

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO
Magistrado Ponente

SP2706-2018
Radicado n.º 48251
(Acta n.º 227)

Bogotá, D.C., once (11) de julio de dos mil dieciocho (2018).

El Juzgado 22 Penal Municipal con función de conocimiento de Bogotá, el 28 de enero de 2016, profirió sentencia condenatoria en contra de **LUIS ORLANDO ARIZA DURÁN** al hallarlo autor responsable del delito de violencia intrafamiliar agravada, imponiéndole la pena principal de prisión por sesenta y tres (63) meses y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso. Le negó la suspensión condicional de la ejecución de la sanción privativa de la libertad y la prisión domiciliaria.

Apelada esta decisión por la defensa, fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad -Sala Penal-, el 29 de marzo de 2016.



Contra esta providencia el abogado del sentenciado interpuso recurso extraordinario de casación, siendo admitida la demanda respectiva al ser superados sus defectos, con auto del 22 de noviembre de 2016.

Realizada la audiencia de sustentación de que trata el artículo 184 del Código de Procedimiento Penal el 23 de mayo de 2017, procede la Sala a resolver de fondo el asunto.

HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES

1. El 30 de agosto de 2015, agentes de la policía fueron contactados por la señora Dayana Lizeth Caballero Cárdenas para que la acompañaran a la casa de su ex pareja, **LUIS ORLANDO ARIZA DURÁN**, con el fin de recoger a su hijo en común D.A.S.C., de seis años de edad, al incumplir aquel el acuerdo verbal de visitas al que habían arribado y por la existencia de antecedentes de violencia física de él hacia ella. Una vez en la residencia, ubicada en la carrera 88 H n.º 50 A - 35 sur de esta ciudad, se presentó un altercado en el que el mencionado le propinó un golpe en la cara, causándole una incapacidad médico-legal de siete (7) días.

2. El 31 de agosto de 2015, se legalizó la captura de **ARIZA DURÁN** ante el Juzgado 27 Penal Municipal con función de control de garantías de Bogotá, oportunidad en la que la Fiscalía le formuló imputación por el ilícito de violencia intrafamiliar agravada (artículo 229, inciso 2.º, del

Código Penal), cargo al cual se allanó, sin que se hubiese solicitado medida de aseguramiento en su contra.

3. Asignadas las diligencias al Juzgado 22 Penal Municipal con función de conocimiento de esta ciudad, fueron emitidos, en las condiciones ya señaladas, los fallos de instancia.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

El defensor de **LUIS ORLANDO ARIZA DURÁN** interpuso el recurso extraordinario para postular **tres cargos** en contra del proveído de segundo grado:

En el **cargo primero**, al amparo de la causal prevista en el artículo 181, numeral 1.º, de la Ley 906 de 2004, denuncia la *«violación directa de la ley procesal»* por conculcación del derecho de defensa, ya que el defensor público que asistió al procesado, entre otros dislates, prohibió e incluso lo presionó para que se allanara al delito de violencia intrafamiliar, aun cuando éste no convivía desde hacía cinco años con la afectada por su actuar: *«la falta del defensor al no haber escuchado al capturado lo induce en error, haciéndolo aceptar unos hechos en los que no incurrió»*. Así, y con cita de jurisprudencia, alega que es manifiesta la lesión de esta garantía, al punto que la deficiente asesoría se denota en la apelación interpuesta por cuanto la prisión domiciliaria allí deprecada era improcedente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 68 A del Código Penal.

En el **cargo segundo**, con base en la misma causal, indica que debido a la falencia en comentario se permitió la imputación errónea del delito de violencia intrafamiliar pese a que lo que se configuraban eran unas lesiones personales, porque la otrora convivencia del implicado con quien se reputa víctima no superó los dos años como para predicar que entre ellos hubo unión marital de hecho y tampoco confluía en este asunto el concepto de familia, en los términos señalados por la Sala en sentencia del 28 de marzo del 2012, proferida en el radicado 33772, conforme la cual se requiere de cohabitación, colaboración armónica, permanencia y singularidad para hablar de comunidad de vida en una pareja.

Por último, en el **cargo tercero** en idénticas condiciones de postulación a las ya anotadas, refiere que la pregonada deficiencia en la defensa técnica conllevó a que no se alegaran las causales de ausencia de responsabilidad contempladas en el artículo 32, numerales 6 y 7, del Código Penal, pues la conducta reprochada obedeció a la actitud beligerante de la señora Dayana Lizeth Caballero Cárdenas cuando acudió a la vivienda de **ARIZA DURÁN** a recoger a su hijo en compañía de un destacamento de la Policía, la que omitió controlar los vituperios que en ese momento lanzó en su contra, de su progenitora y de su hermana, a la que inclusive atacó.

Con fundamento en estos reparos pide casar el fallo y, en su lugar, se dicte sentencia absolutoria.



LA AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

1. El demandante insistió en la concurrencia de distintas irregularidades en la actuación, toda vez que al acudir la supuesta víctima al hogar de su prohijado, con quien ya no convivía, lo hizo imbuida de un talante desobligante, agresivo y soez, siéndole indiferente que su hijo estuviese allí presente. Así, cuando ocurrieron los hechos -luego de que **ARIZA DURÁN** infructuosamente intentó localizarla para entregarle al menor- aquella maltrató a toda su familia, pero esa coyuntura ninguna consideración le mereció al togado que asumió su defensa al circunscribirse a recomendarle la aceptación de cargos, a lo que éste accedió por su escasa formación y desconocimiento del derecho.

De este modo, critica la asesoría brindada en ese sentido por el efecto gravoso que aparejaba el allanamiento, en especial por la improcedencia de subrogados penales, insistiendo en que la lesión de la garantía es evidente en el recurso de apelación al pretenderse la concesión de beneficios que no tenían cabida, motivo por el cual depreca *«se anule todo lo actuado»*.

2. La Fiscal Delegada solicitó no casar la sentencia, ya que no vislumbra que se den los motivos evocados para ello. En lo atinente a la ausencia de defensa técnica, refiere que el vicio no se genera por la simple diferencia de criterios con respecto a la labor acometida y la propuesta es infundada, pues en los registros de la audiencia preliminar concentrada

aparece que sí hubo entrevista entre el defensor y el implicado para sopesar los alcances de esa diligencia, de lo cual colige que hubo un análisis conjunto de las consecuencias que traía consigo el allanamiento, constatándose, además, que se trató de una decisión libre e informada. Por ende, no hubo inducción al error y la argumentación plasmada en la apelación devela el debido ejercicio de la defensa técnica, en tanto allí se plasmó una discusión jurídica plausible.

En lo concerniente a la calificación jurídica objeto de imputación, el artículo 2.º, literal b, de la Ley 294 de 1996 consagra que la familia está integrada por el padre y madre de familia, aunque no convivan en una misma residencia, entonces, resultó adecuada. Adicionalmente, **ARIZA DURÁN** era consciente de la consistencia del juicio de reproche formulado en su contra al haber ocasionado los hechos que motivaron la acción penal, que menoscabaron el bien jurídico de la familia y los derechos de un menor.

3. Por último, la Procuradora Delegada ante esta Corporación identificó dos problemas jurídicos: el relacionado con la presunta ausencia de defensa técnica y el relativo al elemento normativo del tipo penal de violencia intrafamiliar, acerca de lo que debe entenderse por unidad doméstica.

Con esta distinción sostiene que el demandante se equivoca en su tesis, porque el implicado estuvo asesorado

por un abogado que desplegó su labor de manera activa y que intervino en todas las actuaciones a las que fue convocado. Por contera, toda vez que la comisión del delito estaba «*plenamente demostrada*» por la Fiscalía, el allanamiento era una opción defensiva válida si se tiene en cuenta que el golpe propinado a la señora Caballero Cárdenas constituía una afectación que trascendía el bien jurídico tutelado con el ilícito de lesiones personales y **ARIZA DURÁN** tenía pleno conocimiento del alcance de la aceptación de cargos, según se corrobora en los registros correspondientes.

De otro lado, estima que el concepto de unidad doméstica del artículo 229 del Código Penal se vincula con la Ley 292 de 1996, donde se concibe como la unión de personas que comparten un mismo espacio y dicha noción se extiende a parámetros extrajurídicos asociados con ese entorno, incluidos aquellos que suponen la concurrencia de individuos con «*lazos afectivos, organizacionales*» como el tener un hijo en común, al margen de que por diversas circunstancias la convivencia entre ellos haya cesado.

Por ende, solicitó no casar la sentencia al concluir que el procesado sí hacía parte del núcleo familiar de la víctima, siendo la calificación jurídica de los hechos acertada y por eso cuando éste la agredió no lo hizo con la finalidad de lesionar su integridad personal, «*sino de agredirla justamente por esa condición de ser miembro activo de la unidad doméstica*».

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En este caso los reparos del censor develan serias falencias desde el punto de vista de la lógica que rige la presentación del recurso extraordinario, sin embargo, la Sala obviará esos defectos por cuanto fueron superados con la admisión de la demanda.

Ahora, al cotejar el discurso planteado en ella se advierte que los cuestionamientos fundamentales en contra de la sentencia de segundo grado se refieren a la falta de defensa técnica en las diligencias y la configuración del delito de violencia intrafamiliar, cuando los involucrados en sucesos de agresión física o psicológica sostuvieron una relación de pareja y no obstante, para aquel instante, ya no conviven bajo el mismo techo. Aspectos que dados los fines de la casación, en particular el respeto de las garantías de los intervinientes y la unificación de la jurisprudencia, al igual que el contexto en que ocurrieron los hechos investigados; ameritan pronunciamiento por parte de la Sala.

1. Tratándose de la primera arista cuya materialización daría lugar a la invalidación del proceso, el derecho a la defensa, según lo anotaron las no recurrentes, desde su cariz técnico no se conculca por la apreciación de otros togados en cuanto a la labor adelantada por sus predecesores, porque *«es lógico que cada profesional, frente a un caso concreto, diagnostique y establezca su propia estrategia defensiva, de*

manera que no coincidir en ello no significa que se haya infringido la garantía» (CSJ SP, 29 Abr. 1999, rad. 13315).

Por tanto la perspectiva exculpatoria alternativa auspiciada por el libelista en el **cargo primero**, en punto de la no conveniencia de allanarse a los cargos, es insuficiente para infirmar la legalidad de la sentencia, sumado a que no se avizora la desidia atribuida al defensor público que asistió a **ARIZA DURÁN** y por el contrario, al constatar el registro correspondiente a la formulación de imputación, se observa: i) la actitud de pesadumbre del implicado mientras la Fiscalía narró los hechos a los que se hizo mención en el acápite pertinente, por ejemplo, llevándose continuamente las manos al rostro en congoja,¹ ii) el modo en que asintió, incluso al parecer llorando, la descripción jurídica del ilícito de violencia intrafamiliar agravada, cuando se le puso de presente,² iii) la asertividad con la que respondió al juez de control de garantías acerca de si comprendía la naturaleza del delito endilgado³ y iv) el receso que pidió para dialogar con su defensor, luego de que se le comunicara la posibilidad de tener un juicio oral, público y concentrado o de aceptar cargos, opción a la que acudió de manera libre, consciente y voluntaria. Se le explicaron con detalle por el director de la audiencia, las consecuencias de esa determinación.⁴

¹ Cfr. audiencia del 31 de agosto de 2015, récord 03:13 y s.s.

² Cfr. récord 22:20 y s.s.

³ Cfr. récord 27:00 y s.s.

⁴ Cfr. récord 33:15 y s.s. Al allanarse **ARIZA DURÁN**, manifestó «lo hago conscientemente en cuanto conozco lo que me dice el juez acerca de la rebaja de pena que es un beneficio, entonces aceptó cargos. JUEZ: Pero nadie lo está obligando? CONTESTÓ: No [...]».

Lo anterior devela que **LUIS ORLANDO ARIZA DURÁN** tomó una decisión autónoma e informada, siendo especulativa la prédica referente a que se le presionó para que admitiera los cargos, que le era desconocida la dimensión del juicio de reproche en su contra o que ignoraba la repercusión de la aceptación de responsabilidad. Estuvo presto a someterse a la culminación anticipada del proceso y reconoció expresamente la realización de los acontecimientos ya descritos, en los términos imputados por la Fiscalía, lo que desdibuja, de paso, la tesis del casacionista aludida en el **cargo tercero** relativa a que surgía ineludible invocar causales de justificación, de cara a la reseña fáctica y jurídica enrostrada en la respectiva diligencia, toda vez que éste se acogió a ella sin condicionamiento o salvedad alguna.

En ese sentido, la dignidad humana, máxima fundante del Estado Social de Derecho y del procedimiento punitivo, apareja proteger por vía jurídica la autodeterminación de la persona sobre la cual recae el ejercicio de la acción penal, de ahí que esta no pueda ser objeto de injerencias indebidas porque el derecho de defensa supone respetar cualquier postura asumida frente al particular, incluso la contumacia. En ese orden, como quiera que **ARIZA DURÁN** eligió allanarse a la imputación de los hechos referida a la afectación física que le ocasionó a su otrora compañera sentimental, esa decisión no podría dejarse sin efectos únicamente por el eventual replanteamiento de esa posición, lo que explica, entre otros, el principio de no retractación que rige los allanamientos y preacuerdos, de no acreditarse

vulneración trascendente a los derechos fundamentales (Cfr. CSJ SP, 13 feb. 2013, rad. 39707, CSJ SP 14496-2017).

Así las cosas, no se vislumbra el vicio denunciado y por demás el profesional del derecho que lo representó agotó una labor consistente, de hecho ofreció una serie de argumentos encaminados a poner en entredicho la procedencia de las medidas de protección a favor de la víctima también impetradas por la Fiscalía, al recalcar que entre ella y su asistido no existía convivencia, lo que en su criterio las hacía improcedentes.⁵ Tal circunstancia, precisamente, es la que el demandante resalta con ahínco en la censura, evidenciándose cómo la opinión que enarbola no le era desconocida a aquel togado y que hizo parte de los parámetros sopesados en su estrategia, a la hora de evaluar las alternativas propicias en pos de solventar la situación de **ARIZA DURÁN** de la manera más favorable. De otro lado, tampoco es demostrativa de la pregonada deficiencia en esa tarea que la petición elevada en la apelación con miras a la concesión de la prisión domiciliaria no hubiese tenido vocación de prosperidad, por expresa prohibición legal, ya que en la sustentación del recurso se postularon premisas conceptuales válidas que colocaban de relieve la necesidad de auscultar distintas variables, más allá de la simple exégesis.⁶

⁵ Cfr. récord 37:00 y s.s.

⁶ Se planteó en la alzada la injusticia de esa exclusión frente a ilícitos de mayor gravedad. En especial, el togado resaltó la ausencia de antecedentes penales del procesado, cuestionó los fines de la pena en este caso concreto al ser discutible la necesidad de tratamiento penitenciario por la ruptura que este acarreaba en la relación con su hijo y evocó el espíritu de la Ley 1709 de 2014, que pretende la descongestión carcelaria (Cfr. audiencia del 28 de enero de 2016, récord 48:15 y s.s).

En estas condiciones, una visión subjetiva de lo que se considera pudo haber sido una mejor gestión, soportada con prevalencia en el resultado obtenido, no basta para admitir la carencia de defensa técnica.

2. En cuanto a la segunda temática en cuestión, esbozada en el **cargo segundo** de la demanda y que a la postre fue la que condujo a que fueran superados sus defectos, han de hacerse las siguientes precisiones con base en lo decidido por la Corte en el proveído SP 8064-2017, en el que se examinó lo atinente a los casos en los que ocurren agresiones entre parejas que cesaron su convivencia, han finiquitado su hogar, a efectos de establecer si en ese evento se configura el delito de violencia intrafamiliar.

2.1. Para contextualizar el modo en que se introdujo este punible en el ordenamiento jurídico, su antecedente se encuentra en la Ley 294 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»*. Esta normatividad, después de referir la importancia de asegurar la *«armonía y unidad»* familiar (artículo 1.º) y de regular lo atinente a las medidas de protección orientadas a preservar esa meta por conducto de las comisarias de familia, sin perjuicio de la competencia de los jueces penales cuando se trate de comportamientos delictivos,⁷ dispuso:

⁷ Dichas medidas fueron objeto de modificación legislativa a través de las Leyes 575 de 2000 y 1257 de 2008, vigente sobre el tema que en su artículo 17, establece: *«Medidas de protección en casos de violencia intrafamiliar. Si la autoridad competente determina que el solicitante o un miembro de un grupo familiar ha sido víctima de violencia, emitirá mediante providencia motivada una medida definitiva de protección, en la cual ordenará al agresor abstenerse de realizar la conducta objeto de la queja, o*



«ARTÍCULO 22. VIOLENCIA INTRAFAMILIAR. 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».

El precepto fue subrogado por el artículo 229 del Código Penal, Ley 599 de 2000, (cfr. CSJ SP, 26 Sep. 2002, rad. 15869), conforme al cual:

«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».

cualquier otra similar contra la persona ofendida u otro miembro del grupo familiar. El funcionario podrá imponer, además, según el caso, las siguientes medidas, sin perjuicio de las establecidas en el artículo 18 de la presente ley: a) Ordenar al agresor el desalojo de la casa de habitación que comparte con la víctima, cuando su presencia constituye una amenaza para la vida, la integridad física o la salud de cualquiera de los miembros de la familia; b) Ordenar al agresor abstenerse de penetrar en cualquier lugar donde se encuentre la víctima, cuando a juicio del funcionario dicha limitación resulte necesaria para prevenir que aquel perturbe, intimide, amenace o de cualquier otra forma interfiera con la víctima o con los menores, cuya custodia provisional le haya sido adjudicada; c) Prohibir al agresor esconder o trasladar de la residencia a los niños, niñas y personas discapacitadas en situación de indefensión miembros del grupo familiar, sin perjuicio de las acciones penales a que hubiere lugar; d) Obligación de acudir a un tratamiento reeducativo y terapéutico en una institución pública o privada que ofrezca tales servicios, a costa del agresor; e) Si fuere necesario, se ordenará al agresor el pago de los gastos de orientación y asesoría jurídica, médica, psicológica y psíquica que requiera la víctima; f) Cuando la violencia o maltrato revista gravedad y se tema su repetición la autoridad competente ordenará una protección temporal especial de la víctima por parte de las autoridades de policía, tanto en su domicilio como en su lugar de trabajo si lo tuviere; g) Ordenar a la autoridad de policía, previa solicitud de la víctima el acompañamiento a esta para su reingreso al lugar de domicilio cuando ella se haya visto en la obligación de salir para proteger su seguridad; h) Decidir provisionalmente el régimen de visitas, la guarda y custodia de los hijos e hijas si los hubiere, sin perjuicio de la competencia en materia civil de otras autoridades, quienes podrán ratificar esta medida o modificarla; i) Suspender al agresor la tenencia, porte y uso de armas, en caso de que estas sean indispensables para el ejercicio de su profesión u oficio, la suspensión deberá ser motivada; j) Decidir provisionalmente quién tendrá a su cargo las pensiones alimentarias, sin perjuicio de la competencia en materia civil de otras autoridades quienes podrán ratificar esta medida o modificarla; k) Decidir provisionalmente el uso y disfrute de la vivienda familiar, sin perjuicio de la competencia en materia civil de otras autoridades quienes podrán ratificar esta medida o modificarla; l) Prohibir, al agresor la realización de cualquier acto de enajenación o gravamen de bienes de su propiedad sujetos a registro, si tuviere sociedad conyugal o patrimonial vigente. Para este efecto, oficiará a las autoridades competentes. Esta medida será decretada por Autoridad Judicial; m) Ordenar al agresor la devolución inmediata de los objetos de uso personal, documentos de identidad y cualquier otro documento u objeto de propiedad o custodia de la víctima; n) Cualquiera otra medida necesaria para el cumplimiento de los objetivos de la presente ley [...]».

En la decisión en cita, se hizo mención de la evolución legislativa de este canon en los siguientes términos:

«El artículo 1º de la Ley 882 de 2004 amplió el alcance de la agravante en atención a la condición de los sujetos pasivos de la acción, incluyendo a la mujer, así:

“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”.

En la exposición de motivos de la citada legislación se manifestó:

“Los factores de violencia intrafamiliar, que se han penalizado en el artículo 299 de la Ley 599 de 2000, no soportan el peso de incidencia que día a día se cometen. La visión del macho latinoamericano, en el que la mujer es objeto de uso, tiende a agravar el conflicto. El estrés de la población y la falta de oportunidades de desarrollo y superación que tiene el hombre socialmente frente al empoderamiento femenino, han acrecentado el nivel de violencia contra la mujer especialmente en regiones apartadas de las capitales, sin importar estrato social o nivel educativo”.

Por su parte, el artículo 33 de la Ley 1142 de 2007 también modificó las normas anteriores, al incrementar la pena establecida en el primer inciso de 4 a 8 años de prisión, precisar que se entiende por “anciano” “una persona mayor de sesenta y cinco (65) años” y agregar que a “la misma pena quedará sometido quien, no siendo miembro del núcleo familiar, sea encargado del cuidado de uno o varios miembros de una familia en su domicilio o residencia, y realice alguna de las conductas descritas en el presente artículo”.

Por último, a través de la Ley 1850 de 2017, «por medio de la cual se establecen medidas de protección al adulto mayor en Colombia [...]», se redujo el quantum de sesenta y cinco (65) años señalado en el inciso segundo, a sesenta (60).

De este recuento se observa cómo pese a que el tipo penal se asocia a la sanción de toda forma de violencia en el seno de la familia, se le introdujeron paulatinamente

modificaciones que destacaron la protección que allí merecen los menores, los adultos mayores y en especial las mujeres, en tanto al interior del hogar se verifican constantes agresiones en su contra por la posición que por tradición y cultura se le atribuye al hombre, producto de estereotipos de dominación.

En esa medida, es necesario distinguir -aun cuando ostenten rasgos similares- lo que constituye violencia en contra de la mujer en tal contexto, es decir, en la familia -con perjuicio de las relaciones de solidaridad y apoyo recíproco que surgen entre sus integrantes-, de la violencia de la que es víctima por razón de su género, de aquella *«directamente vinculada a la desigual distribución del poder y a las relaciones asimétricas que se establecen entre varones y mujeres en nuestra sociedad, que perpetúan la desvalorización de lo femenino y su subordinación a lo masculino. Lo que diferencia a este tipo de violencia de otras formas de agresión y coerción es que el factor de riesgo o de vulnerabilidad es el solo hecho de ser mujer»*.⁸

En otras palabras, respecto al tipo penal de violencia intrafamiliar, es imprescindible darle contenido a la naturaleza de los ataques en los que la mujer es sujeto pasivo de la conducta desde una hermenéutica afín al bien jurídico tutelado con esta infracción, esto es la familia, para

⁸Así aparece en el texto de la Organización de las Naciones Unidas, Violencia de Género: Un Problema de Derechos Humanos, Serie Mujer y Desarrollo 16. Cepal, Unidad Mujer y Desarrollo, página 5.
Disponible en <https://www.cepal.org/es/publicaciones/5855-violencia-genero-un-problema-derechos-humanos>

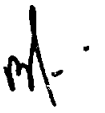
determinar si la violencia física o psicológica de la que es objeto, como elemento normativo, se ajusta a la previsión del artículo 229 del Código Penal.

2.2. Con relación a la reseña acotada en precedencia, las no recurrentes traen a colación con el fin de validar la calificación jurídica de los hechos realizada en este asunto que el artículo 2.º de la Ley 294 de 1996, refiere 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». (Resultado fuera de texto).*

A partir de lo consignado en el literal b) de este precepto, sostienen que en este caso se configura la violencia intrafamiliar por cuanto entre **LUIS ORLANDO ARIZA DURÁN** y Dayana Lizeth Caballero Cárdenas, en virtud de su hijo en común, se daba ese supuesto, lo que hacía irrelevante que no habitaran todos la misma residencia.

Sin embargo, desde la esfera normativa tal aproximación resulta discutible, si se tiene en cuenta que el canon en comento restringe su aplicación *«para los efectos de la presente ley»* y que el delito allí incluido fue reemplazado por el artículo 229 de la Ley 599 de 2000, pues esta



legislación en su artículo 474 dispuso derogar *«el Decreto 100 de 1980 y demás normas que lo modifican y complementan, en lo que tiene que ver con la consagración de prohibiciones y mandatos penales»*.

Ahora, con posterioridad a las reformas introducidas por la Ley 882 de 2004 y 1142 de 2007, la Ley 1257 de 2008 *«por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres»*, reprodujo dicha definición de familia como circunstancia de agravación para el homicidio en el numeral 1.º del artículo 104 del Código Penal y en el párrafo del artículo 230 (maltrato mediante restricción a la libertad física), que limita esa acepción *«para efectos de lo establecido en el presente artículo»*, lo que ratificó en términos similares la Ley 1850 de 2017.⁹

Por contera, partiendo del principio de estricta tipicidad, la conceptualización de *grupo familiar* allí prevista en principio tendría cabida respecto del artículo 230 en cita, no del 229 (violencia intrafamiliar), delito que busca proteger el *núcleo familiar*, la *unidad doméstica*.

2.3. En ese orden de ideas, la Sala señaló que para la materialización de este último en cuanto a las personas que

⁹ «PARÁGRAFO. Para efectos de lo establecido en el presente artículo se entenderá que el grupo familiar comprende los cónyuges o compañeros permanentes; el padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo lugar; los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos; todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integradas a la unidad doméstica, las personas que no siendo miembros del núcleo familiar, sean encargados del cuidado de uno o varios miembros de una familia. La afinidad será derivada de cualquier forma de matrimonio, unión libre».

mantienen una relación de pareja, con vocación de cohabitación y permanencia, sí es imprescindible su convivencia de cara a la conformación de la *unidad familiar* entendida como bien jurídico tutelado, porque al margen de la definición que de familia existe en el derecho civil, fundada en la consanguinidad y en relaciones de afinidad, aquella noción para efectos del ilícito, en dicha hipótesis, involucra de forma insoslayable la comunidad de vida bajo un mismo techo, un hogar, delimitándose así la indeterminación que de otra manera ostentaría el injusto.

Bajo ese panorama, la Corte reitera que es improcedente tipificar el delito de violencia intrafamiliar en agresiones de ex parejas que ya no comparten su sitio de residencia, con independencia de que tengan hijos en común o no, al ser necesaria la convivencia de los protagonistas de esos hechos para la configuración del artículo 229 del Código Penal. En tales condiciones, se decantó en su oportunidad el alcance de las preceptivas en comento:

«Afirmar que una vez cesa la convivencia entre cónyuges o compañeros permanentes se mantiene entre ellos el “núcleo familiar” cuando tienen un hijo común menor de edad, comporta una ficción ajena al derecho penal. Resulta por lo menos incorrecto, a la luz del principio lógico de no contradicción (según el cual, algo no puede ser y no ser al mismo tiempo), que se edifique el ámbito del núcleo familiar, el cual supone la existencia real y no meramente formal de una familia en su conjunto, su unión, su cotidianidad, su vínculo estrecho, su afectividad y su coexistencia diaria, a partir de la noción de hijo de familia, sin importar si los padres se encuentran o no separados. Si el núcleo supone unión y conjunción, se desvirtúa y pierde su esencia cuando hay desunión o disyunción entre sus integrantes.

En efecto, no hay duda que los menores, mientras no se emancipen, tienen la condición de hijos de familia. Pero ello no puede conducir a la suposición artificiosa de que los padres,

aunque se encuentren separados o inclusive aunque nunca hayan convivido (como puede ocurrir con el hijo fruto de una fugaz relación sexual) integren el núcleo familiar objeto de tutela dentro del ámbito de protección de la norma que se ocupa de la violencia intrafamiliar (artículo 229 del Código Penal).

En síntesis, lo que el tipo penal protege no es la familia en abstracto como institución básica de la sociedad, sino la coexistencia pacífica de un proyecto colectivo que supone el respeto por la autonomía ética de sus integrantes. En ese sentido, fáctica y normativamente ese propósito concluye entre parejas separadas, pero se mantiene respecto a los hijos, frente a quienes la contingencia de la vida en común no es una condición de la tipicidad por la intemporalidad que supone el vínculo entre padres e hijos [...].» (CSJ SP 8064-2017)

De este modo, según ocurrió en este evento, las agresiones suscitadas entre personas que cesaron la construcción de un proyecto de vida conjunto bien pueden constituir afectaciones de otros intereses jurídicos, pero no de la familia, ni de la paz que la sociedad aspira que haya en ella, por cuanto en esos supuestos no puede afirmarse menoscabo de los vínculos de solidaridad y respeto propios de aquel acuerdo.

Ahora, pese a que la Corte Constitucional en la sentencia C-368 del 2014, con cita de la C-674 de 2005, anotó que debe entenderse por violencia intrafamiliar *«todo daño o maltrato físico, psíquico, trato cruel, intimidatorio o degradante, amenaza, agravio, ofensa o cualquier otra forma de agresión contra el natural modo de proceder, con ímpetu e intensidad extraordinarias, producida entre las personas que de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica, aunque no convivan bajo el mismo techo»*, esa acotación debe entenderse dentro del contexto de la providencia que en lo concerniente a esta última premisa, la asoció al parágrafo del tipo penal que prevé como sujeto activo a *«quien no siendo*

*miembro del núcleo familiar, sea encargado del cuidado de uno o de varios miembros de una familia en su domicilio o residencia y realice alguna de las conductas descritas en el presente artículo». Tal acepción en la doctrina, ha llevado a afirmar que el término *violencia intrafamiliar* es impropio y que por eso es más adecuado el de *violencia doméstica*.*

En otras palabras, aquella decisión -citando la C-029 de 2009-, también prevé tratándose de parejas la convivencia bajo un mismo techo como presupuesto para corroborar la confluencia del concepto de unidad familiar, incluyendo además la referencia a la permanencia:

«El legislador, dentro de su libertad de configuración, ha decidido estructurar un tipo penal orientado a sancionar, cuando ocurren en el ámbito familiar, conductas de violencia física o psicológica 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, y 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, por cuanto 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». (Subrayado de la Sala).

En suma, el proceso lógico formal que supone la constatación de hechos concretos frente al tipo del artículo 229 del Código Penal, trasciende la mera observación de algún daño al ser imperativo un examen de las circunstancias individuales de los involucrados de cara al ámbito de protección del injusto, en particular cuando se



trata de ex parejas,¹⁰ siendo las peculiaridades de cada caso las que delimiten en condiciones objetivas la comisión o no de violencia intrafamiliar.

En esa secuencia, en los eventos en los que la unidad y armonía familiar no resulten conculcadas, surge viable sopesar la lesión efectiva del bien jurídico quebrantado desde la integridad personal, la libertad individual, la libertad sexual, sin descartar otros.

Desde la integridad personal, la conducta punible que se materializaría sería la consagrada en los artículos 111 y siguientes del Estatuto Punitivo, referentes a las lesiones personales que incluyen tanto las afectaciones físicas como psicológicas, las que en el contexto de relaciones de parejas que han culminado su vínculo pueden llegar a ser más gravosas que las primeras (coyuntura que de presentarse requerirá de todos modos del soporte suasorio correspondiente).

2.4. Entonces, realizada la distinción entre la violencia doméstica y la violencia de género,¹¹ se advierte cómo en nuestro medio la última encuentra respuesta en la Ley 1761 de 2015, cuyo objeto es *«tipificar el feminicidio como un delito autónomo, para garantizar la investigación y sanción de las*

¹⁰ Noción que incluye a las parejas del mismo sexo (Cfr. sentencia C-029 de 2009).

¹¹ Al hablarse de violencia de género no se excluye que esta pueda provenir de la mujer hacia al hombre, pues la conceptualización *«hace referencia a que la violencia se ha producido por razón del sexo de la persona agredida»* (Corcoy Bidaloso, Mirentxu. Tendencias de la política criminal en materia de violencia doméstica y de género, artículo publicado en Política Criminal y Reforma Penal, Editorial B de F, Montevideo, 2007, página 273 y s.s).

*violencias contra las mujeres por motivos de género y discriminación, así como prevenir y erradicar dichas violencias y adoptar estrategias de sensibilización de la sociedad colombiana, en orden a garantizar el acceso de las mujeres a una vida libre de violencias que favorezca su desarrollo integral y su bienestar, de acuerdo con los principios de igualdad y no discriminación». Esta normatividad, en su artículo 4.º, estableció como causal de agravación punitiva para las lesiones personales, incrementando la pena imponible en el doble, «cuando las conductas señaladas en los artículos anteriores se cometan en niños y niñas menores de catorce años o **en mujer por el hecho de ser mujer**» (Resaltado de la Sala).*

En estas circunstancias, pese a que las múltiples reformas legislativas a las que se hizo alusión evidenciarían dispersión normativa en lo referente a la protección de la mujer por su condición social, por su vulnerabilidad ante la violencia frente a diversas causas; si llega a ser objeto de maltrato, agresión por quien en algún momento hubiese sido su compañero sentimental, una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico penal entendida como aquella que percibe las proposiciones de los textos legales desde la relación que tienen con la institución jurídica de la que hacen parte, conduce a colegir que ese ataque dentro de un ambiente patriarcal, de dominación, subordinación, discriminación, se ajusta con mayor rigor a su condición de mujer más que a la de pareja o ex pareja. Lo cual no descarta la necesidad de acreditar probatoriamente la presencia de tal elemento subjetivo en el autor respecto de la víctima, so pena

de deducirse la citada causal de agravación a partir de criterios proscritos de responsabilidad objetiva, por la llana constatación del sexo. Aspecto examinado por la Corte Constitucional en la sentencia C-297 de 2016, de esta manera:

[...] no necesariamente cualquier tipo de violencia tiene el grado o una presencia objetiva de discriminación que configure los elementos contextuales de la intención de matar por razones de género. Esto, puesto que no toda violencia contra una mujer es violencia de género y aun cuando se trate de violencia de género no todas las acciones previas a un hecho generan una cadena o círculo de violencia que cree un patrón de discriminación que pueda demostrar la intención de matar por razones de género. Por ejemplo, el homicidio de una mujer después de un altercado sobre límites de propiedad de vecinos, no necesariamente evidencia un elemento de discriminación en razón del género que pueda configurar un trato bajo patrones de desigualdad y estereotipos de género, pero sí constituye un antecedente de violencia [...].

[...] Lo anterior, por cuanto el establecimiento de “razones de género” significa encontrar los elementos asociados a la motivación criminal que hace que el agresor ataque a una mujer por considerar que su conducta se aparta de los roles establecidos como “adecuados o normales” por la cultura. [Así,] para entender la elaboración de la conducta criminal en los casos de femicidio, se debe conocer cómo los agresores utilizan las referencias culturales existentes para elaborar su decisión y conducta”¹² y no cualquier tipo de violencia contra las mujeres se adecua a dicha intención».

En ese sentido, en el derecho comparado se encuentra que el Tribunal Supremo Español señaló en su momento cómo no toda violencia física entre parejas debe tenerse automáticamente como violencia de género,¹³ en cuanto es menester que esa conducta sea manifestación de la

¹² ONU Mujeres, la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos en América Central, y la Campaña latinoamericana para poner fin a la violencia contra las mujeres Únete, Modelo Protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio), pár. 137.

¹³ Sentencia 1177 del 24 de noviembre de 2009.



discriminación, de la desigualdad, del despliegue de poder del hombre hacia la mujer:

«Podrían darse situaciones, como las de pelea en situación de igualdad con agresiones mutuas entre los miembros de la pareja, que nada tendrían que ver con actos realizados por el hombre en el marco de una situación de dominio, y que impedirían aplicar la (sic) pluspunción contenida en el art. 153.1 C.P. por resultar contraria a la voluntad del legislador al no lesionar el complejo de intereses que dicho artículo trata de proteger».

Valga aclarar que la Corte no desconoce que las relaciones de pareja constituyen un ámbito en el que se dan con mayor frecuencia agresiones hacia las mujeres, así ha tenido oportunidad de examinarlo la jurisprudencia y el riesgo de que se les haga víctimas se incrementa una vez cesa aquel vínculo, por la actitud de dominio que en ocasiones exhibe el hombre al asumir que la persona con la que sostuvo relaciones sentimentales es de su propiedad.¹⁴ No obstante, lo que se quiere recalcar es que desde la perspectiva de protección del bien jurídico de la familia, no tiene cabida en los supuestos de ruptura de la misma sancionar esa clase de ataques por vía del artículo 229 del Código Penal.

¹⁴ Según el informe FORENSIS 2016 publicado por el Instituto Nacional de Medicina Legal, tratándose de la violencia intrafamiliar, «El 86 % de los casos fue por violencia contra la mujer con una tasa de 213,48 por 100.000 habitantes [...]. «Los agresores más comunes en la violencia contra la mujer son compañeros (o ex compañeros) íntimos de sexo masculino. La violencia de pareja inicia por lo regular durante las relaciones de noviazgo, y en la mayoría de los casos continúa y se acentúa en la vida conyugal; en una proporción importante sigue manifestándose después de terminada la relación, con agresiones hacia la mujer por parte de la ex pareja [...]. El 45,99 % de las mujeres y el 42,62 % de los hombres, manifestaron agresión por su compañero (a) permanente, seguido del ex compañero permanente en el 33,54 % de los hombres y en el 30,86 de las mujeres, lo que va acorde a lo encontrado en PAHO en donde anotan que los agresores más comunes en la violencia contra la mujer son compañeros (o ex compañeros)». Informe Forensis 2016, página 306 y s.s, disponible en <http://www.medicinalegal.gov.co/documents/20143/49526/Forensis+2016.+Datos+para+la+vida.pdf>

2.5. Con estas salvedades, frente a este caso concreto, las referencias acerca del modo en que ocurrieron los sucesos materia de investigación y juzgamiento se compendian en la denuncia¹⁵ y en el informe de los agentes de policía que atendieron el asunto,¹⁶ los cuales sirvieron de base para la emisión de la sentencia condenatoria producto del allanamiento. Al respecto, se indicó en el fallo de primer grado:

*«De acuerdo con las manifestaciones de la víctima el día de los hechos, fue a recoger a su hijo con acompañamiento policial ya que **LUIS ORLANDO** la había agredido y hasta la intentó matar, propinándole dos puñaladas hace tres años, agrega que cuando **LUIS ORLANDO** bajó con su hijo se encontraba acompañado por su progenitora y su hermana, de inmediato comenzó a insultarla y le decía que porqué le hacía eso, de un momento a otro las mujeres se abalanzaron a golpearla y los policías reaccionaron para defenderla, en ese momento **LUIS ORLANDO** se le (sic) manda encima y la golpea en la cara siendo capturado de inmediato».*¹⁷

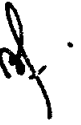
De acuerdo con la *noticia criminis*, el conflicto se suscitó por fallas en la comunicación entre los padres del menor D.A.S.C. en punto del régimen de visitas que habían acordado.¹⁸ Ahora, aunque este contexto podría sugerir la confluencia de un escenario que involucra a la familia,

¹⁵ Cfr. Fl. 39 c.a.

¹⁶ Cfr. Fl. 41 ibídem.

¹⁷ Cfr. Fl. 2 sentencia primera instancia / Fl. 48 ídem.

¹⁸ Indicó la denunciante: «yo llegué a un acuerdo con **LUIS ORLANDO** que él recoge a nuestro hijo [...] los viernes y se queda con el niño el viernes y el sábado y me lo entrega los sábados, este acuerdo lo hicimos verbal y él no cumplió con este acuerdo. Yo lo llamé hoy y él me contestó y me decía palabras groseras, de malas si quiere venga por él y tráigame a la policía, en tono desafiante, yo siempre que voy allá tengo que hacerlo en compañía de la policía ya que tengo medida de protección porque en varias ocasiones **LUIS** me ha pegado y hasta me intentó matar [...] PREGUNTADO: Informe hace cuánto conoce al señor **LUIS ORLANDO**. CONTESTÓ: Hace 8 años, duramos viviendo juntos 6 meses y nos separamos hace 2 años porque me intentó matar pegándome dos puñaladas en el pecho y otra en el brazo, tenemos un hijo de 6 años» (cfr. Fl. 38 id).



nótese que esta fue solo el telón de fondo para un acto de intolerancia por parte del procesado, su progenitora y su hermana hacia la víctima, atizado por el acompañamiento de la policía cuyo efecto disuasivo resultó nulo en ese devenir.¹⁹

Así, la dinámica en la que la señora Caballero Vargas fue lesionada en vez de enmarcarse al quebranto de la paz familiar (inexistente desde que se rompió la relación), obedeció a una riña ordinaria, pues, se subraya, la agresión giró en torno a la entrega del infante.

En consecuencia, la calificación jurídica aceptada por **LUIS ORLANDO ARIZA DURÁN** en la imputación, violencia intrafamiliar agravada por la condición de mujer de la afectada, basada en que tenían un hijo en común pese a la ausencia de convivencia, deriva en la indebida aplicación del precepto que consagra ese tipo penal. En palabras de la Corte:

«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 [...].

¹⁹ «[...] yo llego a la casa de **LUIS** a recoger a mi hijo, yo golpeo la puerta y baja **LUIS** con mi niño y la familia de **LUIS**, la mamá Carmen, la hermana Yeimy, él baja y de inmediato saca el celular y empieza a grabar a los policías y a decir “usted es una (sic) hpta, porque me hace esta mierda siempre es lo mismo”, como yo lo ignoro la mamá y la hermana se lanzan sobre mí y me jalen el cabello, me pegaron cachetadas, en ese momento se mete un policía a defenderme [...] y ya **LUIS** se manda sobre mí y me golpea en la cara [...]» (cfr. Fl. 38 id).

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 [...]. (CSJ SP 8064-2017)

2.6. En todo caso, 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 prohiar 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 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)

M.

2.7. Por consiguiente, ya que se avizora la violación directa de la ley sustancial en razón a que el delito por el que se allanó **ARIZA DURÁN** no se compagina con el comportamiento por él desplegado, esto es, no reúne los mínimos presupuestos de la tipicidad por la que se le sanciona, en condiciones objetivas, normativas y probatorias, la Corte **casará** el fallo impugnado y a continuación examinará las consecuencias de esa determinación, en tanto le corresponde de oficio hacer efectiva la prevalencia del derecho material (artículos 228 de la Constitución Nacional y 180 de la Ley 906 de 2004) frente a un yerro relevante que bien puede explicarse en la ausencia de una postura definida de la Sala en este específico tema, para el instante en que se dictó sentencia.

Aun cuando la hermenéutica que soporta dicho diagnóstico proviene de un pronunciamiento posterior a los fallos auscultados en sede extraordinaria (contexto que se enmarcaría en la causal de revisión consagrada en el artículo 192, numeral 7.º, de la Ley 906 de 2004), la naturaleza del recurso de casación impele a que la solución vigente de cara al problema jurídico que se aborda, sea la que deba tenerse presente a fin de conjurar el vicio (cfr. CSJ SP 16731-2017), en lugar de permitirse la ejecutoria de una decisión que no se acompasa con la legalidad y que tratándose de la materia en cuestión, ha encontrado corrección mediante la rescisión de la cosa juzgada (cfr. por ejemplo CSJ SP 20607-2017).

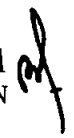


3. Entonces, ya que **LUIS ORLANDO ARIZA DURÁN**, tal como se corroboró en el registro pertinente, durante la formulación de la imputación se allanó a cargos respecto de un *factum* puntual que con la modificación al delito de lesiones personales dolosas no sufriría alteración alguna (por el contrario, este injusto resulta menos gravoso y respeta la calificación jurídica correspondiente desde el componente de legalidad, como garantía fundamental), se mantendrá el alcance de su aceptación de responsabilidad, según se anotó, libre, consciente, informada y autónoma, con la disminución punitiva correspondiente a aquella etapa procesal.

De esta manera, toda vez que el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses le dictaminó a Dayana Liseth Caballero Cárdenas una incapacidad de siete (7) días,²¹ conforme el artículo 112, inciso 1.º, del Código Penal, la pena oscila entre dieciséis (16) y treinta y seis (36) meses de prisión. Ahora, se tendrá en cuenta la agravante contemplada en el artículo 119, inciso 2.º, ibídem, debido a que la Fiscalía explícitamente elevó juicio de reproche en contra de **ARIZA DURÁN** por haber golpeado a su víctima por el hecho de ser mujer, al instante de endilgar la causal de agravación que para la violencia intrafamiliar aparece en el inciso 2.º del artículo 229 ídem, aun cuando ello, como quedó visto, se apoyó en un criterio erróneo.

En este aspecto, en la imputación se hizo mención a la comisión de actos de violencia física antecedente, lo cual,

²¹ Cfr. Fl. 41 id.



desde la perspectiva de género, constituye un contexto de violencia contra la mujer surgida en el marco de relaciones de pareja y de familia que persistió con posterioridad al cese de ese vínculo, situación reportada en la denuncia y de la que se hizo referencia en la sentencia del *a quo*.²² Por ende, al tenor del artículo 60 ídem, los extremos punitivos equivalen a treinta y dos (32) meses el mínimo y setenta y dos (72) el máximo.

De otro lado, si bien la Fiscalía también aludió a la configuración de violencia intrafamiliar por ejecutarse la agresión en presencia de un menor de edad, hijo de los protagonistas de los sucesos,²³ lo cierto es que no agotó una argumentación consistente que permitiera dejar en claro que al infante se le victimizó con esa acción, lo cual, en esas circunstancias, habría dado paso a la figura del concurso.

Por consiguiente, de acuerdo con el artículo 61 de la codificación en cita, el ámbito punitivo de movilidad queda de la siguiente manera:

Cuarto mínimo	Segundo cuarto	Tercer cuarto	Cuarto máximo
32 a 42 meses	42 meses y 1 día a 52 meses	52 meses y 1 día a 62 meses	62 meses y un día a 72 meses

²² En ese sentido, varios de los criterios indicadores de violencia de género previstos en el artículo 104 A, literales a) y e), del Código Penal, aparecen descritos en la denuncia formulada por Dayana Lizeth Caballero Cárdenas: «PREGUNTADO: Informe si es la primera vez que le sucede algo similar con su agresor. CONTESTÓ: No, con esta es la octava vez que me pega y ya me intentó matar, me pegó dos puñaladas. PREGUNTADO: Informe si ya lo había denunciado. CONTESTÓ: Nunca lo había hecho, ya que él me tiene amenazada, él dice que me va a matar, que él se va feliz a pagarme a una cárcel, él me tiene atemorizada [...]. PREGUNTADO: Informe si ustedes en algún momento han hablado sobre los hechos. CONTESTÓ: Tenemos el caso por comisaría de familia de Bosa, con la doctora [...] ella nos lleva el caso [...] anexo copias de la medida de protección [...]» (Cfr. Fl. 38 y s.s c.a).

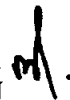
²³ Cfr. audiencia del 31 de agosto de 2015, récord 25:18 y s.s.



Acudiendo a los mismos parámetros sopesados por la juez de primer grado, se impondrá el mínimo fijado para la infracción dentro del primer cuarto, equivalente a treinta y dos (32) meses de prisión, al no enrostrarse en este caso ninguna de las causales de agravación punitiva genéricas previstas en el artículo 58 ídem.

4. Ahora, en cuanto a la reducción punitiva aplicable por el allanamiento a cargos en la formulación de imputación, pese a que la Sala recientemente (CSJ SP 1763-2018) admitió la procedencia del principio de favorabilidad con respecto a los casos de flagrancia en pos de aplicar el tratamiento benéfico que para esa hipótesis contempla la Ley 1826 de 2017 (hasta la mitad de la pena, al tenor del su artículo 16), frente al párrafo del artículo 301 de la Ley 906 de 2004, incorporado por el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011 (1/4 de ese guarismo, o sea 12.5%), se tiene que las lesiones personales agravadas (artículo 119, inciso 2.º, del Código Penal) no se encuentran dentro de la relación de delitos susceptibles de tramitarse bajo la égida del procedimiento especial abreviado (artículo 534 del Código de Procedimiento Penal). En consecuencia, en el *sub examine* no opera aquella conceptualización.

Así las cosas, el monto de treinta y dos (32) meses individualizado en precedencia se reducirá en doce punto cinco por ciento (12.5%) por cuenta del reconocimiento de responsabilidad -atendiendo la situación de flagrancia-, lo que equivale a cuatro (4) meses, quedando como sanción definitiva prisión por veintiocho (28) meses y pena accesoria



de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ese lapso.

5. Acerca de esta última variable, vale la pena anotar que dada la manera en que ocurrieron los hechos podría vislumbrarse la imposición de las penas accesorias incorporadas al artículo 43 del Código Penal por el artículo 24 de la Ley 1257 de 2008, esto es «*la prohibición de aproximarse a la víctima y/ o integrantes de su grupo familiar*» (numeral 10) o «*la prohibición de comunicarse con la víctima y/ o con integrantes de su grupo familiar*» (numeral 11).

Sin embargo, en su momento y a tono con el espíritu de la Ley 294 de 1996, modificada por dicha normatividad, el juez penal municipal con función de control de garantías que conoció del asunto dispuso la adopción de medidas de protección, consistentes en conminar a **LUIS ORLANDO ARIZA DURÁN** a:

«[...] guardar buen comportamiento y abstenerse de realizar la conducta objeto de la queja, o cualquier otra similar contra la persona ofendida u otro miembro del grupo familiar, en especial le quedan suspendidas las visitas al menor acordadas con la víctima hasta cuando se certifique que de acuerdo al tratamiento reeducativo está en condiciones de visitar a su hijo [...].

[...] ordenar al agresor abstenerse de penetrar en cualquier lugar donde se encuentre la víctima y su menor hijo D.S.A.C. [...] dicha limitación result[a] necesaria para prevenir que aquel perturbe, intimide, amenace o de cualquier otra forma interfiera con la víctima o con los menores, cuya custodia provisional le haya sido adjudicada [...].

[...] obligación de acudir junto con su señora madre y hermana a un tratamiento reeducativo y terapéutico en una institución pública o privada que ofrezca tales servicios, a costa del agresor [...].»²⁴

²⁴ Cfr. Fl. 6 c.a.



Aunque pareciera contradictorio referirse al tema, conforme lo expuesto acerca de la no lesión de la unidad familiar ante hechos de violencia entre ex parejas que ya no conviven en la misma residencia, se quiere destacar que existen mecanismos diversos al derecho penal, *ultima ratio*, que resultan idóneos para salvaguardar aquel interés de la sociedad y con los que se prohíba el restablecimiento de la armonía entre dichas personas si en sus disputas confluyen hijos en común, de protagonizar episodios que causen repercusión negativa en su adecuada formación. De ahí que las órdenes impuestas en ese entorno, se ofrecen propicias para solventar esa situación de la mejor manera posible.

En ese orden, se hace un llamado a los funcionarios que conozcan de este tipo de eventos para que antes de acometer la respuesta estatal frente a los mismos a través del *ius puniendi*, verifiquen la procedencia de otro tipo de medidas legales que permitan velar por la protección de la paz familiar en un ambiente pedagógico, constructivista e interdisciplinario que ausculte los motivos por los que se produce esa violencia, a fin de conjurar, en la medida de las circunstancias, los factores que la desencadenan, en lugar de optar con prevalencia por un enfoque represivo concebido únicamente para los sucesos de mayor repercusión y lesividad.

Con ello se evitaría el manejo de esta clase de conflictos con la misma violencia que los generan, teniendo en cuenta el alcance que apareja una sanción penal al individuo y que su imposición conllevaría el efecto contrario, si lo que se

pretende es la unidad y concordia familiar. De hecho, la intervención del Estado en esos supuestos se deslegitimaría de no emplearse distintas alternativas eficaces con ese objetivo y la aplicación inicial de estas herramientas bien podría evitar a futuro, en un buen número de casos, la comisión de acontecimientos más graves.

6. De otro lado, los juzgadores descartaron la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad en virtud de la exclusión consagrada en el artículo 68 A del Código Penal, respecto de la *violencia intrafamiliar*.

Por ende, tiene cabida examinar la viabilidad del subrogado, como quiera que las *lesiones personales* no se encuentran incluidas en el catálogo restrictivo de dicho canon.

Así, el artículo 63 de Estatuto Punitivo, modificado por el 29 de la Ley 1709 de 2014, exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

1. «*Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro (4) años*». Factor objetivo que se satisface en este asunto.

2. «*Si la persona condenada carece de antecedentes penales y no se trata de uno de los delitos contenidos en el inciso 2.º del artículo 68 A de la Ley 599 de 2000, el juez de conocimiento concederá la medida con base solamente en el*

requisito objetivo señalado en el numeral 1.º de este artículo».
En la actuación se evidenció que **ARIZA DURÁN** no cuenta con antecedentes penales,²⁵ lo que hace posible la concesión del instituto a su favor.

En consecuencia, la Corte también casará el fallo en este aspecto y le concederá a **LUIS ORLANDO ARIZA DURÁN** la suspensión condicional de la ejecución de la pena por un periodo de tres (3) años, para lo cual deberá suscribir el acta de compromiso donde conste que acatará las obligaciones señaladas en el artículo 65 del Código Penal y garantizará lo pertinente con caución de un (1) salario mínimo legal mensual, lo que tramitará el juzgado de primera instancia.

No hay lugar a hacer pronunciamiento sobre la libertad, toda vez que pese a que el procesado fue detenido para que cumpliera la sanción irrogada en el proveído de primer grado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá canceló la orden de captura proferida en su contra por cuanto en dicha determinación se condicionó la aprehensión a su ejecutoria y, para aquel momento, estaba pendiente de resolverse la apelación interpuesta respecto de la misma, levantándose la restricción.²⁶

En mérito de lo expuesto, la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

²⁵ Cfr. oficio 481488 del 31 de agosto de 2015 de la DIJIN (Fl. 30 c.a).

²⁶ Cfr. Fl. 3 y s.s cuaderno Tribunal.

RESUELVE

PRIMERO: **CASAR** la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá -Sala Penal- el 29 de marzo de 2016.

SEGUNDO: **CONDENAR** a **LUIS ORLANDO ARIZA DURÁN** a la pena principal de veintiocho (28) meses de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, como autor responsable del delito de lesiones personales agravadas, de conformidad con el allanamiento a cargos que expresó en la audiencia de formulación de imputación y en los términos indicados en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: **CONCEDER** la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad a **LUIS ORLANDO ARIZA DURÁN** por un periodo de tres (3) años, previa suscripción de diligencia de compromiso y el otorgamiento de caución por un (1) salario mínimo mensual, para lo cual se comisiona al juzgado de conocimiento.

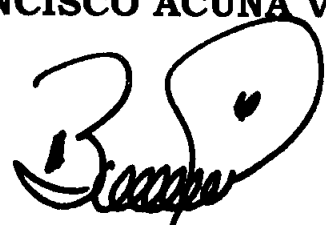
Contra la presente decisión no procede ningún recurso

Notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase

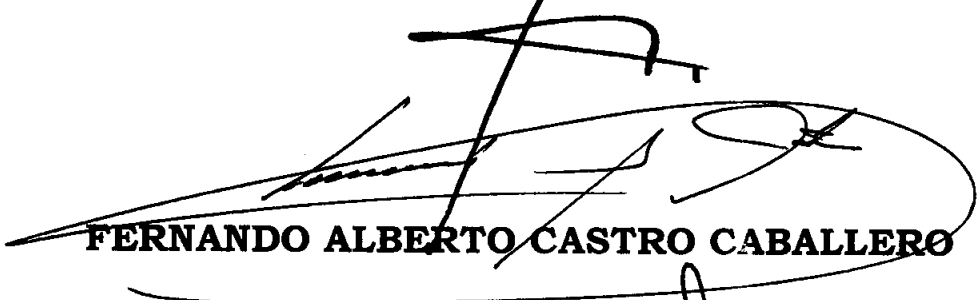
LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA
Presidente



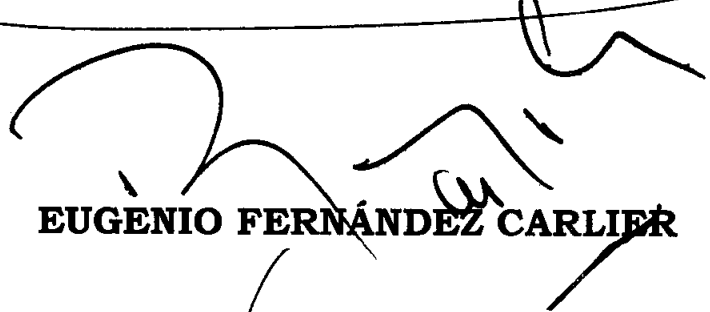
JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA



JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO



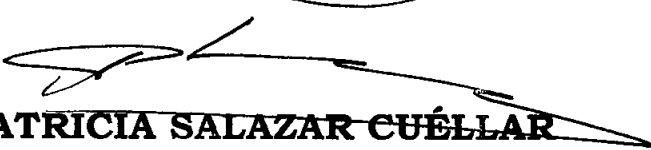
FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO



EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER



EYDER PATIÑO CABRERA



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR



LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO



NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

