



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada Ponente

SP468-2020

Radicación n° 53037

Aprobado acta n° 39

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de febrero de dos mil veinte (2020)

VISTOS

Resuelve la Sala el recurso extraordinario de casación presentado por el defensor de EDWIN ALFONSO TÉLLEZ LEÓN en contra del fallo de segunda instancia proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 19 de abril de 2018, mediante la cual confirmó la sentencia que emitió el Juzgado 8° Penal Municipal con funciones de conocimiento de esta ciudad, el 31 de agosto de 2017, condenando al mencionado procesado como autor del

A handwritten signature in black ink, appearing to be the initials 'P.C.' or similar, located in the bottom right corner of the page.

delito de *Violencia intrafamiliar*, cometido en circunstancia de agravación punitiva.

HECHOS

De acuerdo a los hechos declarados como demostrados en la sentencia recurrida, el 9 de julio de 2015, en la vía pública, frente al centro comercial Galerías de esta ciudad, Ingrid Johana Blanco Torres fue agredida por su cónyuge EDWIN ALFONSO TÉLLEZ LEÓN, padre de sus tres hijos menores, causándole lesiones que le generaron una incapacidad médico legal de 8 días, sin secuelas.

Dicha conducta fue la reiteración de un patrón de comportamiento que había sido iniciado desde años atrás, cuando dieron comienzo a su convivencia y que comprendió agresiones físicas, psicológicas y de orden sexual, lo que condujo a diferentes tratamientos médicos y psiquiátricos de Ingrid Johana Blanco Torres y a una medida de protección, emitida por la Comisaría de Familia, vigente para el momento de los últimos hechos y que de manera repetida había sido desatendida por el agresor.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Con fundamento en los anteriores hechos, el 21 de enero de 2016, la Fiscalía presentó a EDWIN ALFONSO TÉLLEZ LEÓN ante el Juez 3° Penal Municipal con función de control de garantías de Bogotá, formulándole imputación

en calidad de autor del delito de *Violencia intrafamiliar*, cometido en la circunstancia de agravación punitiva prevista en el inciso segundo del artículo 229 del Código Penal –por cuanto la conducta recayó sobre una mujer-. El imputado no se allanó a los cargos.

Presentado el escrito de acusación por parte de la Fiscal 147 Local, adscrita al CAVIF, le correspondió al Juzgado 8° Penal Municipal con funciones de conocimiento de esta ciudad adelantar la etapa de juzgamiento, celebrándose las audiencias de acusación y preparatoria los días 16 de julio 17 de noviembre de 2016, respectivamente.

Instalada la audiencia de juicio oral y público el 1° de junio de 2017, la delegada de la Fiscalía solicitó la variación de la naturaleza de la diligencia para presentar un preacuerdo pactado con el acusado, consistente en que éste aceptaba su responsabilidad por el delito imputado a cambio del reconocimiento de la circunstancia de atenuación punitiva prevista en el artículo 57 del Código Penal –ira e intenso dolor-. El acuerdo, tras la verificación de sus términos y su legalidad, fue aprobado por el juez de conocimiento.

El 31 de agosto de 2017, el mismo despacho judicial emitió el fallo condenatorio, declarando responsable a EDWIN ALFONSO TÉLLEZ LEÓN, en calidad de autor del delito de *Violencia intrafamiliar* (artículo 229 del Código Penal), cometido en la circunstancia de agravación punitiva

relativa a que la conducta recayó sobre una mujer –inciso segundo- y bajo estado de ira e intenso dolor (artículo 57 ibídem), imponiendo en su contra la pena principal de quince (15) meses de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo. No le concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni la prisión domiciliaria, por la prohibición contenida en el artículo 68A del Código Penal.

Apelado el fallo por el apoderado del acusado, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, mediante providencia del día 19 de abril de 2018, lo confirmó en su integridad.

Oportunamente el defensor del enjuiciado TÉLLEZ LEÓN interpuso el recurso extraordinario de casación, cuya demanda fue estudiada en su aspecto formal y admitida mediante auto del 9 de abril de 2019, surtiéndose el trámite de sustentación en audiencia pública celebrada el 2 de julio de este año.

FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

Dos cargos presenta el apoderado del sindicado EDWIN ALFONSO TÉLLEZ LEÓN, que fundamenta de la siguiente manera:

Cargo primero –principal-: nulidad

Acusa la sentencia de segundo grado con base en la causal segunda del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, por haberse dictado en un proceso viciado de nulidad, debido a la existencia de irregularidades sustanciales que afectaron el debido proceso, relacionadas con la garantía de la estricta tipicidad.

En desarrollo de la censura, señala el demandante que existió un vicio en el consentimiento del procesado al aceptar un cargo que, dogmáticamente, no correspondía a *Violencia intrafamiliar*, pues cuando ocurrieron los hechos había cesado su convivencia con Ingrid Johana Blanco Torres.

Arguye que el procesado no fue suficientemente informado por su defensor de la naturaleza y consecuencias jurídicas del preacuerdo, puesto que, aunque en principio manifestó que era inocente, solo después de un breve receso otorgado por el juez para que recibiera asesoría de su abogado, se declaró responsable.

También, agrega, la estricta tipicidad hace parte del debido proceso, resultando quebrantado ese postulado al tipificarse la conducta endilgada al acusado como *Violencia intrafamiliar*, encontrándose demostrado que el acusado y su esposa no convivían desde el 21 de octubre de 2014, por lo que, para el momento de los hechos, 9 de julio de 2015, «había desaparecido» el bien jurídico de la «*armonía y unidad de la familia*».

Con ello, concluye, se hace necesario acudir al remedio extremo de la nulidad para dictar la sentencia de reemplazo en la que se le absuelva en relación con esa conducta.

Cargo segundo -subsidiario-: violación directa

Con base en la causal primera, prevista en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, acusa la sentencia por violación directa, resultante de la aplicación indebida del artículo 229 del Código Penal, modificado por el artículo 33 de la Ley 1142 de 2007, lo que trajo consigo la falta de aplicación de los artículos 111 y 112 ibídem.

Fundamenta su censura en que *«conforme a recientes pronunciamientos jurisprudenciales, cuando quiera que no existiera convivencia entre las parejas, como ocurre en el caso que nos ocupa, no se tipificaba el delito de violencia intrafamiliar, sino el de lesiones personales»*.

Señala que el bien jurídico tutelado en el delito de *Violencia intrafamiliar* es la *«armonía y unidad de la familia»*, pero que cuando no existe *«cohabitación en la misma casa»* no se tipifica la citada conducta, convirtiéndose en *Lesiones personales*.

Solicita casar parcialmente la sentencia para absolver al procesado por el delito de *Violencia intrafamiliar*.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

En la audiencia de sustentación de la demanda, los sujetos procesales efectuaron las siguientes intervenciones:

1. El demandante:

Reiteró los reproches consignados en su demanda, en el sentido de que, de una parte, el procesado no fue debidamente asesorado por su defensor en los términos del acuerdo celebrado con la Fiscalía, puesto que en todo momento creyó que aceptaba su responsabilidad penal por el delito de *Lesiones personales* y no por el de *Violencia intrafamiliar*, tipo penal aquel al que en verdad se adecúa la conducta realizada por ausencia de una unidad familiar en el contexto en que se produjeron los acontecimientos.

Por lo tanto, solicitó casar la sentencia para absolver al procesado.

2. La Fiscalía:

El Delegado de la Fiscalía General de la Nación reclamó no casar la sentencia.

En relación con el primer cargo, precisó que no se vulneró el derecho de defensa del procesado, no existiendo ningún vicio del consentimiento en la admisión de responsabilidad penal por el delito de *Violencia intrafamiliar*.

Al respecto, adujo que al momento del preacuerdo ya se

había agotado gran parte de la actuación procesal, por lo que era absolutamente claro el reproche fáctico y jurídico, conociendo la defensa y el procesado los elementos materiales probatorios y evidencias físicas que habían sido descubiertos por el acusador.

De igual manera, expresó, en materia punitiva el preacuerdo resultó altamente favorable a los intereses del acusado, quien estuvo rodeado de todas las garantías procesales, fue asistido por su abogado y de manera explícita, a instancias del juez de conocimiento, se le ilustró sobre la naturaleza del acto llevado a cabo, concediéndose un receso para que se le ilustrara sobre los alcances del acuerdo, tras lo cual admitió los cargos.

Resaltó que el desarrollo jurisprudencial en relación con la tipicidad del delito de *Violencia intrafamiliar*, en cuanto a la consideración de la definición de la unidad familiar, se produjo con posterioridad a la aprobación del preacuerdo, por lo que la decisión judicial se ajustó a una postura admisible en materia de adecuación típica.

En cuanto al segundo cargo, averó que el juez enteró a las partes del contenido de la jurisprudencia, existiendo flexibilidad para las partes en materia de acuerdos.

3. Representante de la víctima:

Solicitó no casar el fallo recurrido.

Sustentó que no es posible que el juez se pueda apartar de la calificación presentada por el acusador, pues ello significaría una intromisión en la función de acusar y quebrantaría el principio acusatorio.

Agregó que en materia de preacuerdo el sistema acusatorio es premial, por lo que llegar a un acuerdo entre las partes en materia de responsabilidad no significa el quebranto de los derechos del procesado.

4. La Procuraduría

La representante del Ministerio Público afirmó que no se conculcaron las garantías del procesado porque la sentencia fue producto de un acuerdo y aunque en principio el acusado se declaró inocente, frente a la negociación el juez decretó un receso durante el cual la defensa lo informó sobre la naturaleza de la actuación y sobre las consecuencias de admitir su responsabilidad.

En últimas, aseguró, el demandante manifiesta un simple desacuerdo con la estrategia defensiva de los abogados que le antecedieron.

En relación con el segundo cargo, sostuvo que en su fallo el Tribunal consideró que ambos padres detentaban la patria potestad de los hijos menores, con lo que se configura una unidad familiar, pues mantenían vínculos estrechos, compartían espacios comunes y el acusado hacía gala de la

posición de jefe del grupo familiar ante la mujer y los hijos.

Por lo demás, resaltó que el acuerdo se suscribió de conformidad con los lineamientos del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, se verificó su legalidad y no hay lugar a la retractación cuando no se advierte vulneración de los derechos y garantías del procesado.

Estimó que los cargos no tienen vocación de prosperar y no debe casarse la sentencia.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Toda vez que la demanda presentada se declaró ajustada conforme con los parámetros del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, la Corte analizará los problemas jurídicos allí propuestos, de conformidad con las funciones del recurso de casación, dirigidas a la búsqueda de la eficacia del derecho material, el respeto de las garantías de quienes intervienen en la actuación, la reparación de los agravios inferidos a las partes y la unificación de la jurisprudencia, según lo establecido en el artículo 180 ibídem.

Bajo dos aristas pretende el recurrente la remoción de la responsabilidad penal que por el delito de *Violencia intrafamiliar* le fue atribuida a EDWIN ALFONSO TÉLLEZ LEÓN, reclamando en todo caso su absolución. De una parte, como pretensión principal, invoca la nulidad de la actuación por vicio del consentimiento en la aceptación de cargos y por

quebranto del principio de estricta tipicidad, y, de otra, subsidiariamente, denunciando la violación directa de la ley por la indebida aplicación del artículo 229 del Código Penal.

En uno y otro caso, el argumento central tiene que ver con la interpretación relativa a que no se configura en su tipicidad el delito de *Violencia intrafamiliar* (artículo 229 del Código Penal) habida cuenta que víctima y victimario, para el momento de los hechos, no vivían bajo el mismo techo, tras la ruptura de su relación conyugal.

1. El consentimiento del acusado en la admisión de su responsabilidad penal en el preacuerdo:

Antes de adentrarse la Sala en el análisis del problema dogmático planteado por el censor, se examinará si en verdad se incurrió en la vulneración de las garantías fundamentales en atención a que el recurrente plantea que el procesado, al momento de admitir su responsabilidad penal por el delito de *Violencia intrafamiliar*, no prestó su consentimiento de manera libre, consciente y voluntaria, puesto que en todo momento asumió su compromiso por el delito de *Lesiones personales*.

De entrada, advierte la Corte que una crítica en tal sentido carece de fundamento frente a la realidad que es posible constatar.

El 1° de junio de 2017, una vez instalada la audiencia de juicio oral y público, la delegada de la Fiscalía solicitó al juez la variación del objeto de la diligencia, argumentando la celebración de un preacuerdo. De esa manera, presentó lo que, según expuso, había sido acordado con el procesado y su abogado defensor: admisión de responsabilidad por el delito de *Violencia intrafamiliar*, agravado por la condición de mujer de la víctima (artículo 229 - 2 del Código Penal), a cambio de lo cual se introdujo como circunstancia tendente a disminuir la pena, la de estado de ira e intenso dolor (artículo 57 ibídem). La fiscal, al tiempo, hizo narración de los hechos jurídicamente relevantes, su calificación jurídica y ofreció los elementos materiales probatorios y evidencias físicas que constituyeron el *mínimo de prueba* necesario para sostener la condena del procesado.

El juez de conocimiento decretó un receso para que el abogado defensor pudiera conocer los elementos materiales probatorios y evidencias físicas presentadas por la defensa del acusado, después de lo cual procedió a ilustrar a éste, en un lenguaje comprensible, sobre la naturaleza y los términos del acuerdo y su contenido, además de los derechos que le asistían como procesado en trance de aceptar su responsabilidad penal, advirtiéndole que «*si usted es inocente, no acepte el preacuerdo*» (C.D. audiencia de juicio oral, récord minuto 14:04).

A continuación, el juez decretó un receso para que el procesado fuera asesorado por su abogado (C.D. audiencia de juicio oral, récord minuto 14:32), tras de lo cual acotó que «mi inocencia se va a evaluar con el tiempo» (minuto 17:50).

De nuevo el juez explicó al acusado, con insistencia, que la admisión de su responsabilidad implicaba que quedaba desvirtuada su presunción de inocencia y, advertido de ello, expresó que era su voluntad aceptar los cargos formulados en los términos consignados en el preacuerdo puesto a consideración de la judicatura.

Al darse traslado para su pronunciamiento sobre el acuerdo y el consentimiento del procesado, la representante de la víctima y el abogado defensor del acusado expresaron que no tenían objeción alguna. Éste último agregó que el acuerdo pactado por el delito de *Violencia intrafamiliar* (artículo 229 del Código Penal), cometido en la circunstancia de agravación punitiva relativa a que la conducta recayó sobre una mujer -inciso segundo-, y que incluyó dentro de su fórmula la circunstancia diminuyente de la pena de estado de ira e intenso dolor (artículo 57 *ibidem*), fue exactamente lo pactado después de un proceso de negociación que se había iniciado hacía más de un mes.

Del anterior recuento pormenorizado de las condiciones en que se realizó la audiencia en la que se aprobó el preacuerdo, puede colegirse que la admisión de

responsabilidad del procesado TÉLLEZ LEÓN fue un acto libre, voluntario, suficientemente informado, consciente, espontáneo, incondicional, exento de vicios esenciales del consentimiento y respetuoso de sus derechos y garantías.

Ninguna situación de las reveladas a través de los registros de la diligencia podría evidenciar la presencia de algún error, coacción o ignorancia al momento de ser aceptada la responsabilidad derivada de la acusación, fáctica y jurídica, que conllevó al fallo condenatorio, careciendo de fundamento la censura del recurrente relativa a que el acusado no fue informado por su defensor de la naturaleza y de las consecuencias jurídicas del preacuerdo, puesto que, aunque es cierto que en principio manifestó que era inocente, el juez no solamente le explicó con suficiencia todos los aspectos relacionados con la forma de preacuerdo a la que se aprestaba a acogerse, sino que suspendió la audiencia para propiciar el diálogo con su abogado de confianza sobre aquellos mismos aspectos.

De manera que ninguna imposición por parte de la representante de la Fiscalía o del juez de conocimiento, como lo sugiere el demandante, puede advertirse en el curso de la audiencia, careciendo además de sustento la afirmación del censor en el sentido de que el acusado creyó que aceptaba su responsabilidad penal por el delito de *Lesiones personales* y no por el de *Violencia intrafamiliar*, cuando para el momento en que se presentó el preacuerdo ante el juez de conocimiento ya se había instalado la

audiencia de juicio oral y público, lo que significa que ya se habían superado las audiencias de formulación de imputación, acusación y preparatoria, en las que de manera invariable se sostuvo la misma hipótesis fáctica y su calificación jurídica y, sobre esa base, el mismo defensor reconoció que en torno al delito que fue objeto de acusación se adelantó una dilatada negociación que culminó en el reconocimiento de un importante beneficio punitivo para el procesado.

Siendo ello así, es claro que la declaración de responsabilidad penal fue el resultado de una *negociación* entre fiscalía y defensa, lo que propició una manifestación de culpabilidad preacordada del acusado, con absoluto respeto de sus garantías fundamentales y dentro de una de las posibilidades establecidas por el artículo 351-2 de la Ley 906 de 2004, relacionada no con la modificación de la adecuación típica de la conducta, sino con una alternativa atinente a *«un cambio favorable para el imputado con relación a la pena por imponer»*¹.

¹ Respecto de este tópico, debe recordarse que la Corte ha considerado que pueden ser objeto de convenio, habida consideración de los elementos de prueba y evidencias recaudadas: *“el grado de participación, la lesión no justificada a un bien jurídico tutelada, una específica modalidad delictiva respecto de la conducta ejecutada, su forma de culpabilidad y las situaciones que para el caso den lugar a una pena menor, la sanción a imponer, los excesos en las causales de ausencia de responsabilidad a que se refieren los numerales 3, 4, 5, 6 y 7 del artículo 32 del C.P., los errores a que se refieren los numerales 10 y 12 de la citada disposición, las circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas (artículo 56), la ira o intenso dolor (artículo 57), la comunicabilidad de circunstancias (artículo 62), la eliminación de casuales genéricas o específicas de agravación y conductas pos delictuales con incidencia en los extremos punitivos, pues todas estas situaciones conllevarán circunstancias de modo, tiempo y lugar que demarcan los hechos por los cuales se atribuye jurídicamente responsabilidad penal y por ende fijan para el procesado la imputación fáctica y jurídica”*. Cfr. entre otras CSJ SP 14 dic. 2005, rad. 21.347; SP 10 may. 2006, rad. 25.389; SP 20 nov. 2013, rad. 41.570.

Así mismo, debe acotarse que la imputación jurídica no se ofreció arbitraria y alejada de la realidad fáctica, puesto que, aun considerando las diversas interpretaciones jurisprudenciales en torno a la construcción típica del delito imputado, lo cierto es que en la conducta desplegada por el procesado se evidenció el maltrato hacia la víctima, quien para el momento era su cónyuge, lo que en principio podía subsumirse en el tipo de *Violencia intrafamiliar*. Además, la concesión de una diminuyente punitiva relacionada con el estado de ira e intenso dolor, circunstancia ajena a la imputación fáctica, se explica sólo para efectos punitivos dentro del modelo de negociación presentado, pues en el juicio de imputación no se advierte ningún comportamiento grave e injustificado de la víctima que hubiera provocado una emoción intensa para desencadenar la violenta acción del acusado.

Por lo demás, se observa que el juez se aplicó en el control del preacuerdo a las pautas señaladas por esta Sala cuando se trata de esa forma de terminación anticipada del proceso:

*Cuando las partes proponen estas formas de terminación anticipada de la actuación penal, al juez le corresponde verificar si están dados los presupuestos para emitir una **sentencia condenatoria**, lo que incluye aspectos como los siguientes: (i) la existencia de una hipótesis de hechos jurídicamente relevantes, toda vez que, en virtud del principio de legalidad, la condena solo es procedente frente a conductas que estén previa y claramente sancionadas por el legislador; (ii) el aporte de evidencias físicas*

u otra información legalmente obtenida, que permita cumplir el estándar de conocimiento previsto en el artículo 327 de la Ley 906 de 2004, orientado, según dice esta norma, a salvaguardar la presunción de inocencia del procesado; (iii) la claridad sobre los términos del acuerdo, lo que implica, entre otras cosas, precisar cuándo un eventual cambio de calificación jurídica (en cualquiera de sus modalidades) corresponde a la materialización del principio de legalidad, y en qué eventos ello es producto de los beneficios acordados por las partes; (iv) la viabilidad legal de los beneficios otorgados por la Fiscalía, bien por la modalidad y cantidad de los mismos, o por las limitaciones previstas frente a determinados delitos; (v) que el procesado, al decidir sobre la renuncia al juicio, haya actuado con libertad y suficientemente información; etcétera.²

En suma, el primer cargo no está llamado a prosperar porque no es cierto que existan vicios en el consentimiento prestado por el acusado al momento de admitir su responsabilidad penal por el delito de *Violencia intrafamiliar*, cometido en circunstancia de agravación punitiva, como consecuencia del acuerdo celebrado con la Fiscalía.

2. Sobre la tipicidad y lesividad del delito de Violencia intrafamiliar:

Ahora bien, dentro del primer cargo también se aduce por el demandante la vulneración del principio de estricta tipicidad como circunstancia que quebrantó el debido proceso del acusado, aspecto que desarrolla con amplitud al

² CSJ SP-5660-2018, 11 dic. 2018, rad. 52311.

formular el cargo de violación directa por la indebida aplicación del tipo penal contenido en el artículo 229 del Código Penal.

El problema jurídico se concreta en el hecho de que, sin discutirse el maltrato físico desplegado por el acusado TÉLLEZ LEÓN, para el momento de los hechos, según se viene alegando, no habitaba bajo el mismo techo de quien todavía era su cónyuge y con quien había procreado tres hijos, circunstancia que pondría en entredicho la existencia del elemento normativo relativo a que la víctima fuera *«miembro de su núcleo familiar»*.

Al respecto, frente a la reconstrucción del contexto lógico en el cual se presentó la situación objeto de estudio, es preciso recordar que, conforme se acreditó con los elementos materiales probatorios y evidencias físicas aducidos por la Fiscalía, tras algunos años de convivencia, durante la cual procrearon un hijo, Ingrid Johana Blanco Torres y EDWIN ALFONSO TÉLLEZ LEÓN contrajeron matrimonio civil el 12 de abril de 2005. Desde aquella época eran frecuentes y constantes los maltratos físicos y psicológicos a los que el acusado sometía a su pareja, con quien convivía de manera intermitente en razón precisamente al hecho de que se producían distanciamientos cada vez que las agresiones se hacían intolerables para la mujer.

De esa manera, mientras que TÉLLEZ LEÓN era trasladado a distintos lugares del país por disposición de la

Policía Nacional, institución a la que pertenecía como patrullero, su cónyuge lo seguía con sus hijos, conformando la unidad familiar que constantemente se fracturaba por los actos de violencia que de manera sistemática ejecutaba en contra de ella. Aun así, durante los periodos en que se reanudaba la convivencia fueron procreados dos hijos más. Para el momento de los hechos la pareja tenía tres hijos en común, de 13, 9 y 3 años de edad, el mayor vivía con la abuela materna y los otros dos con su madre.

Es importante resaltar que, según lo puso de presente la víctima en el curso de su denuncia, el 21 de octubre de 2014 se había producido una última separación, a consecuencia de lo cual ella y sus hijos se habían ido a vivir con sus abuelos. No obstante, como había sucedido desde el momento en que entablaron su conflictiva relación, las separaciones nunca rompieron el vínculo entre ellos, pues aparte de permanecer bajo su dependencia económica, el procesado TÉLLEZ LEÓN continuó acosándola, asediándola y agrediéndola en la misma casa, donde se presentaba con regularidad, o sobre la vía pública cuando se dedicaba a perseguirla, incumpliendo las medidas de protección impuestas por los juzgados y comisarías de familia.

De todos los episodios antecedentes al hecho que interesa a este asunto se encuentran documentados diversos procesos penales adelantados en contra del acusado por el delito de *Violencia intrafamiliar* (fl. 66 y ss.). De igual manera, en múltiples oportunidades, a raíz de las agresiones recibidas

por su compañero, Ingrid Johana Blanco Torres debió ser atendida en los servicios hospitalarios (fl. 52 y ss.); también, se acreditó, con ocasión de los últimos acontecimientos, su ingreso y hospitalización psiquiátrica después de intentar suicidarse en el contexto de un diagnosticado estado de depresión debido a los malos tratos recibidos por su cónyuge (fl. 59).

El Grupo Nacional de Psiquiatría y Psicología Forense del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses presentó el informe del grupo de valoración del riesgo relacionado con Ingrid Johana Blanco Torres, resaltando en torno a la frecuencia e intensidad de las agresiones recibidas a manos de EDWIN ALFONSO TÉLLEZ LEÓN que estas tenían origen en los celos y la *«resistencia [de ella] a seguir la voluntad del denunciado y la necesidad de tener control sobre las actividades cotidianas de la vida de la usuaria»*; identificando como factores de sostenimiento de la condición de maltrato el temor por su integridad física y/o la de su familia, temor a ser separada de sus hijos, actitud sumisa frente a las agresiones y dependencia económica, concluyéndose que *«De acuerdo a los hallazgos de la valoración y los resultados de la Escala DA cuyo nivel de riesgo arrojado es RIESGO EXTREMO, y teniendo en cuenta la cronicidad, la frecuencia y la intensidad de las agresiones físicas y verbales que han puesto a la señora INGRID JOHANA BLANCO TORRES en una situación en la que se hace imperativo tomar medidas urgentes en aras de proteger la vida de la usuaria teniendo en cuenta que en caso de reincidencia de actos como los*

investigados existiría un RIESGO EXTREMO de sufrir lesiones graves o incluso la muerte» (sic). Dicho informe fue producto de la valoración llevada a cabo el 16 de junio de 2016 (fl. 46 y ss.).

Finalmente, debe acotarse que los hechos que justificaron la presente actuación procesal tuvieron ocurrencia la noche del 9 de julio de 2015 cuando Ingrid Johana Blanco Torres fue abordada en un espacio público por el acusado TÉLLEZ LEÓN y tras sus habituales imprecaciones procedió a violentarla física y psicológicamente, generándole lesiones corporales que determinaron, según el informe pericial de clínica forense, una incapacidad médico legal definitiva de ocho días.

Ahora bien, el artículo 229 de la Ley 599 de 2000, vigente para el momento de los hechos, el que fue modificado por el artículo 33 de la Ley 1142 de 2007, contenía un tipo penal básico, simple, de sujetos calificados y subsidiario, descrito de la siguiente manera:

Violencia intrafamiliar. 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.

Es importante precisar que era aquel el contenido del tipo penal para el momento en que ocurrieron los hechos, el cual fue objeto de modificación legislativa por el artículo 1° de la Ley 1959 de 2019, cuyo tenor es el siguiente:

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, adolescente, una mujer, una persona mayor de **sesenta (60) años**, o que se encuentre en situación de discapacidad o disminución física, sensorial y psicológica o quien se encuentre en estado de indefensión **o en cualquier condición de inferioridad.***

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

PARÁGRAFO 1o. *A la misma pena quedará sometido quien sin ser parte del núcleo familiar realice las conductas descritas en el tipo penal previsto en este artículo contra:*

- a) Los cónyuges o compañeros permanentes, aunque se hubieren separado o divorciado.*
- b) El padre y la madre de familia, aun cuando no convivan en el mismo hogar, si el maltrato se dirige contra el otro progenitor.*
- c) Quien, no siendo miembro del núcleo familiar, sea encargado del cuidado de uno o varios miembros de una familia en su domicilio, residencia o cualquier lugar en el que se realice la conducta.*
- d) Las personas con las que se sostienen o hayan sostenido relaciones extramatrimoniales de carácter permanente que se caractericen por una clara e inequívoca vocación de estabilidad.*

PARÁGRAFO 2o. *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 y realice alguna de las conductas descritas en el presente artículo.³*

Según puede advertirse, aparte de introducir algunas variaciones en relación con las circunstancias de agravación específicas, lo relevante en la modificación legislativa tiene que ver con la enumeración taxativa de eventos incorporados a la realización del tipo penal distintos al concepto de *núcleo familiar*.

³ Los apartes resaltados corresponden a las modificaciones introducidas por la novísima disposición.

Obviamente, los hechos tuvieron ocurrencia en vigencia de la disposición legal que fue modificada, por lo que sobre sus fundamentos deberá examinarse la tipicidad de la conducta desplegada por el acusado, puesto que precisamente el cargo planteado por el casacionista se dirige a controvertir su pertenencia al mismo núcleo familiar de la víctima.

Al respecto, debe acotarse que en relación con el contenido y alcance del tipo penal recogido en la norma reformada, la Corte puntualizó para aquel entonces que el delito de *Violencia intrafamiliar* podía recaer:

(i) Entre los cónyuges o compañeros permanentes entre sí, siempre que mantengan un núcleo familiar.

(ii) En los padres, cuando el agresor es el hijo, sin que importe si ambos progenitores conviven. Si el artículo 2 de la Ley 294 de 1996 establece que son integrantes de la familia "El padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar", ello permite concluir que son familia respecto de sus hijos y por siempre, pero si esos progenitores no conviven en el mismo hogar no conforman entre ellos un núcleo familiar.

(iii) En los ascendientes y descendientes si conforman un núcleo familiar, y los hijos adoptivos, porque frente a éstos igualmente el concepto de familia impone deberes más allá de la vida en común.

(iv) En uno o varios miembros de la familia en su domicilio o residencia, causada por quien no siendo miembro del núcleo familiar, sea encargado de su cuidado.

Estas cláusulas articulan de manera perfecta la realidad social y las disposiciones normativas, al reconocer que existen vínculos familiares intemporales que imponen deberes infranqueables, y asimismo convivencias que al terminar, como las de las parejas, pierden la protección especial que el derecho les dispensa cuando existe vida en común.⁴

Con ello, en virtud del *principio de tipicidad*, la Sala precisó en vigencia de aquella disposición que para efectos del predicado normativo alusivo a quien “*maltrate física o psicológicamente a cualquier miembro de su núcleo familiar*”, no basta maltratar a un miembro de la familia, sino a aquél que hace parte del «*núcleo familiar*», expresión que responde en su contexto no solamente a la idea de conformación de una familia sino también, correlativamente, a la voluntad de disolverla, caso en el cual, no obstante la existencia de hijos comunes, deja de subsistir la familia o la integración a ella de alguno de sus miembros como objeto digno de protección penal⁵.

Además, recientemente la Corte ha venido precisando, frente a la actuación judicial relativa al delito previsto en el artículo 229 del Código Penal, la importancia que cobra auscultar las dinámicas propias de cada familia, a efectos de establecer la forma como se interrelacionan sus integrantes, puesto que de ellas derivan los episodios de agresión.

No obstante, es preciso aclarar que a pesar de la importancia del contexto en los delitos de violencia

⁴ CSJ SP-8064-2017, 7 jun. 2017, rad. 48.047.

⁵ Ibidem.

intrafamiliar, especialmente a efectos de visibilizar el fenómeno de la violencia ejercida en aquellos ámbitos y comprender mejor la problemática que desencadena la violencia, bajo ninguna circunstancia puede entenderse que se trata de un elemento estructural del delito, ni permite descartar que un solo acto de agresión constituya violencia intrafamiliar. Así se ha subrayado que:

(i) la agresión física entre los integrantes de una familia, así se trate de un hecho aislado, constituye violencia intrafamiliar, sin perjuicio del deber de verificar, entre otros, la existencia de circunstancias de mayor o menor punibilidad, como sucede con cualquier delito; (ii) en ese orden de ideas, bajo ninguna circunstancia se plantea que las agresiones tienen que ser reiteradas o sistemáticas, para que dicho delito se configure; (iii) lo mismo sucede con los otros tipos de violencia (psicológica, económica, etc.); (iv) otra cosa es que el contexto permita establecer la gravedad de un hecho que, aisladamente considerado, puede ser penalmente irrelevante (un gesto, una determinada palabra, etcétera); y (v) incluso de cara a la circunstancia de agravación prevista en el inciso segundo del artículo 229, según se verá más adelante, la Sala hizo hincapié en que la misma puede configurarse frente a un hecho aislado.⁶

Bajo ese sentido interpretativo, resulta pertinente destacar, según ya se ha precisado, que en el presente caso Ingrid Johana Blanco Torres y EDWIN ALFONSO TÉLLEZ LEÓN contrajeron matrimonio civil el 12 de abril de 2005, procrearon tres hijos, menores de edad para el momento de los hechos, y sostenían una convivencia frecuentemente

⁶ CSJ AP-4175-2019, 25 sep. 2019, rad. 56081 (aclaración de voto)

interrumpida durante épocas en razón de los maltratos que de manera sistemática él le infligía. En realidad, el distanciamiento –que no separación- del núcleo familiar por parte del acusado se tornó siempre en un asunto episódico sin que ello significara el rompimiento de los vínculos que lo ataban a la mujer, aún en contra del querer de ésta, pues no solamente compartía la patria potestad con sus comunes hijos menores de edad, sino que imponía su voluntad sobre ella, manteniendo en todo momento el control sobre sus actividades cotidianas, sometiéndola bajo un dominio fundado en el amedrentamiento y la agresión, como se concluyó en el informe sobre la valoración psicológica llevada a cabo a instancias de la Fiscalía.

De esa manera, el procesado TÉLLEZ LEÓN sostenía una estrecha vinculación con aquella institución social de la familia, forzando una cohesión que, aunque no comportaba un lazo afectivo y de propósitos comunes con la pareja, sino todo lo contrario, de sometimiento y dominación, resultaba determinante en quebrantar su armonía y unidad, vulnerando con su actuación, de manera consuetudinaria, los bienes jurídicos protegidos por el legislador.

De allí que debe admitirse que se pueden presentar contextos en los que aunque la coexistencia no resulte pacífica ni represente un proyecto colectivo que suponga el respeto por la autonomía ética de sus integrantes, pervive un núcleo familiar que es digno de protección conforme a la norma de prohibición inserta en el tipo penal del artículo 229

del Código Penal vigente para el momento de los hechos. Por eso, resulta inevitable la consideración sobre las condiciones personales de los miembros de ese grupo familiar y los vínculos subyacentes a las relaciones, por mucho que estas resulten disfuncionales, como sucede en el presente caso.

Además, es imposible no tener en cuenta, de cara al proceso de adecuación típica de la conducta y su lesividad del bien jurídico en la disposición que rigió el caso, las circunstancias a las que se veía sometida Ingrid Johana Blanco Torres, su sujeción a los designios del acusado TÉLLEZ LEÓN y su vulnerabilidad.

Tampoco es desdeñable el hecho acreditado de que el acusado EDWIN ALFONSO TÉLLEZ LEÓN en realidad nunca abandonó el entorno familiar del que había sido expulsado por su cónyuge, pues hacía presencia permanente ejerciendo el control sobre ella, sojuzgándola y haciéndola especialmente vulnerable a sus acciones, tal y como se precisó en el informe del Grupo Nacional de Psiquiatría y Psicología Forense del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, donde se calificó de «riesgo extremo» su condición frente al asedio del acusado.

Así mismo, es importante relevar que lo ocurrido el 9 de julio de 2015 no fue un hecho aislado u ocasional, sino que se trató de la manifestación de un modelo de conducta ejecutada de manera sistemática en contra de Ingrid Johana Blanco Torres. De hecho, como igual se ha reseñado, se

acreditó la existencia de múltiples procesos adelantados en contra del acusado por comportamientos relativos a la misma violencia desplegada en contra de su cónyuge, así como también se habían expedido con antelación a los hechos medidas de protección en el marco de los actos de violencia intrafamiliar.

Aunque, como se ha dicho, esa sistematicidad no estructura el tipo básico del artículo 229 del Código Penal, si permite en este caso la clara determinación del fenómeno de la violencia ejercida en contra de Ingrid Johana y la comprensión de la problemática que mantuvo integrado a ese núcleo familiar al acusado como agente desencadenante de episodios de agresión, lo que obviamente hace inscribir en esa dinámica la acción ofensiva de la que se ocupó este proceso judicial.

Nótese al respecto que sobre el acusado EDWIN ALFONSO TÉLLEZ LEÓN, para el momento de los hechos, gravitaba una medida de protección vigente por *Violencia intrafamiliar* impuesta el 30 de enero de 2015 en favor de su pareja por parte del Juzgado Quinto de Familia de Bogotá, con fundamento en el artículo 17 de la Ley 1257 de 2008 (fl. 40 y ss.), lo que demuestra que era constante la violencia ocasionada en contra de ella en el ámbito de su pertenencia al núcleo familiar.

Así las cosas, el análisis del contexto lógico de la situación permite sostener que habrá eventos en los que no

obstante no existir una convivencia permanente bajo el mismo techo entre los cónyuges y, aún más, cuando se producen rupturas en la relación que interrumpen la cohabitación (por decisión propia, fruto de acuerdo o conflicto, o por disposición judicial en virtud de la imposición de medidas de protección), es posible frente a la ley derogada la realización del tipo penal de *Violencia intrafamiliar* a partir del cumplimiento de sus elementos estructurales, entre ellos el relacionado con el *núcleo familiar* al que se encuentran integrados los sujetos activo y pasivo de la conducta, sin que con ello resulte afectado el principio de estricta tipicidad.

El demandante sustenta su pretensión en el precedente de esta Sala (CSJ SP-8064-2017, 7 jun. 2017, rad. 48.047), para sostener que la conducta realizada por el acusado se adecúa típicamente al delito de *Lesiones personales* (artículo 111 del Código Penal) y no al de *Violencia intrafamiliar* (artículo 229 *ibídem*), toda vez que para el momento de los hechos el procesado y la víctima no cohabitaban bajo el mismo techo.

En aquella decisión, proferida a la luz de la disposición contenida en el artículo 229 del Código Penal, hoy reformada por la Ley 1959 de 2019, la Corte llevó a cabo algunas precisiones en torno a la estructura del delito de *Violencia intrafamiliar*, especialmente en relación con el elemento normativo alusivo al *núcleo familiar*.

La situación fáctica planteada en el referido precedente se relaciona con una pareja que no obstante mantener una relación con frecuentes altercados y pésimo entendimiento, convivía bajo un mismo techo, con lo que se concluyó que componía una unidad doméstica y familiar, razón por la cual los actos de violencia desplegados por el victimario en contra de la mujer estructuraron el delito de *Violencia intrafamiliar*. Lo determinante, se precisó, para la configuración de la conducta punible es “*que habiten en la misma casa*”. Al contrario, si esta condición no se cumple, la conducta se adecúa al delito de *Lesiones personales* agravado en razón del parentesco, si a ello hay lugar.

Es verdad que, bajo aquellos lineamientos normativos que fundamentaron la resolución del caso, mientras no exista cohabitación familiar, tener hijos en común es un factor insuficiente para acreditar la unidad familiar. En esa perspectiva, tampoco resulta ser elemento determinante la existencia de un vínculo conyugal cuando se ha roto de manera definitiva la relación. No obstante, entiende la Sala que la convivencia y cohabitación bajo el mismo techo puede ofrecer diversas manifestaciones que permiten estructurar el aspecto normativo relacionado con el núcleo familiar en el delito de *Violencia intrafamiliar*. Piénsese, por ejemplo, en miembros de la pareja que por situaciones laborales o de otra índole se ven forzados a vivir en lugares lejanos a su familia. Nadie pondría en duda que en tales circunstancias se mantiene la unidad familiar y cualquier acto de violencia ejercida contra

uno de sus miembros es constitutivo de la conducta prevista en el artículo 229 del Código Penal, ahora reformado.

Así mismo, por paradójico que pueda parecer, el bien jurídico de la unidad y armonía familiares se podría ver afectado cuando los vínculos de pareja persisten bajo formas contrarias a proyectos de vida en común, fundados en principios de solidaridad y respeto. Los entornos familiares en los que se ejerce de manera sistemática la violencia contra la mujer, es un buen ejemplo de ello. Es frecuente en tales casos, bajo entornos sumidos en actos de dominación, subordinación y agresión cotidiana, que se vea vulnerado el bien jurídico de la familia, objeto de protección penal, no solamente por el hecho de la persistente violencia contra la pareja fruto de la convivencia, sino aun en situaciones en que el agresor es expulsado o separado del entorno familiar por decisión de la mujer o como consecuencia de medidas de protección impuestas por las autoridades judiciales o administrativas (*Medidas de protección en casos de violencia intrafamiliar*, artículo 17 de la Ley 1257 de 2008).

En tales eventos, como lo ilustra el caso sometido a estudio, la separación del acusado del entorno doméstico no fue suficiente para que se desvinculara del mismo, continuando atado al núcleo familiar mediante actos de dominación, acoso y control, lo cual se tradujo en una constante alteración y afectación del bien jurídico de la unidad y armonía familiares. De hecho, el retiro de la casa de habitación, aun como medida de protección impuesta

judicialmente, no implicó su desafectación del contexto familiar, manteniendo su dominio, subordinación y poder materializado en actos de sojuzgamiento sobre la pareja y el grupo filial.

Es por ello que aún bajo las consideraciones consignadas en el precedente de esta Sala (CSJ SP-8064-2017, 7 jun. 2017, rad. 48.047), del contexto lógico de la situación en concreto atinente a la unidad familiar y sus particularidades, se infieren los elementos materiales en los que se fundamentan los contornos de la adecuación típica y la lesividad de la conducta frente al bien jurídico que es objeto de protección a través del sistema penal, sin que a priori pueda reducirse el alcance de la norma de prohibición vigente en la época de ocurrencia de los hechos a partir de fijar categorías fácticas que no se encuentran presentes en la descripción del tipo penal.

De allí que, en el presente caso, se ha evidenciado que a los conceptos acuñados por la Sala en relación con el elemento normativo del núcleo familiar y a su condición de cohabitación bajo el mismo techo, emitidos en vigencia de la anterior legislación, responden situaciones materiales como la que probatoriamente se viene planteando relativas a una sujeción o vínculo no disuelto de la víctima a su ofensor expresado a través de actos de dominación y control que aunque podían hacer ver una separación en una perspectiva formal, no así en la lógica situacional en cuyo contexto se ofrecía sin quebranto alguno.

Así las cosas, la Corte encuentra que en el fallo del Tribunal no se trasgredió el principio de estricta tipicidad y tampoco se aplicó de manera indebida el tipo del artículo 229 del Código Penal, vigente para el momento de la conducta atribuida al procesado. Los hechos jurídicamente relevantes relativos al maltrato físico y psicológico de un miembro del núcleo familiar, bajo los cuales se presentó la acusación, en verdad estructuran un delito de *Violencia intrafamiliar*, el que fue objeto de aceptación de responsabilidad por parte del procesado y sobre el que se emitió el fallo de condena bajo la comprensión del mínimo prueba emanado de los elementos materiales probatorios y evidencias físicas.

3. La circunstancia de agravación punitiva prevista en el inciso segundo del artículo 229 del Código Penal:

No está de más agregar que, según se puede constatar, la concurrencia de la circunstancia de agravación punitiva relativa a que la conducta recayó sobre una mujer fue ampliamente sustentada por los juzgadores de primera y segunda instancia, evidenciándose que la acción delictiva estuvo motivada en un claro perfilamiento de género que fue asumido desde la misma acusación por parte de la delegada de la Fiscalía en el sentido que la ejecución del hecho estribó esencialmente en el hecho de ser mujer la víctima.

Con ello, tanto el acusador como los juzgadores, justificaron la circunstancia de agravación punitiva en

cuestión, en el sentido contextual en que recientemente lo ha precisado la Corte, valga decir, que la mayor penalización es una circunstancia objetiva consistente en que la conducta desplegada por el sujeto activo se insertó o reprodujo la pauta cultural de sometimiento de la mujer respecto del hombre, lo que finalmente inspira como objeto de protección la igualdad y la consecuente prohibición de discriminación de la mujer. Así se ha acotado que:

(i) el legislador no consagró un elemento subjetivo especial para la aplicación de la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el inciso segundo del artículo 229 del Código Penal, como sí lo hizo para el delito de feminicidio; (ii) tal y como sucede con la consagración de este delito -104 A del Código Penal-, dicha causal de agravación constituye otra de las medidas orientadas a erradicar la discriminación y la violencia estructural ejercida sobre las mujeres⁷; (iii) este incremento punitivo se justifica en la medida en que se verifique que el sujeto activo realizó la conducta en un contexto de discriminación, dominación o subyugación de la mujer, independientemente de la finalidad con la que haya actuado; (iv) de esta forma, se garantiza que el daño inherente a una pena mayor esté justificado por la protección de un determinado bien jurídico; y (v) ello se traduce en la obligación que tiene la Fiscalía de indagar por dicho contexto, no solo para establecer la viabilidad de una sanción mayor, sino, además, para verificar si se está en presencia de un caso de violencia de género, que debe ser

⁷ Sin perder de vista que esta circunstancia de mayor punibilidad va mucho más allá, en cuanto protege a otras personas que se encuentren en circunstancias de inferioridad, bien a partir de parámetros generales (niños, ancianos, discapacitados), o porque ello obedezca a la dinámica de una relación en particular, que incluso puede estar caracterizada por la dominación ejercida por la mujer.

visibilizado en orden a generar las transformaciones sociales que permitan erradicar este flagelo.⁸

Al respecto, se quiere destacar, una vez más, la obligación que recae sobre la Fiscalía de demostrar la existencia de ese elemento objetivo que permite la adecuación típica en relación con la circunstancia de agravación punitiva, debiendo acopiar las pruebas suficientes que respalden su acreditación a fin de obtener una respuesta judicial adecuada con la pretensión. Sobre aquella carga probatoria, también se precisó:

La Sala se inclinó por la tercera postura (el Estado, por conducto de la Fiscalía, debe demostrar ese elemento objetivo), en esencia por las siguientes razones: (i) el derecho a la presunción de inocencia tiene como efecto principal que la carga probatoria está en cabeza del Estado; (ii) máxime cuando se trata de una causal de agravación que implica, como mínimo, la imposición de 2 años más de prisión adicionales; y (iii) liberar al Estado de esta carga implica mantener ocultas las causas, las circunstancias y la gravedad de la violencia ejercida sobre las mujeres, lo que es contrario al principio de debida diligencia, reiterado por la Corte Constitucional en las sentencias allí referidas; y (iv) bajo el entendido de que visibilizar ese fenómeno es presupuesto de su erradicación.

Cabe señalar que aparte de delimitar correctamente la hipótesis factual a través de una adecuada determinación de los hechos jurídicamente relevantes, en el presente caso la

⁸ CSJ SP-4135-2019, 1º oct. 2019, rad. 52.394.

Fiscalía ofreció los elementos materiales de prueba suficientes para soportar la pretensión de condena en el marco de terminación anticipada del proceso por vía de preacuerdo, debiéndose destacar dentro de ellos la denuncia y la entrevista a la víctima Ingrid Johana Blanco Torres (fl. 39), entrevista a Mery Yolanda Torres Montes (fl. 49), informe de valoración del riesgo del Instituto de Medicina Legal (fl. 47), fallo del incidente de incumplimiento de la medida de protección, emitido por la Comisaría de Familia (fl. 40 y ss.) constancias de atención por urgencias y hospitalización por los daños físicos y psicológicos ocasionados (fl. 52 y ss.).

Dichos elementos materiales probatorios indican, de manera objetiva, la sujeción a un patrón de conducta de maltrato realizado de manera sistemática, con lo que claramente se encuentra demostrado la existencia de un contexto de discriminación, dominación o subyugación de su compañera por parte del procesado, lo que permite extender el juicio de tipicidad a la circunstancia de agravación punitiva prevista en el inciso segundo del artículo 229 del Código Penal.

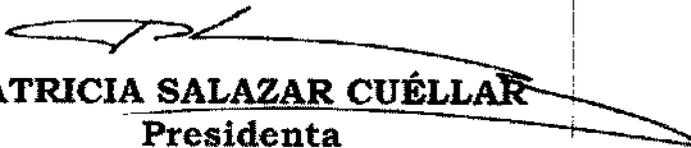
En mérito de lo expuesto, la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

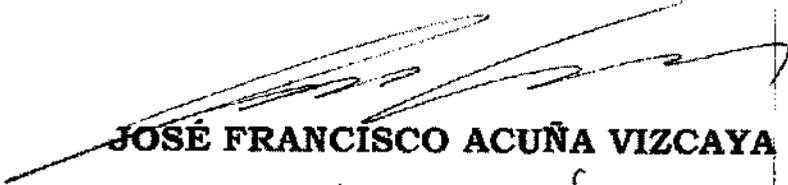
RESUELVE

No casar el fallo impugnado.

Contra esta providencia, no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al
Despacho de origen.


PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR
Presidenta

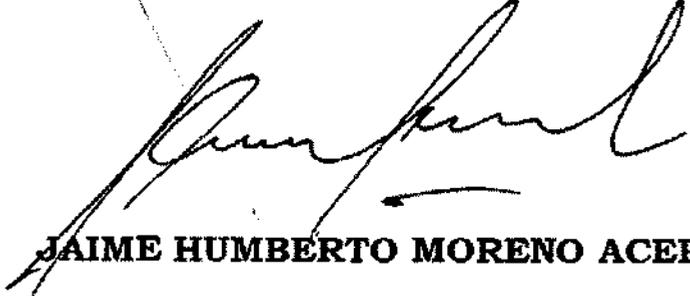

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

aclaro voto


EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

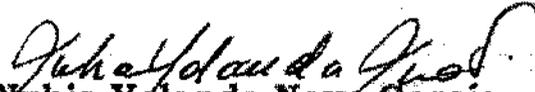
*AV
aclaro voto*


LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

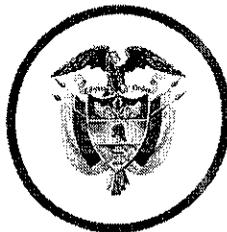

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

Casación 53037
Edwin Alfonso Téllez León


EYDER PATIÑO CABRERA


Nubia Yelanda Nova Garcia
Secretaria





República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Rad 53.037 - Casación
Edwin Alfonso Téllez León

Aclaración de voto.
Radicado 53.037
Casación: Acta 039
Delito: Violencia intrafamiliar
Procesado: Edwin Alfonso Téllez León
Fecha: 19 de febrero de 2020

En el proceso de la referencia la Sala no casa el fallo del Tribunal Superior de Bogotá aplicando para efectos del agravante por la condición de mujer de que trata el artículo 229 del Código Penal la tesis de la sistematicidad de la agresión que con criterio mayoritario se estableció en el radicado 52.394.

1. Desarrollo dogmático del tipo de violencia intrafamiliar

El tipo de violencia intrafamiliar esta descrito en el artículo 229 del Código Penal de la siguiente manera:

Texto modificado por la Ley 1142 de 2007, aplicable para la fecha de los hechos:

ARTÍCULO 229. <Artículo CONDICIONALMENTE executable> 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.

Edwin Alfonso Téllez León

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.

Como se puede apreciar, la intención del legislador -en su momento- fue incluir dentro de este tipo penal, como sujetos activos y pasivos, *a todos los miembros de la familia.*

Se penaliza en el inciso primero del artículo 229 del C.P. la violencia contra cualquier miembro de la familia, independientemente de su sexo y del número de veces que se utilice la agresión, siendo entonces el sujeto activo y pasivo de este tipo penal básico *indeterminado.*

La modalidad del tipo penal subordinado que establece agravantes para la conducta punible a que se refiere el inciso segundo del artículo 229 del C.P. por la condición de mujer del sujeto pasivo, corresponde a una violencia *determinada por razón de la persona sobre la cual recae la conducta*, sea menor o mayor de edad, disminuido o indefenso, pero con la condición que se trate de "una mujer", se excluye con ello expresamente de la agravante a los hombres, amén que el supuesto sobre el cual se estructura la mayor intensidad punitiva no hace alusión al número de agresiones que se realicen sobre la

2
Téllez

víctima, lo que hace que en el juicio de tipicidad no se puedan tener en cuenta eventualidades que el legislador no estableció.

Ahora bien, esta decisión del legislador de adentrarse en el núcleo familiar, deviene de la notoriedad de las consecuencias adversas que este tipo de violencia en el seno familiar, en la sociedad en general, por lo que el Estado busca con el inciso segundo del artículo 229 ídem de alguna manera proteger los derechos humanos de quien es víctima de este tipo de violencia, en especial sobre la mujer. En ese sentido, se elaboró la exposición de motivos de la Ley 882 de 2004, en la cual se señala claramente que la voluntad del legislador fue la de consagrar una causal que protegiera a la mujer contra la violencia doméstica, pero que su protección era *objetiva*, es decir que se protegía por el hecho de ser mujer, no que se la agresión se realizara con ocasión o causa a su género¹.

Al decir que la “*violencia intrafamiliar (VIF)*, como concepto viene gracias a los movimientos de mujeres que hicieron visible la violencia conyugal y con su contestación hicieron posible considerar que la violencia contra la mujer dentro del hogar, es una violencia de derechos humanos”,² siendo dicho concepto bajo los preceptos del Código Penal Colombiano, extensible a los demás miembros de la familia, que mediante el uso de la fuerza, buscan de quien agreden la satisfacción de algún interés, o la demostración de autoridad.

¹ Gaceta del Congreso No 304 del 29 de junio de 2002. *Proyecto de Ley No 18 de 2002-Senado “Ley contra los ojos morados por la cual se modifica el artículo 229 de la Ley 599 de 2000”*. Pág. 21 ss.

² CAICEDO, Claudia. Lucha contra la violencia intrafamiliar: perspectivas desde la experiencia colombiana. En: Centro internacional de formación para la enseñanza de los derechos humanos y la paz. <http://www.cifedhop.org/Fr/Publications/Thematique/thematique13/Caicedo.pdf> (07.10.2019).

Una vez mencionado lo anterior, y observando que el legislador quiso proteger la integralidad y seguridad de la mujer, es necesario aclarar que la violencia intrafamiliar se clasifica en: física, psicológica y sexual:

La violencia física: hace referencia a la coacción que hace una persona sobre otra para viciar su voluntad y obligarla a ejecutar un acto determinado. Dicha coacción puede provocar incapacidad laboral transitoria o permanente y a su vez puede dejar secuelas psíquicas.

La violencia psicológica: Constituye las alteraciones de las funciones mentales que se derivan del actuar de un tercero. Este tipo de violencia actúa con agresiones verbales y con actuaciones crueles. Está descrito en el artículo 115 del Código Penal.

La violencia sexual: Constituye tanto la violencia física como la violencia psicológica. Los ejemplos claros en los cuales se evidencia una violencia sexual se pueden encontrar en el título IV "Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales". Los artículos en su mayoría hablan sobre un uso de la violencia por parte del sujeto activo para alcanzar a satisfacer sus deseos erótico sexuales y como consecuencia de lo obtenido provocarle daños "irreparables" en detrimento a la psiquis de la víctima creando posiblemente un estado de inferioridad mental.



2. Consideraciones atientes al estudio de la agravante por el hecho de ser mujer establecida en el inciso 2° del Art. 229

En la sentencia se desarrolla el alcance de la agravante “*por ser mujer*” establecida en el referido artículo, sin embargo, se contravienen diferentes aspectos con los cuales no se está de acuerdo frente al contenido de la mencionada agravante.

2.1. Sobre las consideraciones de protección especial a la mujer

Se ha trabajado bajo parámetros internacionales traídos del bloque de constitucionalidad, en los que se justifica y apremia la protección a la mujer en casos de violencia intrafamiliar.

Sin embargo, se observa que la argumentación que trae el texto no es unívoca, presenta contradicciones y saca conclusiones de los textos que no son las adecuadas, ni están comprendidas dentro de la decisión del legislador en el inciso segundo del artículo 229 del C.P.

En primer lugar, la *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de 1993* presenta las siguientes definiciones:

“Artículo 1

A los efectos de la presente Declaración, por “violencia contra la mujer” se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad,

tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada.

Artículo 2

Se entenderá que la violencia contra la mujer abarca los siguientes actos, aunque sin limitarse a ellos:

a) La violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación;

b) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada;

c) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra. Estas mismas se desarrollaron en el denominado "convenio de Estambul" Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica:

Artículo 3 – Definiciones

A los efectos del presente Convenio:

a) por "violencia contra las mujeres" se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designará todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada;

b) por "violencia doméstica" se entenderán todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima;

6
[Handwritten signature]

c) por "género" se entenderán los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente contruidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres;

d) por "violencia contra las mujeres por razones de género" se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada;

e) por "víctima" se entenderá toda persona física que esté sometida a los comportamientos especificados en los apartados a y b;

De lo anterior se desprende que se ha definido el contexto en que se habla de *violencia de género*, pero también incluye que puede ser cualquier acto (uno o varios), el único requisito es que esté dentro del grupo familiar para denominarse intrafamiliar, pero no es excluyente con otro tipo de actos ni impone su análisis contextual, como lo desarrolla la sentencia, en lo que puede generar problemas de índole probatorio y contrario a lo que piensan los integrantes de la Sala mayoritaria, se le da un mayor alcance en la protección, causa un efecto contrario sometiendo el delito a la condición de que se haya repetido en varias ocasiones, sin importar el sujeto pasivo, como se enunció anteriormente.

Además, la tesis de la mayoría de la Sala, resulta contraria a la lógica que emplean para interpretar y aplicar el inciso primero del artículo 229 del C.P., pues para esta modalidad estiman suficiente un solo acto de agresión para la tipicidad del comportamiento y para la agravante por recaer en una mujer se predica una sistematicidad o repetición, que nunca fue prevista por el legislador. Si se predica la sistematicidad o pluralidad de actos violentos para la

agravante, si eso fuera suficiente para el supuesto “cuando la conducta recaiga sobre .. una mujer”, qué decisión tomar cuando la acciones que por una sola vez agreden a una dama, o en el supuesto en el que varias veces se maltrata a un varón (niño, joven o anciano).

Si la agravante es por la pluralidad de maltratos, como se exige con el criterio mayoritario, porque esa sistematicidad se descarta para la tipicidad del tipo penal básico del inciso primero del artículo 229 del C.P.

De igual manera, el fallo confunde las categorías de violencia contra las mujeres, violencia doméstica, violencia por las razones de género y víctima, dándole un contenido indeterminado al punible de violencia intrafamiliar, mezclándolo con otras categorías que no son propias de este tipo penal.

En punto de esta diferenciación, la Corte Constitucional en sentencia T-027 de 2017 desarrolló el tema de esta manera:

“La violencia contra la mujer, en el marco de la violencia intrafamiliar, se nutre de una discriminación histórica que asigna unos roles específicos a cada género, en la que predomina una posición dominante del género masculino a través de criterios de apropiación y dominio de la mujer. Esta violencia, que se ejerce tanto desde el ámbito físico como psicológico, pretende resquebrajar la autonomía e independencia de la mujer, y en el marco de los paradigmas y estereotipos, se tolera sin que haya una reacción social o estatal eficaz. Valga aclarar que este fenómeno, no ha sido ajeno a la administración de justicia, pues las decisiones judiciales también han sido fuente de discriminación contra la mujer al confirmar patrones de desigualdad. Para

contrarrestar esta situación, la jurisprudencia constitucional ha introducido subreglas sobre cómo deben analizarse los casos que involucren actos o medidas discriminatorias, reiterando la obligación que tienen las autoridades judiciales de abarcar sus casos desde un enfoque diferencial de género. Al respecto, en sentencia T-012 de 2016, se precisó que las autoridades judiciales deben:

- “(i) desplegar toda actividad investigativa en aras de garantizar los derechos en disputa y la dignidad de las mujeres;
- (ii) analizar los hechos, las pruebas y las normas con base en interpretaciones sistemáticas de la realidad, de manera que en ese **ejercicio hermenéutico se reconozca que las mujeres han sido un grupo tradicionalmente discriminado y como tal**, se justifica un trato diferencial;
- (iii) no tomar decisiones con base en estereotipos de género;
- (iv) **evitar la revictimización** de la mujer a la hora de cumplir con sus funciones; reconocer las diferencias entre hombres y mujeres;
- (v) **flexibilizar la carga probatoria** en casos de violencia o discriminación, privilegiando los indicios sobre las pruebas directas, cuando estas últimas resulten insuficientes;
- (vi) considerar el rol transformador o perpetuador de las decisiones judiciales;
- (vii) efectuar un análisis rígido sobre las actuaciones de **quien presuntamente comete la violencia**;
- (viii) evaluar las posibilidades y recursos reales de acceso a trámites judiciales;
- (ix) Analizar las relaciones de poder que afectan la dignidad y autonomía de las mujeres”.

7.3. En este sentido, la existencia de agresiones mutuas entre la pareja, debe leerse a la luz del contexto de violencia estructural contra la mujer. El estereotipo de la mujer débil que no se defiende ante la agresión, es solo otra forma de discriminación. La defensa ejercida por una mujer ante una agresión de género, no puede convertirse en la excusa del Estado para dejar de tomar las medidas adecuadas y eficaces para garantizarle una vida libre de violencia. Las víctimas de violencia de género no pierden su condición de víctimas por reaccionar a la agresión, y tampoco pierde una mujer que se defiende, su condición de sujeto de especial protección constitucional. En virtud de lo anterior, debe tenerse en cuenta que cuando un hombre y una mujer se propician agresiones mutuas, en términos generales, no están en igualdad de condiciones. La violencia contra la

*mujer está fundada en estereotipos de género que les exige asumir roles específicos en la sociedad, ajenos a la “independencia, dominancia, agresividad, e intelectualidad del hombre” y cercanos a la “emotividad, compasión y sumisión de la mujer”. **Y la obligación del Estado es la de adelantar todas las medidas necesarias para contrarrestar la discriminación histórica y estructural que motiva a la violencia de género.***
(Negrillas fuera de texto)

De ello puede concluirse que existe una obligación del Estado colombiano para luchar contra la violencia de género, la cual se basa no sólo en el marco de un *contexto* sino en *cualquier acto*, y que el operador judicial está en la obligación de buscar, según el caso concreto dichas medidas para sancionar estas conductas, a fin de no provocarle a la víctima mujer, escenarios de revictimización colocándole cargas probatorias y procesales las con las cuales denuncia agresiones físicas o morales a sus derechos.

De esta forma estaría en concordancia con algunos fallos de la Sala de Casación Penal que desarrollan el tema, y que ha sido la tendencia jurisprudencial hasta el momento, observándose en esta oportunidad un cambio a la línea jurisprudencial, sin justificación alguna.

Así mismo en otra sentencia de la Corte Constitucional C-368 de 2004, se habló específicamente del contenido del agravante del referido artículo 229 de esta forma:

*“Protección especial a personas vulnerables dentro del ámbito doméstico. Como lo precisó la Corte en la sentencia C-285 de 1997, dicha protección debe encaminarse también **a garantizar los derechos de los miembros más débiles de la población (menores de edad, personas con discapacidad, ancianos, mujeres)** y erradicar la*

violencia de la familia; objetivo en el cual está comprometido el interés general, por ser la familia la institución básica y el núcleo fundamental de la sociedad, y un espacio básico para la consolidación de la paz.

*En relación con el deber de protección a los integrantes de la unidad familiar, y para efectos del estudio de la norma demandada, en particular de los agravantes punitivos que consagra, es preciso señalar que **la Constitución establece un deber de especial protección a los grupos poblacionales señalados en el inciso segundo del artículo 229 del Código Penal.***

En relación con las mujeres el artículo 13 prohíbe cualquier forma de discriminación por razón del género al tiempo que ordena al Estado adoptar medidas a favor de grupos que la han sufrido, como el caso de las mujeres. En este punto es importante resaltar como el enfoque constitucional está encaminado a superar la antigua concepción de la mujer como persona sometida al poder de la figura masculina en las relaciones parentales, afectivas políticas, e incluso jurídicas y que se veía reflejada en distintas disposiciones legales de orden civil y la ausencia de reconocimiento, hasta hace poco más de medio siglo, de las mujeres como titulares de derechos civiles y políticos. En este sentido, los artículos 43 y 53 de la Constitución proclaman la igualdad entre hombre y mujer, proscriben la discriminación de las mujeres por razón del estado de embarazo y, por el contrario, ordenan darles especial protección.

*Este deber también encuentra fundamento en los **compromisos del Estado en el marco del derecho internacional**, el cual establece la obligación estatal de contar con un marco jurídico de protección en casos de **violencia contra las mujeres, que incorpore la normativa necesaria para investigar y sancionar cualquier forma de violencia contra ellas, bajo el entendido que tolerar la violencia contra las mujeres ayuda a su perpetuación.** (Negrillas fuera del texto).*

De lo anterior resulta diáfano que a través del agravante establecido para el delito de violencia intrafamiliar, se busca la erradicación de la violencia contra la mujer como protección a un grupo poblacional que ha estado en constante vulneración, el cual a través de la norma penal, busca compensar y rehabilitar los derechos históricamente vulnerados.

Sobre las características del tipo penal consagrado en el artículo 229 del Código Penal, en sentencia C-029 de 2009, manifestó de igual forma el Tribunal Constitucional:

*“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, situación que también se presenta en el ámbito de las parejas homosexuales, da lugar a un déficit de protección porque ignora una realidad que, para los supuestos previstos por el legislador, puede aspirar a un nivel equivalente de protección al que se brinda a los integrantes de la familia”*

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

verbo maltratar (el que maltrate física o psicológicamente).”
(Negrillas fuera del texto).

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

Y concluye dicha decisión afirmado que:

*(...) existe un **deber especial de protección a la familia** y, dentro de ella, **a quienes por alguna condición son más vulnerables y requieren de medidas de protección reforzada**. Señaló que la unidad y armonía familiar deben ser salvaguardados, entre otras medidas, a través del ejercicio del poder sancionatorio del Estado conforme al artículo 42 de la Constitución, por lo cual el Estado está obligado a consagrar una normativa que permita investigar y sancionar cualquier tipo de violencia al interior de la familia. Para tal efecto el legislador tiene la potestad de tipificar como delito las diversas formas de violencia que vulneran la unidad y armonía familiar e incrementar como medida de política criminal los límites punitivos fijados para el delito de violencia familiar descrito en el artículo 229 del Código Penal, modificado por el artículo 33 de la Ley 1142 de 2007. (Negrillas fuera del texto).*

De esta forma supera la discusión en donde se debate si deben tomarse otros elementos para este tipo penal, cuando la misma Corte Constitucional ha afirmado que la inclusión del agravante se hacía *en consideración a razones objetivas*, con las

que se busca proteger a la mujer por pertenecer a un grupo vulnerable como desarrollo del artículo 42 Constitucional.

En jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, especialmente en SP 2706-2018 Radicado N.º 48.251 se aclara la diferencia entre la *violencia de género* con la *violencia doméstica*, asunto que al parecer se mezcla en esta actuación – como se había reiterado anteriormente- ya que se consideran pueden ser tratados desde la misma óptica.

En esa medida, es necesario distinguir -aun cuando ostenten rasgos similares- lo que constituye *violencia en contra de la mujer* en el contexto familiar - 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 sólo hecho de ser mujer³.

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

³ CEPAL- Naciones Unidas- Rico, Nieves: Violencia de género: un problema de derechos humanos. Julio de 1996. Disponible en : https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/5855/S9600674_es.pdf?s (07.10.2019). Pág 5.

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».

De esta forma el referido fallo de la Sala Penal con Radicado N.º 48.251 aclaró:

*“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” **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**, en cuanto es menester que esa conducta sea manifestación de la 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».

A handwritten signature in black ink is written over a circular official stamp. The stamp contains some illegible text and a central emblem.

Valga aclarar que no se 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. No obstante, el asunto a destacar es desde la perspectiva de protección del bien jurídico de la familia, el cual no tiene cabida en los supuestos de ruptura de la misma sancionar esa clase de ataques por vía del artículo 229 del Código Penal.

Asimismo, se reitera lo mencionado por la Corte Constitucional en C- 368 de 2014, en cuanto al ámbito de protección objetiva de la inclusión del sujeto pasivo mujer:

“(...) 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 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.”

En este sentido, no se pueden crear reglas jurisprudenciales absolutas, más aun partiendo del caso en concreto, en donde la presente sentencia cita jurisprudencia para la valoración para el delito de feminicidio (Numeral 6.2.3.3) referenciándose fundamentalmente en la C- 297 de 2016, perdiendo el objetivo el fallo al utilizar como argumento las pautas de determinación del *elemento subjetivo* del feminicidio que es la muerte por su caracterización de ser mujer, y no que

recaiga su conducta por el hecho de ser mujer, que aquí y revisando los antecedentes legislativos, orientan la discusión a que se toma como elemento objetivo constitutivo del tipo penal⁴.

De esta forma, bajo criterios de una igualdad, pero entendida bajo el concepto constitucional de *desigualdad negativa*, en donde se trata de equiparar a la población vulnerable en ciertos casos de presunta vulneración de derechos fundamentales. Así, los argumentos traídos del delito de feminicidio no resultan compatibles con el análisis en este caso, que a pesar de que ya se tienen los pertinentes para contextualizar la necesidad de protección en el sistema jurídico colombiano, no resultan compatibles con la argumentación y las conclusiones de la presente sentencia.

Al contrario, y en reiterada jurisprudencia se ha establecido que dichos casos de violencia intrafamiliar deben seguirse bajo unas pautas básicas del fiscal que investiga y del juez que analiza la situación, a fin de darle el alcance necesario en una valoración amplia y no individual que busque la efectiva investigación y sanción por este tipo de delitos que afectan la armonía y la paz familiar.

Así, en CSJ SP964-2019, Rad. 46.935, se establecen unos parámetros al juez, a fin de que determine objetivamente la naturaleza de la agresión, para que pueda valorar la conducta punible de forma adecuada y con perspectiva de género:

⁴ Gaceta del Congreso No 304 del 29 de junio de 2002. *Proyecto de Ley No 18 de 2002-Senado "Ley contra los ojos morados por la cual se modifica el artículo 229 de la Ley 599 de 2000"*. Pág. 21 ss.

Para los comportamientos de violencia intrafamiliar, y 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 may. 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.

Además, se encuentra que dichas premisas son reiteradas en reciente sentencia de la Sala Penal (SP2251-2019 18. Jun. 2019 Rad N.º 53.048) donde la Ponente de esta sentencia, en una aclaración de voto de dicha providencia, en nuestro criterio de forma correcta, manifiesta:

“Con las anteriores alusiones, al precisar el precedente que marca este caso, no se quiso fijar premisas inamovibles, pues la constelación de las relaciones familiares es tan amplia y diversa, que los juicios de adecuación típica, a la hora de verificar si se da el ingrediente normativo núcleo familiar, no pueden basarse en la aplicación de etiquetas que, si bien ilustran el grueso de las tipologías de relacionamiento familiar, no agotan las múltiples opciones de conformación de familias que, por ser atípicas o más o menos ajustadas a modelos tradicionales, no dejan de ser familia y, por ende, los maltratos entre sus miembros afecta el bien jurídico unidad y armonía familiar”.

En este sentido y al tenor de las anteriores providencias no estaría el presente caso siguiendo dichos parámetros, y sobre todo de las establecidas en SP964-2019, 20 Mar. 2019, Rad 46.935 en la que se retoman ciertas consideraciones del delito de violencia intrafamiliar. Además, va en contravía de la providencia SP8064-2017 Rad. 48.047 en donde se fijó que el agravante por ser “mujer”, es un elemento *objetivo del tipo* y no *subjetivo* como se busca interpretar, en esta oportunidad.

2.2. Sobre la determinación del contexto como un elemento para calificar el tipo penal

Debe aclararse en esta oportunidad que la presente sentencia confunde el tema del contexto para la determinación del tipo penal, en donde se impone la interpretación que el agravante por ser mujer se da en un escenario en el cual se determina la intensión del sujeto activo, para que poder calificar sobre la persona en la cual recae dicha conducta punible.

Se parte de un error, al buscar una finalidad en los agravantes que, como se desarrolló anteriormente, no tiene el artículo 229, ya que al tomar elementos propios de las sentencias que determinaron la constitucionalidad del delito de feminicidio (C-539 de 2016 y C-297 de 2016), le brindaron una interpretación cerrada al agravante en el delito de violencia intrafamiliar.

Así en la Sentencia C-539 de 2016, se expresó:

“Sentido y alcance de la expresión “por su condición de ser mujer” dentro del tipo penal de feminicidio

1. El artículo 104B del Código Penal establece: “Quien causare la muerte a una mujer, por su condición de ser mujer o por motivos de su identidad de género o en donde haya concurrido o antecedido cualquiera de las siguientes circunstancias, incurrirá en prisión (...)

*2. La expresión subrayada, como ya se ha adelantó páginas atrás, es aquello que la dogmática jurídica denomina un **elemento subjetivo del tipo penal**. Algunos sostienen que los elementos subjetivos del tipo implican un dolo especial o calificado, mientras que otros señalan que son ingredientes de carácter subjetivo que,*

además del conocimiento y la voluntad de llevar a cabo el comportamiento, son requeridos para la realización del injusto. Bajo una y otra conceptualización, lo cierto es que tales elementos **exigen que el agente haya obrado con un propósito, motivación, móvil o impulso específico para que la conducta sea típica.**

3. En términos generales, esos elementos subjetivos son **utilizados por el legislador para crear un delito**, una circunstancia de agravación punitiva, una modalidad calificada del injusto o para establecer tipos penales autónomos, respecto de otros semejantes. Correlativamente, permiten determinar si una conducta se subsume bajo la modalidad básica, agravada o calificada del delito o si se trata de uno u otro tipo penal. En sustancia, dichos ingredientes sirven a los fines de distinguir y asignar consecuencias jurídicas diferentes a dos comportamientos que, desde el punto de vista externo o de los resultados ocasionados, son prácticamente iguales.

(...) 9. En resumen, la expresión "por su condición de ser mujer" prevista en el delito de feminicidio es un elemento subjetivo del tipo, relacionado con **la motivación que lleva al agente a privar de la vida a la mujer (i). Este ingrediente identifica y permite diferenciar el feminicidio del homicidio de una mujer, que no requiere de ningún móvil en particular (ii).** En tanto motivación de la conducta, comporta no solo la lesión al bien jurídico de la vida, como sucede con el homicidio, sino también una violación a la dignidad, la libertad y la igualdad de la mujer (iii). La causación de la muerte asume aquí el sentido de un acto de control y de sometimiento de contenido esencialmente discriminatorio (iv). En la regulación del feminicidio el legislador estableció **seis escenarios de comisión del delito que, en todo caso, requieren la verificación efectiva de la citada motivación del agente.** Esto supone que cada uno de tales conjuntos de circunstancias implica ese ingrediente subjetivo (v). La motivación del agente, por el contrario, hace de la muerte de la mujer un feminicidio no solo en las situaciones indicadas en esos seis conjuntos de circunstancias sino en todos aquellos en que pueda ser inferido (vi). (Negrillas fuera del texto).

Y en la sentencia C-297 de 2016:

14. Para concluir, el inciso acusado por el demandante no puede ser leído de forma que excluya o reemplace el elemento subjetivo del tipo; es decir, el hecho de matar a una mujer por su condición femenina. Lo anterior, puesto que dicha lectura supondría, frente al literal demandado, que un hecho pasado, antecedentes, indicios o amenazas de violencia, en posible desconexión con el acto de matar en razón al género, tipificaría la conducta como feminicidio. Esa lectura haría que la verificación de las mencionadas circunstancias, estableciera de forma automática la posibilidad de una imputación por feminicidio, **sin que estuviera presente la verificación de la existencia del elemento subjetivo del tipo (matar a una mujer por ser mujer o por su identidad de género)**. En efecto, la primera lectura de la norma va en contravía de los principios que rigen el derecho penal, puesto que haría innecesario verificar uno de los elementos del tipo o lo supondría automáticamente.

De lo anterior puede concluirse que la intención del legislador frente al delito de *feminicidio* fue muy diferente a la establecida en el agravante de *violencia intrafamiliar*, debido a que en el primero, es necesario la determinación de elementos subjetivos que califiquen cuál fue la intención del autor para llevar a cabo esta muerte, y en el segundo, que es el que nos compete, no es necesaria dicha calificación, ya que es el sujeto sobre el que recae la conducta, *es decir única y exclusivamente por ser mujer*, tal como lo establecen los antecedentes legislativos reseñados, los convenios internacionales de protección de la mujer, y la Corte Constitucional.

Por ello, no se comparte la idea de hacer un *análisis contextual* para la determinación de la violencia intrafamiliar, ya que se estaría colocando un elemento adicional al tipo penal que debería asumir la víctima del caso, en esta oportunidad la mujer, ya que la *casual es objetiva* y no es necesario ningún tipo de valoración para que se determine si es o no mujer, o si hace parte de un contexto de violencia, sino que se sancione

única y exclusivamente al haber recaído la conducta típica en ella, alterando el referido delito y dificultando su sanción desprotegido los derechos de las mujeres y contrariando la jurisprudencia de esta Sala de Casación Penal, citada precedentemente.

2.3. Competencia para regular los elementos de un tipo penal

Finalmente, se considera que una vez visto lo anterior, con el presente fallo, se estaría contrariando una de las manifestaciones del principio de legalidad, que en materia penal impera que sea el Congreso de la República quien regule ciertas materias, y como parte de esa limitación *penal-constitucional*, existe una *prohibición de exceso* y *prohibición de defecto*, la cual controla los aspectos para ser legislados y la manera en que pueden ser interpretados por el juez⁵.

De esta forma, existe una prohibición por *defecto* cuando el Congreso debe legislar sobre una materia que internacionalmente, o convencionalmente se haya obligado a hacerlo, y será por *exceso* cuando el legislador autónomamente, en virtud de sus facultades y para efectivizar la política criminal, promulga leyes penales que ejerzan ese control social o procesal. El juez cumple su rol dando control a los demás actos, siempre que exista una regulación legal sobre el asunto⁶.

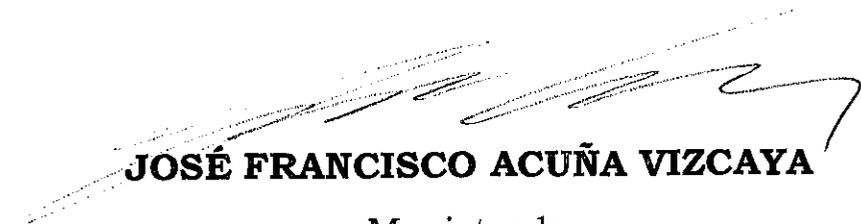
⁵ Hassemer, Winfried. *¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?*. En: Hefendehl, Ronald; Von Hirsch, Andrew y Wohlers, Wolfgang (editores). *La teoría del bien jurídico- ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Pág. 94-99.

⁶ CSJ AP1260-2018. 03 abr. 2019. Rad. 53.856

En el caso en concreto, no hay un desarrollo legislativo específico, por lo que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia no puede restringir o re valorar, en nuestro criterio-en contra de las víctimas mujeres-, aspectos que son de competencia legislativa, para redefinir el sujeto pasivo del agravante del delito de violencia intrafamiliar, el cual recientemente a través de la *Ley 1959 de 2019*, dejó incólume respecto a esos aspectos, demostrando que no hay interés legislativo por darle un alcance distinto que el expuesto anteriormente sobre este tipo penal.

3. Por lo anterior, nos apartamos de la dogmática que la sala mayoritaria aplica respecto de la condición de mujer como agravante del delito de violencia intrafamiliar para exigir una sistematicidad que no estableció el legislador.

Respetuosamente,



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado



EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado

Fecha ut supra.

5/11/16