentes judiciales, no se trata de delitos contenidos en el art. 68 A ibídem, razón por la que la pena impuesta se suspenderá por un término de dos años.*

Esa realidad, que pretende desconocer la recurrente en el desarrollo del tercer cargo, conduce igualmente a descartar la violación directa de la ley sustancial, soportada en la supuesta inaplicación del artículo 63 de la Ley 599 de 2000.

Por tal motivo, como se anunció desde el inicio de estas consideraciones, los referidos reproches no están llamados a prosperar, razón por la que no se casará la sentencia emitida por el Ad quem.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero: **NO CASAR** la sentencia condenatoria emitida el 18 de diciembre de 2017 por la Sala Penal del Tribunal

Superior del Distrito Judicial de Popayán, conforme se dejó expuesto en la parte motiva de esta decisión.

Segundo: Informar a las partes e intervinientes que contra la presente determinación no procede recurso alguno.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

FABIO OSPITIA GARZÓN

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

GERSON CHAVERRA CASTRO

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

HUGO QUINTERO BERNATE

Nubia Yolanda Nova García
Secretaria

SALVAMENTO DE VOTO DE LA
MAGISTRADA MYRIAM ÁVILA ROLDÁN
A LA SENTENCIA CSJ SP 1343-2022, rad. 52330

1.- El 7 de junio de 2017 la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia fijó la regla jurisprudencial según la cual para que se configure el delito de violencia intrafamiliar era necesario que la víctima y el victimario convivieran bajo el mismo techo (CSJ SP 8064-2017, rad. 47360). De acuerdo con esta regla, el maltrato a la expareja causado por quien ya no convive con ella, en aquellos eventos ocurridos antes de la promulgación de la Ley 1959 de 2019[21], configura el delito de lesiones personales dolosas. La decisión adoptada en la sentencia **CSJ SP 1343-2022, rad. 52330** reitera irreflexivamente este precedente.

2.- Con un profundo respeto por las providencias adoptadas por esta Sala, expreso mi voto disidente frente a esta última decisión. En mi criterio, la regla jurisprudencial sobre la cual reposa este fallo es problemática desde cualquier perspectiva que busque garantizar los derechos de las mujeres a vivir una vida libre de violencias, pues

[21] Diario Oficial No. 50.990 de 20 de junio 2019, *«Por medio de la cual se modifican y adicionan artículos de la Ley 599 de 2000 y la Ley 906 de 2004 en relación con el delito de violencia intrafamiliar».* Como se explicará más adelante, advirtiendo los déficits de protección producto de la regla jurisprudencial mencionada, con esta ley se dispuso que quedaban cobijados bajo el tipo penal «violencia intrafamiliar» las agresiones cometidas por parejas o exparejas independientemente de si viven juntos al momento de los hechos y de si hay hijos de por medio entre ellos.

materialmente elimina un importante marco de protección que reclama el bien jurídico tutelado, en aquellos eventos anteriores a la Ley 1959 de 2019, donde existen mujeres víctimas, con o sin hijos, que no convivían en el mismo hogar con su agresor expareja.

3.- Sin embargo, antes de explicar las razones que me llevan a tomar distancia de la decisión adoptada por la mayoría en este asunto, considero necesario formular las siguientes precisiones:

3.1.- Reconozco que existen serias y profundas discusiones relacionadas con las formas en que deben enfrentarse, en términos de justicia, las violencias contra las mujeres cometidas por parejas y exparejas. Estos debates transitan por la relevancia y la eficacia del derecho penal para prevenir, perseguir y sancionar este tipo de conductas; consideran las tensiones y preguntas sobre cuál es el mejor tipo de justicia (vg. retributiva vs restaurativa) para dar respuesta a estas violencias; e incluso, comprenden aquellas posturas que cuestionan el hecho de que prácticamente todas las violencias a las que están expuestas las mujeres -salvo casos especiales como el feminicidio[22], la violencia sexual, en especial en el marco del conflicto armado[23] y los

[22] Ley Rosa Elvira Cely o Ley 1761 de 2015, Diario Oficial No. 49.565 de 6 de julio de 2015. «*Por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones*».
[23] Ley 1719 de 2014, Diario Oficial No. 49.186 de 18 de junio de 2014. «*Por la cual se modifican algunos artículos de las Leyes 599 de 2000, 906 de 2004 y se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en*

ataques con agentes químicos[24] que cuentan con tipificaciones penales especiales- se pretendan subsumir y, en consecuencia, judicializar por vía exclusiva del tipo penal violencia intrafamiliar[25].

3.2.- Personalmente, comparto las preocupaciones relacionadas con este último punto, en especial, aquellas que advierten que concentrar la respuesta estatal a través de la judicialización de la violencia intrafamiliar puede tener algunos efectos perversos, como los siguientes:

3.2.1.- En primer lugar, está la jerarquización de la atención social que reciben las violencias contra las mujeres. Este riesgo consiste en que para el Estado y la sociedad aquellas violencias que se presentan en el contexto de la familia convencional o heteronormativa terminan siendo las más o, en muchas ocasiones, las únicas relevantes. Por un lado, esta idea termina relegando, e incluso desatendiendo, aquellas violencias que se dan en relaciones que no encajan dentro del modelo estándar, como las que ocurren en noviazgos o en relaciones y convivencias intermitentes, esporádicas o sin vocación de permanencia. Por otro lado, también contribuye a fijar en el imaginario social que la

---

especial la violencia sexual con ocasión del conflicto armado, y se dictan otras disposiciones».

[24] Ley 1639 de 2013**,** Diario Oficial No. 48.839 de 2 de julio de 2013 *«Por medio de la cual se fortalecen las medidas de protección a la integridad de las víctimas de crímenes con ácido y se adiciona el artículo 113 de la Ley 599 de 2000»*

[25] Una explicación más detallada y comprehensiva de estos debates en Chaparro, L (2020) *La violencia contra las mujeres cometida por parte de exparejas en Colombia: ¿una cuestión familiar?,* en Debates y desafíos para los derechos humanos en Colombia Editora, Bogotá: Ediciones USTA.

mujer socialmente significativa, y por tanto digna de protección, es (solo) aquella que se desenvuelve en el entorno familiar, desconociendo los riesgos y violaciones a las que están expuestas las mujeres en general por el solo hecho serlo.

3.2.2.- En segundo lugar, hay otra grave preocupación que consiste en olvidar que la violencia intrafamiliar es un tipo penal de carácter subsidiario. En muchas oportunidades, las autoridades judiciales, al obsesionarse con la judicialización por esta vía, suelen desconocer que este tipo penal solamente es aplicable si el maltrato físico o psicológico no constituye un delito sancionado con una pena mayor. Es así como, por ejemplo, casos que claramente se enmarcan en el tipo penal de tortura, secuestro o tentativa de feminicidio son imputados simplemente como violencia intrafamiliar[26], desconociendo la obligación estatal de garantizar el acceso a la justicia de las víctimas y que a través de esta vía se satisfagan también los derechos a la verdad y a la reparación.

3.3.- Ahora bien, habiendo hecho las anteriores salvedades, es importante señalar que el derecho internacional de los derechos humanos cuenta con un *corpus iuris* robusto y con normas especiales, tanto en el sistema de

[26] Al respecto ver el análisis de casos hecho en Barraza C, Benjumea A, & Chaparro L, (2020) Más que una condena: violencia contra mujeres por parejas y expareja. *La Manzana de la discordia, 15(2),1-29.*

protección universal de Naciones Unidas[27] como en el Sistema Interamericano[28], que nos permiten entender hoy con claridad que las violencias a las que están expuestas las mujeres por parte de sus exparejas constituyen violaciones propias de derechos humanos[29].

3.4.- Al respecto, nuestro régimen constitucional y, en particular, aquellos instrumentos de derecho internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad[30] definen obligaciones claras para el Estado colombiano de adoptar e implementar medidas idóneas y efectivas dirigidas a garantizar el acceso a la justicia a las mujeres víctimas de violencias y la tipificación penal del delito de violencia intrafamiliar es una de ellas (CC C-368 de 2014 y T-967 de 2014).

4.- Partiendo de este presupuesto, argumentaré entonces por qué el precedente fijado en la sentencia CSJ SP 8064-2017, rad. 47360, y que en la sentencia **CSJ SP 1343-2022, rad. 52330** se ratifica, es argumentativamente frágil,

---

[27] Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, disponible en https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm

[28] Convencion interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer "Convencion de Belem do Pará" disponible en https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html

[29] Fuentes Pérez, B (2021) *La violencia en la familia.* En Vela Barba E, Manual para juzgar con perspectiva de género en materia familiar. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación. Pp. 243-331.

[30] Ley 51 de 1981 (junio 2) «*por medio de la cual se aprueba la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979*» y Ley 248 de 1995 (Diciembre 29) «*Por medio de la cual se aprueba la Convención Internacional para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, suscrita en la ciudad de Belem Do Para*»

y aunque solo es aplicable a aquellos casos ocurridos con anterioridad a la Ley 1959 de 2019, en mi concepto, debería ser reconsiderado por la Sala para aquellos casos que aún se encuentran en trámite y no estén cobijados por esta legislación.

5.- Brevemente, el alcance de mi disenso frente al criterio jurisprudencial según el cual las agresiones cometidas por exparejas que no conviven bajo el mismo techo no configuran violencia intrafamiliar -y que aquí se reitera- se fundamenta en las siguientes razones:

6.- Primera. Esta regla está basada en una concepción precaria de las nociones de «*familia*», «*núcleo*» y «*unidad familiar*» que no da cuenta de las realidades contemporáneas ni del carácter heterogéneo, plural y dinámico, y protegido constitucionalmente, de los vínculos familiares. Por lo tanto, la aplicación de esta regla no permite garantizar plenamente, para el caso de agresores que no convivían al momento del hecho bajo el mismo techo con su expareja, el «efecto útil» de la protección penal dispuesta para el bien jurídico tutelado por el delito de violencia intrafamiliar.

6.1.- Durante las últimas décadas diferentes jurisdicciones del sistema jurídico colombiano han revisado y redefinido las concepciones clásicas de la noción de familia. A partir de la entrada en vigor de la Constitución de 1991, la justicia constitucional y la justicia civil han reconocido el

origen diverso y «*el carácter maleable*» de las múltiples formas que estructuran los vínculos familiares (CC T-906 de 2006). Sobre este presupuesto se ha señalado que no son constitucionalmente admisibles los déficits de protección y mucho menos las discriminaciones normativas formuladas en términos de reproche o rechazo a las opciones que libremente configuren las personas para establecer una familia. En ese sentido, se han desplegado significativos desarrollos jurídicos en relación con el reconocimiento y la protección a, por ejemplo, las familias monoparentales, las familias de crianza y las familias conformadas por parejas de personas del mismo sexo (CC T-907 de 2004, T-615 de 2007, T-1163 de 2008, T-625 de 2009 y C-577 de 2011).

6.2.- La regla que dispone que es necesaria la convivencia en el mismo lugar entre dos personas, y que reclama además un estado de vigencia de la relación de pareja, para que se reúna la tipicidad frente a la violencia intrafamiliar cuando se presenta una agresión entre ellas ignora lo señalado en el párrafo anterior, pues prácticamente asume que solo son objeto de protección jurídica por esta vía aquellas relaciones familiares entre personas que residen en la misma vivienda, relegando o reduciendo la familia al espacio físico de convivencia.

6.2.1.- En concreto, el problema que se presenta con la interpretación que reitera la Sala en este caso radica en que asimila -más allá de lo señalado por los textos legales que

han regulado la materia- los términos «*familia*» / «*unidad familiar*» y «*núcleo familiar*» a «*vivir bajo el mismo techo*». Este entendimiento asume erróneamente que la ruptura de la cohabitación deshace automáticamente los vínculos construidos con el tiempo en el marco de relaciones de afecto y compañía que, en su momento, permitieron la conformación de una familia.

6.2.2.- Además, plantea problemas hermenéuticos que dificultan la practica judicial. Por ejemplo, ¿cuándo se entiende que una persona ha dejado de convivir con su pareja? ¿Al día siguiente, al mes, al año? ¿Qué ocurre en aquellos eventos donde las parejas efectivamente se separan, pero siguen habitando la misma vivienda, aunque no compartan habitación? ¿Cómo comprender las violencias que se presentan en relaciones que, por los mismos conflictos u otras circunstancias, se tornan intermitentes? ¿En este último caso, solo constituirían violencia intrafamiliar las agresiones que ocurren cuando la pareja esté pernoctando?

7.- Segunda. Una lectura histórica y sistemática de la evolución de la legislación que durante los últimos años se ha promulgado en el país para reprochar penalmente las violencias que ocurren, precisamente, con ocasión a la existencia de un vínculo o una relación familiar, evidencia la manera en que esta regla desconoce el progresivo espectro de protección pretendido legal y constitucionalmente con la consagración de la violencia intrafamiliar como delito.

7.1.- Si bien la violencia doméstica o intrafamiliar fue considerada apenas hace un par de décadas como un asunto de preocupación pública[31], los diferentes marcos normativos que la han pretendido conjurar han venido realizando importantes esfuerzos por cobijar una amplia gama de escenarios que recojan diferentes hechos constitutivos de este fenómeno, de un lado, desde la perspectiva de protección a las víctimas y, de otro lado, con una respuesta punitiva respecto de los agresores.

7.2.- Así, la Ley 294 de 1996[32], que fue la primera disposición legal en tipificar la violencia intrafamiliar como delito, contempló expresamente que estos tipos penales están dirigidos a proteger «[l]*a armonía y la unidad de la familia*». Para ello dispuso en literal (b) del artículo 2 que:

> «*Para los efectos de la presente Ley, integran la familia:*
> *a) Los cónyuges o compañeros permanentes.*
> *b) El padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar.*
> *c) Los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos.*
> *d) Todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica».*

---

31 Galvis, L. (2001). *La familia, una prioridad olvidada.* Bogotá: Ediciones Auro; Zambrano, L. (2001). Género, pobreza y justicia: factores de empobrecimiento de las mujeres en Bogotá. En P. Rodríguez (comp.), *Formación de investigadores III. Estudios sobre pobreza y condiciones de vida en Colombia.* Bogotá: Colciencias - Ediciones Uniandes; Rico A., Hurtado, M., Alonso, J. (1999). *Naturaleza del Conflicto en el Área de Atención de Familia.* Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura - Pontificia Universidad Javeriana

32 Ley 294 de 1996**,** Diario Oficial No. 42.836, de 22 de julio de 1996. «*Por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar*»

Y el artículo 22 establecía inicialmente que *«el que maltrate física, síquica o sexualmente a cualquier miembro de su núcleo familiar, incurrirá en la prisión de uno (1) a dos (2) años»*.

Como se observa en el apartado subrayado, desde las primeras regulaciones del tipo penal el legislador se propuso sancionar las relaciones más allá de la convivencia y el espacio físico del acto, pues contempló aquella perpetrada entre exparejas con hijos en común aunque ya no convivieran.

7.3.- Después, progresivamente, se fue incrementado el marco de protección y de punibilidad. Primero, la Ley 599 de 2000 incluyó en el título «*Delitos contra la familia*» el artículo 229 el delito de violencia intrafamiliar incrementando el máximo de la pena a tres años y aumentándola de la mitad a las tres cuartas partes cuando el maltrato recayera sobre un menor de edad.

7.4.- Luego, el artículo 1 de la Ley 882 de 2004 eliminó la violencia sexual del tipo violencia intrafamiliar y señaló que la pena se aumentaría no solo respecto de menores de edad, sino cuando la conducta recayera contra *«una mujer, un anciano, una persona que se encuentre en incapacidad o disminución física, sensorial y psicológica o quien se encuentre en estado de indefensión.»* Con el aumento de las penas establecido en Ley 890 de 2004 la sanción de prisión quedó definida de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses.

7.5.- La Ley 1142 de 2007 mediante el artículo 33 definió un tipo penal más exigente en términos de sanciones y a la vez, más comprehensivo de las situaciones que se presentan en la práctica judicial. Así, por una parte, dispuso que quien cometiera violencia intrafamiliar incurriría en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años. Por otra, precisó el término «anciano» como sujeto pasivo, circunscribiéndolo a aquellas personas mayores de «*sesenta y cinco (65)*» -que después sería reducido a «sesenta (60) años» con la Ley 1850 de 2017- y dispuso como novedad un parágrafo, según el cual, «*A la misma pena quedará sometido quien, no siendo miembro del núcleo familiar, sea encargado del cuidado de uno o varios miembros de una familia en su domicilio o residencia, y realice alguna de las conductas descritas en el presente artículo*».

7.6.- Desde el año 2017, inmediatamente después de que se profiriera la sentencia CSJ SP 8064-2017, rad. 47360 que definió la regla reiterada en la sentencia objeto de este salvamento de voto, varias organizaciones y sectores de la sociedad civil expresaron sus preocupaciones y su rechazo a las consecuencias de dejar por fuera del tipo penal las violencias cometidas por exparejas que no cohabitan el mismo hogar. Por este motivo y dadas las serias dificultades que para la judicialización de estas conductas supuso la regla definida por la Corte Suprema, rápidamente, la propia Fiscalía General de la Nación impulsó el proyecto que

concluyó con la expedición de la Ley 1959 de 2019. En su artículo 1 contempló un inciso que señala que

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

Y, en el parágrafo de este artículo eliminó la regla interpretativa así:

> *A la misma pena quedará sometido quien sin ser parte del núcleo familiar realice las conductas descritas en el tipo penal previsto en este artículo contra.*
>
> *a) Los cónyuges o compañeros permanentes, aunque se hubieren separado o divorciado.*
>
> *b) El padre y la madre de familia, aun cuando no convivan en el mismo hogar, si el maltrato se dirige contra el otro progenitor.*
>
> *c) Quien, no siendo miembro del núcleo familiar, sea encargado del cuidado de uno o varios miembros de una familia en su domicilio, residencia o cualquier lugar en el que se realice la conducta.*
>
> *d) Las personas con las que se sostienen o hayan sostenido relaciones extramatrimoniales de carácter permanente que se caractericen por una clara e inequívoca vocación de estabilidad.* [subrayas fuera de texto].

Por un lado, los apartados subrayados dejan clara la intención del legislador, reaccionando a la jurisprudencia de esta Corporación, de contemplar dentro del tipo penal violencia intrafamiliar los eventos de agresiones cometidos por exparejas, independientemente de si viven bajo el mismo techo, reconociendo que desde la misma Ley 294 de 1996 el ordenamiento jurídico colombiano contempló esta alternativa cuando los hechos se perpetraban entre *«[e]l padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar».* Por otro lado, incluyó además dentro del tipo las

agresiones que se presenten entre personas que sostienen o hayan sostenido relaciones afectivas de carácter permanente que se caractericen por una clara e inequívoca vocación de estabilidad.

7.7.- Este recuento normativo es ilustrativo de la forma en que el legislador ha procurado, por medio de los diversos ajustes regulatorios descritos, contemplar de manera amplia y progresiva las conductas que configuran el delito de violencia intrafamiliar. La lectura de estas modificaciones legales permite formular dos planteamientos: de un lado, la regla que exige la cohabitación o convivencia en el mismo hogar no encuentra justificación en el tenor literal de las disposiciones mencionadas y, por el contrario, desconoce la orientación normativa que el Congreso le ha venido dando a este tipo penal durante las últimas dos décadas, a tal punto que la última reforma legal tuvo como finalidad principal hacerla desaparecer.

7.8.- De otro lado, esa interpretación -que aún se sigue aplicando para eventos ocurridos con anterioridad a la expedición de la Ley 1959 de 2019- desconoce que la intención del legislador no ha sido asegurar la existencia del vínculo familiar en un entendimiento clásico u ortodoxo -«que no se rompa el matrimonio» o «que no se deshaga la unión de hecho»- sino proteger también la «*armonía*» de las relaciones familiares en el seno del fuero interno, lo que son dos cosas diferentes. De hecho, el inciso 5º del artículo 42 de

la Constitución Política establece que "*cualquier forma de violencia en la familia se considere destructiva de su armonía y unidad y será sancionada conforme a la ley*". Nótese bien, cómo, de hecho, la misma norma Superior diferencia entre «armonía» y «unidad» y contempla estas dos categorías como componentes del bien jurídico tutelado.

7.9.- Así, un análisis detallado del contenido de las prescripciones normativas promulgadas desde que se creó el tipo penal objeto de análisis permite reconocer que lo que la regulación ha buscado proteger de manera transversal no es solo la unidad familiar sino la armonía que debe permear las relaciones familiares incluyendo especialmente aquellos casos donde los vínculos se mantienen por la existencia de descendencia, como fue contemplado desde un inicio por la Ley 296 de 1996.

7.10.- En síntesis, desde una perspectiva histórica, la evolución normativa que ha tenido la tipificación del delito de violencia intrafamiliar permite advertir que la consagración de las diferentes conductas que configuran el tipo penal ha tenido por finalidad proteger de manera amplia y progresiva las disrupciones a la armonía familiar que se presentan como producto de las agresiones que sean cometidas por un miembro de la familia respecto de otro independientemente de la cohabitación, y el precedente que en esta sentencia se reitera, desconoce esa orientación.

8.- Tercera. Al revisar el contenido de la sentencia fundadora de esta línea jurisprudencial se advierten serios déficits argumentativos en la estructuración de lo que, con el tiempo, terminó convertido en su *ratio decidendi*.

8.1.- Al analizar el fallo que dio origen a este criterio, esto es, la sentencia CSJ SP 8064-2017, rad. 47360, se puede observar cómo en esa oportunidad se estudió un evento en el cual un hombre golpeó a su pareja *«en la residencia que en esta ciudad compartían»* y a pesar de no guardar congruencia con los patrones fácticos objeto de la controversia, dicha sentencia definió la regla que exige que para que se configure el delito de violencia intrafamiliar -se insiste, antes de la Ley 1959 de 2019- es necesaria la convivencia bajo el mismo techo.

8.2.- La teoría sobre el precedente judicial enseña que las decisiones judiciales tienen tres componentes: *«obiter dictum»*, *«ratio decidendi»* y *«decisum»*. En concreto, la «*ratio decidendi*» es la subregla decisional que se desprende o corresponde al problema jurídico que se plantea en el caso y es la parte de la decisión que permite la configuración del precedente y, por tanto, tiene carácter general vinculante, pues el «*decisum*» solo obliga a las partes en el proceso y los *«obiter dictum»* son dichos al pasar que complementan o soportan la argumentación que lleva a definir la ratio decidendi y a adoptar la decisión para el caso concreto (CC SU 047 de 1999).

8.3.- En ese orden de ideas, ¿cómo es posible que un caso cuyos hechos no guardan relación directa hubiera permitido la consolidación de una regla tan relevante que terminó convertida en precedente? En mi criterio, dicha regla ni siquiera puede ser considerada *ratio decidendi* de la sentencia que creó esta controversia, pues aquella ni siquiera sirvió de base para resolver el caso concreto objeto de análisis en dicha oportunidad. De hecho, en esa decisión se analizaron como aspectos centrales otros asuntos como, por ejemplo, la consideración según la cual la recíproca agresión no excluye la tipicidad del delito. En otras palabras, esta regla que se fue haciendo determinante y fue adoptada de manera unánime e irreflexiva con el paso del tiempo al interior de la Sala[33], ni siquiera concuerda con el supuesto de hecho analizado en el caso que le dio origen. En ese sentido, no encuentro una justificación sólida que permita considerarla técnicamente como un precedente pertinente ni aplicable a casos donde sí está en discusión el tema de las agresiones de exparejas que no cohabitan con sus víctimas.

9.- Cuarta. Finalmente, luego de todo lo dicho, me resulta especialmente difícil asumir como vinculante una regla que supone que las parejas y exparejas deben convivir para tener acceso al marco de protección que da la punición mayor de la violencia familiar comparado con el del tipo penal

[33] Ver, entre otras, CSJ SP 8064-2017 Rad. 48047; SP 2706-2018, rad. 48251; SP 3384-2018, rad. 51504; SP 1538-2019, rad. 49687 y SP 2251-2019, rad. 53048

de lesiones personales. Ello deriva en prácticamente obligar a las personas a vivir bajo el mismo techo, so pena de entender que las agresiones que ocurran entre ellos son un asunto de dos particulares sin ninguna vinculación entre sí.

9.1.- Esta regla olvida, por un lado, que las violencias que se presentan entre exparejas tienen origen precisamente en la existencia de ese vínculo que, ciertamente, se dio en el pasado y que permanece bajo otras formas en el tiempo. Por ejemplo, cuando un miembro de la pareja no supera que la relación terminó, o que la otra persona está en condiciones de iniciar una nueva relación con un tercero, o cuando se presentan conflictos por la definición del valor o el incumplimiento de la cuota alimentaria debida a los hijos en común. La regla ignora sin mayor justificación que justamente el tipo penal regula, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor, este tipo de violencias que surgen de conflictos derivados de las relaciones familiares.

9.2.- Por otro lado, la aplicación de esta regla desconoce que la evidencia indica que, en este tipo de situaciones la violencia es ejercida primordialmente por hombres, por lo que a la larga quienes terminan siendo privadas de un marco de protección son en su mayoría las mujeres. Al respecto, por ejemplo, el último informe publicado por el Instituto Colombiano de Medicina Legal señala que «[l]*a violencia física por parte de la pareja durante el 2020 siguió siendo más*

frecuente contra las mujeres que contra los hombres, con una razón de seis mujeres por cada hombre»[34]. Allí también se indica que, «[c]*on respecto a la relación de la persona valorada con la persona presuntamente agresora, casi la mitad de los casos (44,61%) fueron ocasionados por el compañero permanente, que corresponden a 13.613 valoraciones. La tercera parte corresponde al ex-compañero permanente y, el restante 22% se reparte, entre el esposo, ex-novio, novio, ex-esposo, ex- amante y amante en ese orden, tal como se aprecia en la tabla 4. El porcentaje de violencia ocasionada por la ex-pareja es de 40,41%».* De manera ilustrativa, se justifica revisar lo que nos dicen las siguientes dos tablas frente a los casos en los que las mujeres son víctimas frente a aquellos en que lo son los hombres[35]:

[34] Instituto Colombiano de Medicina Legal (2022), Forensis 2020. Datos para la vida. Bogotá: Ver: Tamara Patiño (2020) *Comportamiento de las lesiones no fatales en violencia de pareja. Colombia, año 2020.* Pp. 267
[35] Ibíd. Págs. 267 y 270

Tabla 1. Lesiones no fatales en violencia de pareja según grupo de edad y sexo de la víctima. Colombia, año 2020.

Grupo de edad	Hombre			Mujer			Total		
	Casos	%	Tasa x 100.000 hab.	Casos	%	Tasa x 100.000 hab.	Casos	%	Tasa x 100.000 hab.
(10 a 14)	2	0,05	0,10	30	0,11	1,54	32	0,10	0,80
(15 a 17)	12	0,29	0,96	574	2,17	47,64	586	1,92	23,87
(18 a 19)	44	1,08	5,16	1.158	4,37	139,74	1.202	3,93	71,46
(20 a 24)	421	10,30	19,32	5.271	19,91	245,42	5.692	18,63	131,55
(25 a 29)	794	19,42	37,77	6.073	22,94	286,13	6.867	22,47	162,54
(30 a 34)	807	19,74	42,43	4.804	18,15	244,54	5.611	18,36	145,11
(35 a 39)	674	16,49	38,47	3.550	13,41	191,68	4.224	13,82	117,20
(40 a 44)	493	12,06	31,94	2.180	8,24	129,96	2.673	8,75	82,98
(45 a 49)	318	7,78	23,16	1.309	4,95	85,23	1.627	5,32	55,93
(50 a 54)	215	5,26	16,25	786	2,97	51,98	1.001	3,28	35,31
(55 a 59)	128	3,13	10,65	389	1,47	27,83	517	1,69	19,88
(60 a 64)	87	2,13	8,84	195	0,74	16,79	282	0,92	13,14
(65 a 69)	54	1,32	7,19	91	0,34	10,13	145	0,47	8,79
(70 a 74)	18	0,44	3,33	42	0,16	6,37	60	0,20	5,00
(75 a 79)	11	0,27	3,08	10	0,04	2,23	21	0,07	2,61
(80 y más)	10	0,24	2,31	8	0,03	1,39	18	0,06	1,78
Total	**4.088**	**100**	**19,87**	**26.470**	**100**	**120,69**	**30.558**	**100**	**71,89**

Fuente: INMLCF/GCRNV/SICLICO.

Nota: Tasas calculadas con base en las proyecciones poblacionales DANE 2019-2023

Tabla 4. Lesiones no fatales en violencia de pareja según presunto agresor y sexo de la víctima. Colombia, año 2020.

Presunto Agresor	Hombre		Mujer		Total	
	Casos	%	Casos	%	Casos	%
Compañero (a) permanente	1.890	46,27	11.723	44,35	13.613	44,61
Ex - compañero (a) permanente	1.286	31,48	8.862	33,53	10.148	33,25
Esposo (a)	492	12,04	3.013	11,40	3.505	11,48
Ex - Novio (a)	127	3,11	1.041	3,94	1.168	3,83
Novio (a)	125	3,06	891	3,37	1.016	3,33
Ex - esposo (a)	122	2,99	805	3,05	927	3,04
Ex - Amante	24	0,59	66	0,25	90	0,29
Amante	19	0,47	33	0,12	52	0,17
Total	**4.085**	**100**	**26.434**	**100**	**30.519**	**100**

Fuente: INMLCF/GCRNV/SICLICO.

Nota: Se excluyen 39 casos sin información (3 hombres y 36 mujeres).

Y, en relación con los homicidios que se presentan en el contexto de la violencia de pareja, «*la víctima preponderante es la mujer, con 59 casos frente a los 34 casos vistos en hombres*»[36].

9.3.- Lo anterior evidencia la importancia de tener presente que la violencia contra las mujeres cometida por parejas o exparejas se presenta en diversos ámbitos y ocurre en formas variadas que incluyen la violencia física, sexual, psicológica, económica o patrimonial. Esto genera la obligación del Estado de actuar con la debida diligencia al decidir los casos que son puestos en su conocimiento, lo que solo es posible si el proceso penal es dirigido, como lo han dispuesto tanto la jurisprudencia de esta Sala como la jurisprudencia constitucional, con enfoque de género.

9.3.1.- Por una parte, este enfoque permite reconocer que las mujeres víctimas de violencia intrafamiliar son sujetos de especial protección constitucional por lo que en estos casos es necesario que los operadores de justicia desplieguen unos deberes especiales que reconozcan las asimetrías de poder que se presentan en las relaciones entre hombres y mujeres que justifican el desarrollo de acciones afirmativas dirigidas a superar los escenarios de discriminación a los que se encuentran expuestas[37].

---

[36] Ibid. Ver. Revelo Burbano A. *Comportamiento del homicio. Colombia, año 2020.* Pp. 88.
[37] Al respecto ver las reglas definidas en las sentencias CC SU 080 de 2020, T-093 de 2019, T-462 de 2018, T-126 de 2018, T-735 de 2017, T-590 de 2017, T-027 de 2017, T-184 de 2017, T-012 de 2016, T-145 de 2017 y T-878 de 2014.

9.3.2.- Por otra parte, ese deber de diligencia implica, entre otras cosas, la obligación de las autoridades judiciales de contemplar, dependiendo de cada caso, la configuración de las circunstancias de agravación punitiva que puedan acreditarse, algo que ni siquiera se analizó en el presente asunto cuando se modificó el tipo penal por el cual el agresor terminó siendo condenado en segunda instancia. Para ello, siempre debe revisarse de manera integral, en los términos en los que lo ha venido precisando esta Corte (CSJ SCP 4135-2019, rad. 52.394 y SCP 468-2020, rad. 53037), el marco contextual en el que las violencias denunciadas tienen lugar, de manera que se pueda establecer si la conducta desplegada por el sujeto activo es producto de prácticas de sometimiento de la mujer respecto del hombre, que justifiquen una mayor sanción como lo dispone nuestra legislación[38].

10.- En los anteriores términos, respetuosamente, dejo plasmadas las razones por las que salvo el voto frente a la

---

[38] CSJ SP-4135-2019, 1° oct. 2019, rad. 52.394. Al respecto dijo la Corte: *(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 -104 A del Código Penal-, 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.* Reiterado en CSJ SP-468-2020.

decisión adoptada por la mayoría y por las que considero que existen suficientes motivos para que este precedente no siga siendo aplicado por esta Sala frente a aquellos casos aún en trámite de agresiones cometidas por exparejas ocurridos antes de la entrada en vigor de la Ley 1959 de 2019.

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

Fecha *ut supra*.