



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Secretaría Sala de Casación Penal

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Magistrado ponente

Radicado #50899
Acta 87

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil veinte (2020).

VISTOS:

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor de **Oscar Jaime Cano Ramírez**.

HECHOS:

El 17 de noviembre de 2012, L, la hija adolescente de **Oscar Jaime Cano Ramírez**, le entregó el boletín de calificaciones en el que se certificaba que había perdido el año escolar por tercera vez. Una semana después, algo embriagado, **Oscar Jaime Cano Ramírez** le recriminó su falta de compromiso, recibiendo una respuesta insultante por parte de su hija, que terminó en una discusión que la niña zanjó yéndose a casa de sus familiares.

Al día siguiente, L escuchaba música a alto volumen con su hermana Tatiana, mayor de edad, a sabiendas que mortificaría a su padre, lo cual generó un conflicto en el

marco del cual Tatiana empleó un lenguaje procaz, dando lugar a un cruce de agresiones entre ellas y su progenitor.

Sucedió que ante el reclamo de **Oscar Jaime Cano Ramírez** por el ruido, Tatiana le dijo que era un “*hijueputa*” y eso causó la reacción de su papá, quien le lanzó un objeto que a su vez su hija no solo respondió en igual forma, sino que se le abalanzó y arañó, recibiendo el respaldo de L, a quien en el forcejeo, **Oscar Jaime Cano Ramírez** le lanzó con la mano un golpe en la espalda.

Actuación procesal:

1.- El 25 de noviembre de 2012, ante el Juzgado Tercero Penal Municipal de Envigado, se realizó la audiencia de legalización de captura de **Oscar Jaime Cano Ramírez**, y de imputación por el delito de violencia intrafamiliar agravado – artículo 229, inciso 2º, del Código Penal—, cargo que el imputado no aceptó.

No le fue impuesta medida de aseguramiento.

2.- El 25 de febrero de 2013, el Juez Segundo Penal Municipal de Envigado llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación, y el 18 de abril del mismo año la preparatoria.

El 11 de julio de 2013 se inició el juicio oral que concluyó el 11 de febrero de 2014, con el anuncio del sentido absolutorio del fallo por falta de antijuridicidad material.

El 4 de marzo del mismo año, el juzgado profirió la **sentencia absolutoria** en el sentido indicado.

3.- El 22 de junio de 2016, al resolver el recurso interpuesto por el apoderado de víctimas, el Tribunal Superior de Medellín revocó la sentencia. En consecuencia, **condenó por primera vez a Oscar Jaime Cano Ramírez** como autor del delito de violencia intrafamiliar agravada, a la pena principal de seis años de prisión.

Le negó la suspensión condicional de la pena y la prisión domiciliaria.

4.- El defensor interpuso dentro del término legal el recurso extraordinario de casación.

DEMANDA DE CASACION:

Formula dos cargos.

En el **primero**, con fundamento en el numeral 1 del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, demanda la ilegalidad de la sentencia por aplicación indebida del artículo 229 del Código Penal y falta de aplicación del artículo 11 del mismo estatuto.

Señala que el juez de primera instancia consideró que el maltrato del padre a las hijas y las lesiones que les

ocasionó no vulneran la unidad familiar. La conducta, estimó el juez, carece de antijuridicidad material.

Apoyado en esa conclusión y en decisiones de la Corte, el demandante sostiene que no todo acto brusco o violento, físico o síquico, vulnera la unidad familiar, y menos cuando el padre se limita a reprender a su hija en ejercicio del derecho de corrección..

Agrega que se debe indagar cuál era la finalidad que el padre perseguía con la reconvención: se trataba de reclamar respeto, no de afectar la unidad familiar.

De otra parte, aduce que se debe analizar el exceso en las causas de justificación e incluso un error invencible, al obrar con la convicción de que la conducta está permitida, o, en su defecto, impregnada de profundas situaciones de marginalidad que incidieron en su ejecución.

Estas alternativas fueron ignoradas por el Tribunal, con lo cual, en lugar de proteger a la familia, termina afectándola.

En el **segundo cargo**, con fundamento en el numeral 3 del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, demanda la sentencia por haber incurrido en un error de hecho por falso juicio de identidad.

Transcribe apartes de la sentencia para mostrar que es equivocado sostener que la agresión comenzó un “*día anterior a los hechos del 24 de noviembre de 2012*” y que el detonante de

dicho comportamiento fue la deficiente respuesta escolar de una de las hijas del acusado, con lo cual se da a entender que la agresión persistió en el tiempo, finalizando el día en que golpeó a sus hijas.

Según el recurrente, si bien el acusado se disgustó disgustado por el rendimiento académico de L, la discusión se originó por la molestia que le causó el hecho de que, luego de ingerir licor la noche anterior, sus hijas colocaran a alto volumen el equipo de sonido para mortificarlo e insultarlo.

Ante la actitud grosera de sus hijas y las ofensas de Tatiana, su hija mayor, el acusado, sostiene el recurrente, no hizo nada distinto a ejercer el derecho de corrección ante una ofensa actual, real e inminente. No era su deseo afectar la paz y unidad familiar, sino reaccionar ante el maltrato y el agravio.

De todo ello concluye que el Tribunal hizo una equivocada apreciación de la conducta y una adecuación jurídica desacertada, lo que justifica la necesidad de que la Corte determine si en esas condiciones y circunstancias se vulneró la unidad familiar.

Audiencia de sustentación:

Defensor:

Reafirma que al analizar la conducta se debe ponderar el derecho de corrección frente a las agresiones de los hijos.

El derecho penal no se puede convertir en un catálogo de sanciones que producen un innecesario desequilibrio de la unidad familiar.

El derecho penal está para sancionar comportamientos graves y no actos esporádicos que no corresponden a una ilegalidad penal. Desde esa perspectiva, considera necesario establecer si el que se juzga es un hecho doméstico influido por temas pasionales, que pueden generar un desequilibrio menor que no afecta la unidad familiar.

Sostiene que se debe valorar la conducta como una respuesta proporcional a las agresiones de las hijas. En la sentencia, sin embargo, se aplicó indebida y formalmente el tipo penal de violencia intrafamiliar, al ignorar el motivo que llevó al padre a reaccionar de esa manera, y se apreció la antijuridicidad del injusto en forma equivocada.

Concluye que en este caso la conducta es una respuesta del padre a la afrenta de sus hijas, y por lo mismo la acción se expresa como el ejercicio de un derecho legítimo.

Solicita que se case la sentencia recurrida y se absuelva a su representado.

Concepto de la Procuradora Tercera Delegada en lo Penal:

Solicita casar la sentencia y mantener en firme el fallo absolutorio de primera instancia.

Considera que no existe tipicidad subjetiva. No se presentó ánimo de causar daño a la unidad familiar. El juicio permitió comprender que se trata de un papá responsable y que se produjo un altercado coyuntural, en el que aún de considerar desproporcionada la reacción, no concurre el estándar probatorio para condenar

Explica que es necesario examinar la falta de lesividad de la conducta frente a conductas intrascendentes para el bien jurídico, como lo ha indicado la Sala, entre otras, en la SP del 20 de marzo de 2019, Rad. 46935.

En su criterio, el Tribunal consideró que se presentó un maltrato físico entre integrantes del grupo familiar. Para el juez colegiado, los golpes en todas sus manifestaciones constituyen abuso físico. Desde ese margen, para el juez de segundo grado, la conducta es objetivamente típica.

No obstante, al juzgar el caso deben considerarse los siguientes elementos: primero, el reclamo verbal a la menor por su bajo desempeño escolar. Ese momento, dice, se produjo en un estado de tensión y bajo los efectos del alcohol, en medio de un cruce de palabras ofensivas con sus hijas.

Segundo, el comportamiento del padre. La ex cónyuge y Tatiana, una de sus hijas, explicaron que su padre no las trataba mal, era ejemplar y el rendimiento de su hija fue la causa de su malestar.

Un tercer momento caracterizado por la conducta sumamente ofensiva de Tatiana, impregnada de palabras soeces y grotescas contra el padre.

En su opinión, el Tribunal sitúa el comportamiento en un contexto fáctico diverso al que surge de la apreciación de la prueba.

Tatiana, la hija mayor, adujo que este episodio fue coyuntural y que su padre es quien vela por ellas después de la separación de su madre, hecho que dice ocurrió mucho antes. El Tribunal tampoco consideró que Tatiana insultó al padre con expresiones vulgares y le tiró un frasco de pastillas, lo que provocó la respuesta del agredido. Ni valoró que en este momento intervino L, atacando también al progenitor, quien le propinó una palmada en la espalda como respuesta.

De manera que en su concepto la conducta es típica pero no dolosa subjetivamente. No existe intención de lesionar el bien jurídico. Se configura un error frente al tipo subjetivo.

En consecuencia, fue acertada la decisión de primera instancia que absolvió al acusado.

Fiscalía Delegada ante la Corte

Acompaña la solicitud del demandante y la petición del Ministerio Público.

Frente al primer cargo, refiere que pone en evidencia la preocupación de encontrar límites para establecer en qué condiciones se puede considerar una agresión menor lesiva de la unidad familiar.

Explica que en algunos pronunciamientos la Corte se ha aproximado al tema y bajo esa comprensión hay lugar a casar la sentencia. Así, en la SP 20 de marzo de 2019, Rad. 46935, la Corte señaló que la violencia intrafamiliar no está exenta de juicios de valor en relación con la insignificancia de ciertas conductas frente a la unidad familiar como bien jurídico objeto de protección. Según la Sala, no cualquier acto violento entre familiares menoscaba el bien jurídico y es delito. En este caso, la reconstrucción en contexto de la conducta, permite inferir que no existe lesión a la unidad familiar.

Acepta que L fue golpeada y sufrió secuelas menores. Explica que si bien ese comportamiento puede considerarse desproporcionado, es en sí mismo coyuntural, causado por un padre de familia que se hizo cargo de sus hijas. Antes de ese episodio, dice, se demostró que no se presentaron hechos similares y que incluso la separación de su pareja no fue por malos tratos, sino por circunstancias explicables en la vida de relación en pareja.

Por esas razones, en su opinión, no se vulnera la unidad familiar.

En relación con el segundo cargo, la Fiscalía considera que la defensa acierta al sostener que no existe lesividad.

Estima que el maltrato se configuró típicamente, pero no hubo puesta en riesgo o lesión para la unidad familiar. La conducta es una respuesta a agresiones concretas de las hijas, de modo que la sanción penal en estas circunstancias es desproporcionada. La protección a la familia no es solo penal. Así lo ha explicado la Sala en la SP del 7 de junio, Rad. 48047.

En consecuencia, pide casar la sentencia y absolver al acusado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Primero. El demandante formuló dos cargos contra la sentencia de segunda instancia mediante la cual el Tribunal condenó por primera vez al acusado.

En el **primero** denunció la violación directa de la ley, y sin definirse, postuló varias soluciones: la ausencia de lesividad de la conducta, la falta de aplicación del inciso segundo del artículo 32 del Código Penal, por actuar con exceso en las causas de justificación, la inaplicación de las normas que regulan el error de prohibición, y por último, la falta de aplicación del artículo 56 del mismo código, por obrar bajo influencia de profundas circunstancias de marginalidad.

En el **segundo cargo** demandó la violación indirecta de la ley por haber incurrido el juzgador en un error de hecho por falso juicio de identidad. Esto habría llevado a fraccionar la conducta, confiriéndole a cada momento una autonomía que no tiene. Como consecuencia de ese error, dice, el Tribunal desconoció que **Oscar Jaime Cano Ramírez** fue objeto de una agresión que lo llevó a actuar en el marco del derecho de corrección ante la *agresión* de sus hijas.

La Sala admitió la demanda pese a la impropiedad con que fueron formulados los reproches. No se referirá a esas carencias. Los analizará en función de realizar los fines de la casación y la garantía de doble conformidad, toda vez que el acusado fue absuelto en primera instancia de los cargos por los cuales fue acusado.

Segundo. Está probado que la hija menor del acusado había perdido dos veces el noveno año y que le informó a su padre de una tercera vez. Este hecho fue el origen de los altercados. Así lo explicó su hija Tatiana Cano, y Aleyda Valencia, su ex esposa.

Acerca de lo que sucedió el 24 de noviembre de 2014, la única prueba directa es el testimonio de Tatiana Cano, la hija mayor del acusado. Ninguna otra permite comprender cómo surgió y se desarrolló el conflicto. Los agentes de policía apenas conocieron de segunda mano la situación por el comentario que les hizo la mencionada. Según ella, su padre, quien había bebido la noche anterior, se sintió mortificado con el alto volumen de la música y ello desencadenó el problema.

En sus palabras:

¿Cómo era su relación con Oscar Cano?

Buenas

¿Había algún problema entre la familia?

Mis padres estaban en proceso de separación, no dormían juntos y mi hermanita perdió el año.

Sobre la conducta:

“Eso fue el sábado, bueno, días antes a mi hermanita le habían entregado notas y había perdido el año. Mi papá estaba con rabia, ellos se trataron malquito ese día, porque mi hermanita es muy grosera. Mi hermanita se fue a amanecer donde mi tía, nosotros no supimos nada de lo que había pasado, pero nos fuimos para donde ella. Ese día amanecemos donde mi tía y al día siguiente nos fuimos a la casa, mi papá había bebido y llegó como a las doce de la noche: Nosotros nos acostamos, llegó a tocarme la puerta para que le abriera y sacar música, y listo, no le abrí, mi mamá me pidió el favor que le abriera y se fue a escuchar música. Mi mamá se fue a trabajar y pusimos música y mi papá se levantó a apagarla, entonces yo empecé a tratarlo mal y él a mí, y todo se fue a los golpes.

Estaba furioso porque como no había dormido toda la noche se molestó con la música, apagó el equipo... yo le dije que respetara que era un hijueputa, que por qué nos tenía que tratar así.

Se acercó a la cocina y había un plato del pajarito y nos lo tiró a nosotros, y yo le tiré un tarro de pastillas, él se vino a empujarme, y yo lo aruñaba, y él se fue por una correa y me pegó con ella, y mi hermanita se acercó a defenderme y le pegó una cachetada.”

El concepto médico legal (hecho estipulado) corrobora en parte ese relato, al destacar los rastros de violencia contra L:

“Equimosis rojiza de 10 por 7 cm, que dibuja la forma de una palma de la mano y los dedos del 2 al 5, ubicada en región escapular lateral izquierda en sentido transverso, con las digitaciones apuntando a la línea media posterior.”

El investigador Carlos López García, al referirse a las diligencias que realizó acerca del tema, después de reconocer el informe respectivo, dijo lo siguiente:

“La señora manifestó que no deseaba seguir con el procedimiento. Eso fue lo que ellos manifestaron en la ampliación de la denuncia.

Sobre la entrevista a Tatiana Cano, dijo:

“Ella me manifestó que no está interesada en seguir con el proceso, que el papá ha hecho unos cambios muy buenos, y se van a vivir con su mamá y no van a tener cambios con el padre... Siempre manifestaron no querer seguir con la denuncia.

Agregó lo siguiente:

Por labores de vecindario se constató que el señor no bebía y no se habían percatado de hechos de violencia. No realizó anotaciones de testigos porque dijeron que eran problemas de familia.

Aleyda Valencia, esposa del acusado, declaró:

“Las relaciones de nosotros, estábamos más o menos, porque hablamos de que nos íbamos a separar, pero no por esto.

Sobre lo que ocurrió ese día:

“Lo que Tatiana me pudo decir por ahí por encimita era que había tenido un problema con el papá, que cuando yo salí de casa él se quedó dormido, pero como él se había quedado hasta tarde, ellos también querían incomodar a él, y le pusieron música, según lo que dijeron, que apagaran el equipo, que no quería escuchar música...

Me di cuenta de los hechos cuando ellas ya habían llamado a los policías. Tatiana tenía unas marcas de correa, L solo los dedos así marcados, pero ella me dijo que por separar a Tatiana y al papá la había marcado.

Cómo reprendía a sus hijas:

“De pronto les hablaba, pero cuando L no le paraba muchas bolas porque es más bien rebelde, él si utilizaba la correa para reprenderlas a ellas, no de castigo, sino para templarlas un poquito.”

3.- El artículo 229 del Código Penal describe la conducta de violencia intrafamiliar en los siguientes términos:

Artículo 229-. Violencia intrafamiliar (modificado por el artículo 33 de la Ley 1142 de 2007). El que maltrate física o psicológicamente a cualquier miembro de su núcleo familiar incurrirá, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor, en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años.

La pena se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes cuando la conducta recaiga sobre un menor, una mujer, una persona mayor de sesenta y cinco (65) años o que se encuentre en incapacidad o disminución física, sensorial y psicológica o quien se encuentre en estado de indefensión.

Parágrafo. A la misma pena quedará sometido quien, no siendo miembro del núcleo familiar, sea encargado del cuidado de uno o varios miembros de una familia en su domicilio o residencia, y realice alguna de las conductas descritas en el presente artículo.

A partir de la elaboración del concepto de conducta (artículo 9 del Código Penal) y de la antijuridicidad como efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico (artículo 11 de la Ley 599 de 2000), se puede sostener que para que exista injusto no es suficiente con demostrar la adecuación de

la conducta a un tipo penal.¹ Ese punto de partida y las nociones de insignificancia y ausencia de lesividad, le sirven al censor para cuestionar la aplicación indebida del artículo 229 del Código Penal y la interpretación errónea del artículo 11 del mismo estatuto, cuestión en la que sustancialmente la Fiscalía y la Procuraduría están de acuerdo.

Curiosamente no lo está el defensor de víctimas, pese a que éstas tampoco están interesadas en que se juzgue a su padre por el comportamiento por el cual se le acusó.

Tercero. No toda conducta que se adecúa a un tipo penal es antijurídica. Así, para poner un ejemplo, portar droga para autoconsumo no lo es. No lo es, aun cuando el artículo 376 del Código Penal sanciona el hecho de portar sustancias psicotrópicas. La razón de que no lo sea obedece a que el comportamiento que interesa al derecho penal es el que interfiere bienes jurídicos de otros y no los que no afectan derechos de los demás.² Tampoco lo es la conducta que no ofende o pone en peligro *significativamente* el bien jurídico.³

Alrededor de este tema, en la SP del 13 de mayo de 2009, Radicado 31362, la Sala, retomando el principio del daño del

¹ Cfr. SP del 21 de abril de 2004, Radicado 19930.

² C 491 de 2012

³ “Alrededor de esa discusión existe algún grado de consenso en que, por el grado de desarrollo de una cultura en torno al respeto a los derechos humanos, la idea de protección de bienes jurídicos que subyace a la idea de intervención penal es la que mejor se aviene con una teoría liberal de la cuestión penal, sobre todo si se asume, como lo señala Roxin, que “la penalización de una conducta tiene que poseer una legitimación distinta de la que le otorga la mera voluntad del legislador.” Por eso, los referentes materiales de la prohibición son “realidades o fines que son necesarios para una vida social.”

derecho anglosajón, resaltó la idea de alteridad de la conducta y de interferencia contra bienes jurídicos como centro del injusto. Indicó lo siguiente:

“El hecho de vivir en sociedad hace indispensable que cada uno se obligue a observar una cierta línea de conducta para con los demás. Esta conducta consiste, primero, en no perjudicar los intereses de otros; o más bien ciertos intereses, los cuales, por expresa declaración legal o por tácito entendimiento, deben ser considerados como derechos (...) Tan pronto como una parte de la conducta de una persona afecta perjudicialmente a los intereses de otra, la sociedad tiene jurisdicción sobre ella y puede discutirse si su intervención es o no favorable al interés general. Pero no hay lugar a plantear ésta cuestión cuando la conducta de una persona no afecta, en absoluto, a los intereses de ninguna otra (...) En tales casos, existe perfecta libertad, legal y social, para ejecutar la acción y afrontar las consecuencias (...)

De otra parte, existe un relativo consenso en sostener que no es antijurídica la conducta que no lesiona o pone en peligro efectivo, o no ofende *significativamente* un bien jurídico, entendido como síntesis de una relación social prejurídica y dialéctica que por su importancia para satisfacer derechos fundamentales, el legislador selecciona y protege.⁴

De allí que, en palabras de la Sala:

“... el derecho penal sólo tutela aquellos derechos, libertades y deberes imprescindibles para la conservación del ordenamiento jurídico, frente a los ataques más intolerables que se realizan contra el mismo, noción en la que se integran los postulados del carácter fragmentario del derecho penal, su consideración de última ratio y su naturaleza subsidiaria o accesorio, conforme a los cuales el derecho penal es respetuoso y garante de la libertad de los ciudadanos, por lo cual sólo ha de intervenir en casos de especial gravedad y relevancia, ante bienes jurídicos importantes y cuando,

⁴ Cfr. Bustos Ramírez y Hormazábal Malaré. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*. Editorial PPU. Barcelona. 1991.

los demás medios de control resultan inútiles para prevenir o solucionar los conflictos, esto es, reclamando como necesaria la intervención del derecho penal.”

El quid de la cuestión radica, entonces, en cómo determinar el contenido o alcance de la *insignificancia* de la lesión o del peligro efectivo. En cómo hacer realidad en la praxis una elaboración teórica que sirva para modular la respuesta punitiva frente a comportamientos formalmente típicos, pero no materialmente antijurídicos.

En ese propósito, al referirse al injusto de violencia familiar, a su contenido y desvalor, en la SP del 20 de marzo de 2019, Radicado 46935, la Sala reiteró lo expresado en la SP del 5 octubre de 2016, Radicado 45647, en el sentido de que la conducta puede ser la manifestación de uno o varios actos “*trascendentes*,” vocablo que da a entender que no se trata de sancionar cualquier acto disfuncional al interior del núcleo familiar.

Expresamente señaló lo siguiente:

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

En el fondo de esta tesis subyace la idea de que la tipicidad no se emplea solamente para verificar si una conducta se subsume objetivamente en un tipo penal; también sirve para excluir aquellos casos en que no media

conflicto o los que son intrascendentes.

Con este objetivo, en la SP del 5 octubre de 2016, Radicado 45647, la Sala estimó que la lesividad del injusto de violencia intrafamiliar se puede examinar, entre otros, a partir de los siguientes elementos objetivos:

“... sin tratarse de una lista cerrada ni taxativa, la Sala esboza estos factores objetivos de ponderación para el análisis lógico situacional de cada caso:

(i) Las características de las personas involucradas en el hecho. Más allá de la constatación de que los sujetos activo y pasivo de la conducta cumplen con la condición requerida por el tipo del artículo 229 del Código Penal (es decir, pertenecer ambos al mismo núcleo familiar), se deben estimar los rasgos que los definan y vinculen ante la institución social objeto de amparo (la familia). En tal sentido, serán relevantes factores como la edad, posición dentro de la institución, relación que tenían los implicados antes del evento, etc.

(ii) La vulnerabilidad (concreta, no abstracta) del sujeto pasivo. Como factor de particular importancia dentro de los indicados, será prevalente la debilidad manifiesta que pueda predicarse en la supuesta víctima, ya sea en razón de su sexo, edad, salud, orientación, dependencia económica o afectiva hacia el agente, etc. De ahí es posible establecer una relación directamente proporcional entre una mayor vulnerabilidad del sujeto pasivo y una mayor afectación o menoscabo del bien.

(iii) La naturaleza del acto o de los actos que se reputan como maltrato. Se trata de la apreciación del daño o puesta en peligro concreto del objeto material de la acción. Ello implica que la lesividad de un comportamiento se analizará en función de los intereses de las personas involucradas, como se dijo en CSJ SP, 13 mayo 2009, rad. 31362. Por ejemplo, la bofetada de un padre contra su hijo tendrá menos relevancia que un acto que le produzca incapacidad médica o daño psicológico.

(iv) La dinámica de las condiciones de vida. Aparte de la situación concreta de cada sujeto de la conducta, son de igual importancia datos como la vivienda en donde opera el núcleo, su estrato social, el rol de los demás integrantes de la familia, así como todo evento propio de la convivencia que incidiera en la producción del resultado.

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

Lo anterior permite mostrar que el injusto de violencia intrafamiliar esta matizado por un fuerte acento valorativo. Los rastros de la agresión, física o síquica, son un elemento que sirve para cotejar desde el plano objetivo la gravedad de la conducta, pero en principio no son el delito en sí mismo, pues el núcleo de la conducta consiste en sancionar agresiones que lesionan o ponen en peligro la *relación familiar* mediante *la violencia*, como dice la norma, y no la integridad personal, un bien jurídico distinto.

En este entendido, menciones a actos que podrían ser insignificantes, como la palmada del padre al hijo, situación a la cual se refiere la providencia indicada en el párrafo (iii), puede no ser significativa como lesión pero es igualmente disvaliosa, si se manifiesta en un contexto de humillación, lo cual muestra la imposibilidad de encontrar formulas uniformes frente a actos en principio similares desde su aislada objetividad.

Precisamente, para no magnificar el resultado pero tampoco para desestimarlos ciñéndose solo a datos objetivos que provienen del examen de las lesiones, como el núcleo del injusto de “*violencia intrafamiliar*” protege la relación social edificada en la familia como “*proyecto de vida colectivo y solidario*,

y en el respeto sentido y recíproco por la autonomía ética de quienes la conforman,”⁵ la Corte ha hecho hincapié también en la necesidad de averiguar el contexto en el que la violencia surge, con el fin de identificar y deslindar las conductas delictuales de las que no lo son.

Con la aclaración de que el contexto en sí mismo no es una prueba -entendido como método de análisis de realidades complejas—⁶, ni tampoco un elemento estructural de la conducta que se estudia, la historicidad de la conducta para mostrar el entorno en que se producen las ofensas a través de medios de prueba válidamente incorporadas al juicio, es un método de investigación que no se puede desestimar para encontrar la verdadera trascendencia del acto.

Así debe entenderse el sentido de la expresión contexto empleado en la SP del 1 de octubre de 2019, rad. 52394, en la cual la Sala indicó lo siguiente:

“La investigación del contexto puede resultar determinante para establecer la relevancia jurídico penal de cierto tipo de agresiones, que pueden no tenerla si los hechos se analizan aisladamente, pero pueden ser de la mayor gravedad cuando corresponden a patrones sistemáticos de agresión, lo que adquiere mucha más relevancia en los casos de violencia psicológica o económica...”

También señaló que:

⁵SP del 7 de junio de 2017, Radicado 48047.

⁶ En la SP del 25 de noviembre de 2015, Rad. 45463 se expresó frente a delitos de macro criminalidad que: “si la responsabilidad penal es individual, el contexto no puede corresponder a una prueba, en tanto, se reitera, aquél da cuenta de un conjunto de situaciones, de un cuadro, de un proceder que no basta por sí mismo para derivar responsabilidad penal a persona alguna.”

“En los casos de agresiones mutuas (que es la hipótesis aceptada por el Tribunal en el presente caso), la determinación del contexto resulta fundamental para establecer si la acción violenta de la mujer constituyó una reacción o mecanismo de defensa frente a las agresiones sistemáticas a que había sido sometida, o si, por el contrario, constituye un comportamiento injustificado, que incluso puede ser relevante desde la perspectiva penal, sin que pueda descartarse la coexistencia de conductas violentas atribuibles a los integrantes de la pareja, que eventualmente puedan conducir a la penalización de cada uno de ellos.” (Paréntesis en el texto)

El alto componente valorativo del injusto de violencia intrafamiliar, además, se pone de presente con el hecho de que, según se dijo en la decisión que se acaba de mencionar, la agravante cuando la violencia se ejerce contra la “mujer” (*inciso segundo del artículo 229 del Código Penal*), no se estructura a partir del solo dato fáctico. La agravante, según la Sala:

“... está supeditada a la demostración de que la conducta constituya violencia de género, en la medida en que sea producto de la discriminación de las mujeres, del hecho de considerarlas inferiores, de su cosificación y, en general, cuando la conducta reproduce la referida pauta cultural que, con razón, pretende ser erradicada.”

Y si es niño, o una persona de la tercera de edad, la comprobación del estado de desigualdad o de indefensión de la víctima.

Eso demuestra, entonces, que la facticidad -el mero resultado o la expresión objetiva de la conducta— es un elemento para apreciar la magnitud del injusto, y que el delito de violencia intrafamiliar se estructura a partir no solo de ese dato fenomenológico, sino de cómo se entienda la lesión o peligro efectivo contra el bien jurídico como relación social protegida por la norma penal, que es en últimas lo que permite

dimensionar la antijuridicidad del comportamiento o su insignificancia, y de ahí que, como se acaba de indicar, no todo acto de violencia contra la mujer conlleva la aplicación de la agravante.

Cuarto. Lo anterior enseña la dificultad de encontrar una solución única o de establecer reglas inflexibles a la hora de determinar la insignificancia de conductas con una alta carga valorativa. De allí que no se pueda afirmar, como lo sugiere el demandante, que el Tribunal haya infringido la ley por haber interpretado erróneamente el artículo 11 del Código Penal. Pero eso no significa que no se pueda explorar otras opciones dogmáticas, entre las que se incluye la valoración del comportamiento desde la perspectiva de las causas de ausencia de responsabilidad, un buen escenario para examinar la relevancia jurídico penal de la conducta.

Desde esta perspectiva, véase que el numeral 10 del artículo 32 del Código Penal, señala que se excluye la responsabilidad cuando:

“se obra con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa.”

La teoría dominante, tratándose del error mencionado, prevé, a la manera de la teoría de los elementos negativos del tipo, que si alguien obra con la creencia de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluye la responsabilidad, sus efectos se equiparan al error de tipo, es decir, como si obrara bajo la convicción errada de que no

concorre en su hacer un hecho constitutivo de la descripción típica, evento en el cual si es invencible es impune, como también si la ley no lo ha previsto como culposo en caso de ser vencible.⁷

Tal conclusión se deriva del hecho de que el autor cree obrar justificadamente: en el sentido del derecho positivo existente, dice Jescheck, quien como ejemplo señala el caso del padre que interpreta equivocadamente una falta del hijo objeto de corrección.⁸

Pues bien:

Fácticamente, la conducta, por haberse suscitado en el entorno familiar, se sitúa en el artículo 229 del Código Penal, bajo la consideración de que este tipo penal describe como delito el maltrato *físico o psicológico a cualquier miembro del núcleo familiar*.

Esa conclusión, por supuesto, corresponde a la lectura

⁷ *Acerca de la solución dogmática frente al error sobre las causas de justificación, la solución dogmática varía según la teoría del delito que se adopte. En principio, según la teoría del dolo, conforme a la cual el conocimiento de la antijuridicidad forma parte integral del dolo, los problemas de error de tipo y de prohibición se resuelven unitariamente: en ambos casos se excluye la culpabilidad. La teoría de los elementos negativos del tipo, por su parte, concibe las causas de justificación como componentes negativos del tipo, y por lo tanto aplican al error sobre el tipo permisivo las mismas consecuencias del error de tipo. En tercer lugar, la teoría estricta de la culpabilidad, a partir de distinguir entre el dolo neutro o avalorado que forma parte del tipo, considera que los errores de prohibición, en caso de ser invencible excluye el reproche, y sin son vencibles atenúan la pena. Finalmente, la teoría limitada de la culpabilidad, sostiene una postura similar a la teoría de los elementos negativos del tipo: a los errores sobre los presupuestos de una causa de justificación se solucionan a la manera de un error de tipo. Acerca de estos temas, Cfr. SP del 13 de julio de 2005, Rad. 20929, y SP del 19 de mayo de 2008,*

⁸ *Jescheck Hans Heinrich, Weigend Thomas, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Ed. Comares, Granada, 2002, Página 499.*

gramatical de la conducta y del tipo. Desde este punto de vista, eso llevaría a sostener que si la conducta del padre es típica, también lo sería la de su hija Tatiana, quien admitió que fue partícipe de ese tipo de ofensas y maltratos, fáctica y objetivamente equivalentes. No otra sería la consecuencia de una visión del conflicto desde la lógica formal, y el efecto necesario de ese enfoque llevaría a que se procese a la hija mayor de edad por la misma conducta por la cual fue juzgado su padre.

En la demanda se alegó que el acusado obró en el margen del derecho de corrección, y la Procuradora y la Fiscal delegadas ante la Corte, si bien no participan de ese criterio, están de acuerdo en que la sentencia se debe casar, bien sea por ausencia de tipicidad subjetiva o ya por la insignificancia de la agresión.

Hay que considerar, en casos como el que se juzga, de mutuas ofensas, ambas objetivamente tenues y quizá mucho más ofensiva en el lenguaje y en palabras la de la hija que la del padre, que la legitimidad de las decisiones judiciales requiere un manejo dúctil de las categorías dogmáticas, con el fin de ofrecer respuestas que sean a la vez formalmente correctas y materialmente justas. Desde esa consideración, la relación entre la agresión y la réplica se deben analizar en el contexto en que se producen —como lo ha indicado la Sala en las decisiones transcritas—, con la necesaria ponderación de los derechos en conflicto y la intensidad de las agresiones y las respuestas.

En ese orden, si la conducta no tuviese como marco conceptual la unidad familiar, las agresiones que ahora se aprecian no tendrían una importancia mayor e incluso podrían emplearse las más variadas soluciones para evitar la intervención penal frente a un comportamiento de esa dimensión. Pero como está de por medio la unidad familiar como realidad social protegida normativamente, la conducta en este caso se explica como el comportamiento de quien obra con la creencia de que ante el irrespeto y agresión, puede reaccionar de la misma manera como es ofendido.

En el proceso está acreditado el comportamiento altamente ofensivo y las desmedidas agresiones de las hijas: “Estaba furioso porque como no había dormido toda la noche se molestó con la música, apagó el equipo... yo le dije que respetara que era un hijueputa,” expuso Tatiana Cano en su testimonio. Ese fue un momento crucial del conflicto. Lo demás vino por añadidura. La palmada del padre en la espalda de L es un acto simétrico a la ofensa, realizado bajo la creencia errada e invencible, en la situación particular y concreta, de que le estaba autorizado obrar de acuerdo con esa situación: porque cree que está justificado. Esa es la manifestación del error.

Si se recuerda, la agresión no la inició **Oscar Jaime Cano Ramírez**. Aparte de que L había perdido por tercera vez el año - un antecedente importante para subrayar que no fue el acusado quien dio pie al conflicto -, se debe destacar que fue Tatiana, ante la solicitud airada de que le bajara el volumen a la música, quien recriminó a su padre diciéndole que era un “*hijueputa*”, una ofensa que **Oscar Jaime Cano**

Ramírez enfrentó lanzándole un pequeño artefacto sin causarle daño y esta a su vez otro objeto similar.

Fue en este momento cuando intervino L, agrediendo al padre en apoyo de su hermana, recibiendo como réplica una palmada en la espalda.

Como se puede observar se trata de un acto episódico en el que el acusado, de quien su propia hija y su ex esposa describieron como un buen padre, no fue el inicial ofensor ni quien inició los actos disvaliosos, sino el que recibió y soportó las agresiones.

De manera que es perfectamente explicable que haya actuado en esas circunstancias con la creencia errada de que el derecho de corrección lo autorizaba a reaccionar de esa manera e incluso de que la agresión de la que fue objeto lo facultaba a actuar para repeler la agresión de sus hijas.

Eso explica que desde la perspectiva del numeral 10 del artículo 32 del Código Penal, la conducta se considere valorativamente atípica.

Por lo tanto, la Corte casará la sentencia y en su lugar dejará en firme la sentencia absolutoria de primera instancia.

Por lo expuesto, La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por Autoridad de la Ley,

Resuelve:

Casar la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín, por medio de la cual condenó a **Oscar Jaime Cano Ramírez** como autor del delito de violencia intrafamiliar. En su lugar se deja en firme la sentencia absolutoria de primera instancia.

Por secretaría de la Corte se cancelará inmediatamente la orden de captura dictada para hacer efectiva esta decisión.

Notifíquese y Cúmplase



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA
Magistrado



GERSON CHAVERRA CASTRO



EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



JAIME HUMBERTO MORENO ACERO



FABIO OSPITIA GARZÓN



EYDER PATIÑO CABRERA



HUGO QUINTERO BERNATE

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

