República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

Magistrado ponente

SP3002-2022

Radicación N° 56205

Acta 202.

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de agosto de dos mil veintidós (2022).

VISTOS

Inadmitida la demanda de casación[1] presentada por la defensa, se pronuncia la Sala oficiosamente sobre la legalidad de la sentencia dictada el 8 de mayo de 2019 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante la cual confirmó la emitida el 10 de abril de esa misma anualidad por el Juzgado 20 Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de esta ciudad, que condenó a CARLOS EUGENIO DUARTE ROBAYO por el delito de violencia intrafamiliar agravada, en concurso homogéneo.

[1] CSJ AP2034-2022, May. 18 de 2022, Rad. 56205.

HECHOS

Al finalizar la tarde del 23 de octubre de 2009, en una vivienda ubicada en un barrio del norte de la ciudad de Bogotá, CARLOS EUGENIO DUARTE ROBAYO, en compañía de tres de sus hermanos, agredió física y verbalmente a su esposa, María del Pilar López Rodríguez, ocasionándole lesiones que, según dictamen médico legal, ameritaron incapacidad definitiva de 7 días, sin secuelas. Ese suceso fue presenciado por el menor hijo de la pareja, C.A.D.L., quien presentó afectación psicológica por la conducta violenta de su progenitor.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. En audiencias preliminares concentradas que iniciaron el 8 de mayo de 2012 y culminaron el día 11 siguiente, la Fiscalía 21 Seccional de Bogotá, ante el Juzgado 59 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de la misma ciudad, formuló imputación en contra de CARLOS EUGENIO DUARTE ROBAYO, como presunto autor del delito de violencia intrafamiliar con circunstancias de agravación punitiva, en concurso homogéneo, según lo consagrado en los artículos 229, inc. 2°, 31 y 58, nums. 7 y 9, del C.P., cargos que igualmente se hicieron extensivos, en condición de cómplices, respecto de los hermanos Nelson Smith, Ruby Astrid y Wilson Duarte Robayo, sin que ninguno de los prenombrados manifestara aceptarlos.

El juzgador se abstuvo de imponer las medidas de aseguramiento solicitadas por el delegado del ente persecutor, en contra de los imputados.

2. El escrito de acusación fue radicado el 6 de junio de 2012 y su verbalización se llevó a cabo el 17 de agosto siguiente, ante el Juzgado 20 Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Bogotá, oportunidad en la que se mantuvo la delimitación de cargos realizada en precedencia.

3. La audiencia preparatoria se realizó en sesiones de 26 de febrero y 11 de abril de 2014.

4. El juicio oral y público fue instalado el 20 de abril de 2017 y desarrollado en varias sesiones, siendo relevante destacar que en la cursada el 9 de julio de 2018, a solicitud del delegado de la Fiscalía General de la Nación, el director de la vista pública declaró la preclusión de la investigación, por prescripción, respecto del punible de violencia intrafamiliar por el que fueron acusados los hermanos Nelson Smith, Ruby Astrid y Wilson Duarte Robayo, en condición de cómplices.

4.1. Dispuesta la ruptura de la unidad procesal y continuando el proceso solo en relación con CARLOS EUGENIO DUARTE ROBAYO, la fase de juicio culminó el 10 de abril de 2019, fecha en la que el juez singular anunció el sentido condenatorio del fallo.

Acorde con lo anunciado, en esa misma data el juzgador de conocimiento sentenció a DUARTE ROBAYO, en condición de autor responsable del delito de violencia intrafamiliar agravada, en concurso homogéneo, pues, a tono con la pretensión incriminadora del ente persecutor, la conducta ilícita la ejecutó en contra de una mujer, la señora María del Pilar López Rodríguez, y de un menor, su hijo C.A.D.L. Por ende, como pena principal le impuso 84 meses de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un periodo igual al de la pena privativa de la libertad, al tiempo que le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria. En consecuencia, dispuso emitir la respectiva orden de captura para el cumplimiento efectivo de la pena.

5. La defensa interpuso recurso de apelación en contra del fallo precedente, el cual fue resuelto por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, colegiatura que, mediante sentencia de 8 de mayo de 2019, confirmó en su integridad lo decidido por el A quo.

6. Inconforme con la decisión del Ad quem, el defensor promovió recurso extraordinario de casación.

7. Mediante auto de 18 de mayo de 2022, esta Corporación decidió inadmitir el libelo casacional. Sin embargo, en la misma providencia, se dispuso que, de no

presentarse mecanismo de instancia o resuelto desfavorablemente el mismo, la actuación debía regresar al Despacho en orden a examinar, de manera oficiosa, lo relacionado con la configuración de la circunstancia de agravación específica prevista en el inciso 2º del artículo 229 del C.P., esto es, «*cuando la conducta recaiga sobre (...) una mujer...*».

7.1. Al haberse promovido mecanismo de insistencia, por parte de la defensa, y no ser acogido el mismo por el Delegado de la Procuraduría General de la Nación, ingresaron las diligencias al despacho de quien funge como ponente de esta decisión, para resolver lo pertinente.

CONSIDERACIONES

La auscultación acerca de la adecuada estructuración de la causal que agrava punitivamente la comisión del delito de violencia intrafamiliar, por la condición de género de la víctima, en específico, por ser una mujer, conduce, necesariamente, a contemplar la postura mayoritaria y actualizada que la Sala[2] ha adoptado sobre este específico tópico, así como la solución que ha de proferirse en asuntos que guardan similitud fáctica y jurídica.

Así las cosas, se ha establecido, de conformidad con el artículo 229 de la Ley 599 de 2000, vigente para cuando ocurrieron los hechos (23 de octubre de 2009), es decir, sin la

[2] Consultar, por ejemplo, SP047-2021, En. 21 de 2021, Rad. 55821.

modificación que trajo consigo la Ley 1959 de 2019, que la violencia intrafamiliar sanciona:

> *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.*

El agravante punitivo del delito en mención, derivado de la condición de mujer de la víctima, ha de ser entendido, no como un componente meramente objetivo, sino en condición de elemento que, conforme al principio de culpabilidad en el ámbito penal, requiere de quien maltrata en el contexto intrafamiliar, lo haga en desarrollo de un acto de discriminación que la desvalora en su condición, colocándose en una absurda posición asimétrica de superioridad en orden a controlarla, vigilarla y reprenderla, contraria al principio de igualdad entre hombres y mujeres, todo lo cual debe encontrar suficiente acreditación probatoria, para que proceda el referido incremento de pena.

Tal aseveración conclusiva, según se extrae del precedente que viene de enunciarse, se encuentra antecedida de la siguiente argumentación:

Si bien el legislador no estableció un elemento subjetivo especial para la aplicación de la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el inciso 2 del artículo 229 del Código Penal, como si lo hizo respecto del delito de feminicidio, lo cierto es que se trata de una medida más en procura de erradicar la discriminación y la violencia estructural ejercida sobre las mujeres.

Entonces, la agravación punitiva específica para el delito de violencia intrafamiliar requiere constatar que el agresor realizó la conducta en un contexto de discriminación, dominación o subyugación de la mujer, sin importar la finalidad por la cual haya procedido.

Insistió la Sala mayoritaria en que la pauta cultural de discriminación, irrespeto y agresión hacia las mujeres suele materializarse en los escenarios que implican mayor riesgo para este grupo poblacional, entre ellos, la familia, pues buena parte de la teoría que soporta los más recientes cambios normativos y los respectivos desarrollos jurisprudenciales sobre violencia contra las mujeres, da cuenta de la conexión que suele existir entre las agresiones hacia la pareja y, en general, la violencia intrafamiliar, además de la comisión de feminicidios.

Desde luego, precisó la Corporación, corresponde a la Fiscalía acreditar probatoriamente 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, pues conlleva la imposición de por lo menos 2 años de prisión adicionales a los establecidos en el tipo básico, además de que visibilizar ese fenómeno es presupuesto de su erradicación.

Entonces, en la estructuración del programa metodológico al investigador no le bastará demostrar la condición de mujer de la víctima agredida, pues si se asume que la circunstancia de agravación protege un bien jurídico específico (la igualdad y la consecuente prohibición de discriminación), el Estado debe constatar en cada caso las circunstancias bajo las cuales se produjo la agresión, las razones de la misma y, en general, todo lo necesario para establecer si la conducta reproduce la pauta cultural de discriminación y maltrato en razón del género.

Se precisó en el citado fallo de esta Sala[3]:

[3] Cfr. CSJ SP, 1 oct. 2019. Rad. 52394.

"Así, resulta claro que el abordaje de los casos penales con perspectiva de género no implica el desmonte de las garantías debidas al procesado y la imposición automática de condenas, pues ello daría lugar a la contradicción inaceptable de 'proteger' los derechos humanos a través de la violación de los mismos, lo que socavaría las bases de la democracia y despojaría de legitimidad la actuación estatal".

A manera de conclusión señaló la Corte: (i) la referida circunstancia de agravación está orientada a proteger un bien jurídico diferente al tutelado en el tipo básico; (ii) la mayor penalización se justifica por la afectación del derecho a la igualdad y la consecuente prohibición de discriminación; (iii) la simple constatación del género del sujeto pasivo no es suficiente; y (iv) en cada caso debe establecerse si la conducta reproduce la pauta cultural de discriminación, irrespeto y subyugación, que ha afectado históricamente a las mujeres, cuya abolición constituye una de las razones principales del legislador para disponer el incremento punitivo.

También se indicó que la mayor sanción se justifica si la conducta del sujeto activo reproduce la pauta cultural cuya abolición se pretende. Ello puede suceder, a manera de ejemplo, si la agresión a la mujer, aunque aislada, ocurrió porque se viste de una determinada manera, porque el hombre decidió ejercer sobre ella una supuesta función de corrección, o porque el agresor la considera un objeto de su propiedad, entre otras circunstancias.

La verificación del contexto es importante para esclarecer dos temas fundamentales dentro del programa de investigación: (i) el motivo por el cual se realizó la conducta; y (ii) las circunstancias que la rodearon, todo ello en orden a constatar la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes circunstanciados.

2. De otra parte se tiene que la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, suscrita en la ciudad de Belén Do Para, Brasil, el 9 de junio de 1994, aprobada por la Ley 248 de 1995, dispuso, entre otros, como deber de los Estados "incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso".

En su exposición de motivos se expresó:

"La violencia doméstica basada en el sexo viola el principio de igualdad de las personas ante la ley y puede ser considerada como una tortura, al ser violaciones flagrantes y sistemáticas de los derechos humanos, perpetradas en tal cantidad y de tal forma que comprometen el derecho a la vida, a la integridad o a la libertad personal, que transmiten un mensaje de dominación: 'quédense en su sitio, tengan miedo', sustentado en valores patriarcales de sumisión, exclusión y control autoritario del poder. Situación que no sólo afecta a las mujeres sino que obstaculiza el desarrollo de un sistema de valores democráticos y pacíficos en toda la sociedad y para cualquier persona".

El artículo 1 de la Ley 882 de 2004 modificó el alcance de la agravante punitiva que según el artículo 229 Ley 599 de 2000 solo procedía cuando se tratara de un menor, ampliándolo a la condición de los sujetos pasivos de la acción, incluyendo a la mujer, así:

"La pena se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes cuando el maltrato, del que habla el artículo anterior recaiga sobre un menor, una mujer, un anciano, una persona que se encuentre en incapacidad o disminución física, sensorial y psicológica o quien se encuentre en estado de indefensión".

En la exposición de motivos de la citada legislación se expuso[4]*:*

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

[4] Senado de la República de Colombia (2002). "*Proyecto de Ley Nro. 18 de 2002. Ley contra los ojos morados por la cual se modifica el artículo 229 de la Ley 599 de 2000 Código Penal*". Gaceta del Congreso.

A su vez, el artículo 33 de la Ley 1142 de 2007 también modificó las normas anteriores, al incrementar la pena establecida en el primer inciso de 4 a 8 años de prisión.

Ahora, en cuanto importa al tema objeto de estudio, encuentra la Sala que el artículo 1 de la Ley 248 de 1995, por medio de la cual se aprobó la Convención Internacional para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, establece:

"Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado".

El inciso primero del artículo 2 de la Ley 1257 de 2008 dispone:

"DEFINICIÓN DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER. Por violencia contra la mujer se entiende cualquier acción u omisión, que le cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico, económico o patrimonial por su condición de mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, bien sea que se presente en el ámbito público o en el privado".

A partir de la interpretación auténtica[5] que de la violencia contra la mujer se ha señalado en las normas citadas, se advierte que la sanción para el delito de violencia intrafamiliar no se incrementa con la simple y llana constatación de que recayó sobre una mujer, en cuanto es necesario demostrar que se realizó, como lo precisó el legislador, "basada en su género", es decir, "por su condición de mujer", de modo que es necesario acreditar que el autor obró determinado por esa circunstancia.

Lo expuesto cobra especial sentido si se tiene en cuenta que en virtud del artículo 12 del Código Penal, "Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva", esto es, no hay lugar a la imposición de sanciones penales con base en la exclusiva verificación de la relación causa – efecto, pues es imprescindible que el proceder investigado sea producto de la voluntad del agente, lo cual comporta la

[5] *Según el sujeto que la realiza, la interpretación de la ley puede ser auténtica, si la adelanta el mismo autor de la norma. Judicial, si la realizan los jueces. Jurisprudencial, hecha por los tribunales y cortes. Doctrinal, planteada por estudiosos y académicos. Popular, expuesta por legos en el derecho.*

noción de la responsabilidad subjetiva, de manera que la causal de agravación del delito de violencia intrafamiliar analizada no tiene lugar cuando únicamente se demuestra que la víctima fue una mujer, en cuanto de acuerdo a la citada interpretación auténtica del mismo órgano legislativo, es necesario probar que la conducta fue motivada por razones de género y precisamente por su condición de mujer.

Tratándose de una situación similar, el feminicidio, ha señalado esta Sala[6]:

Será necesario acreditar que quien realiza el comportamiento "siente aversión hacia las mujeres, que es el evento más obvio", "pero también ocurre la misma conducta cuando la muerte de la mujer es consecuencia de la violencia en su contra que sucede en un contexto de dominación (público o privado) y donde la causa está asociada a la instrumentalización de que es objeto (…) cuando el acto violento que la produce está determinado por la subordinación y discriminación de que es víctima, de lo cual resulta una situación de extrema vulnerabilidad. Este entorno de la violencia feminicida, que es expresión de una larga tradición de predominio del hombre sobre la mujer, es el que básicamente ha servido de apoyo al legislador para considerar más grave ese tipo de violencia que se genera en un contexto de desigualdad y que se busca contrarrestar legítimamente con la medida de carácter penal examinada".

Y concluyó la Corte en relación con la agravante punitiva:

"En consecuencia, en ningún caso cabe deducirla de la simple circunstancia de ser el autor del delito un hombre y la víctima una mujer, sino que ha de fundarse en evidencias demostrativas de la situación de abuso de poder en que se encontraba la última".

En el derecho comparado se encuentra que el Tribunal Supremo Español[7] ha señalado que no toda acción de violencia física en el seno de la pareja que produzca una lesión, debe tenerse automáticamente como violencia de género, en cuanto es menester que la conducta sea una "manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder del hombre sobre la mujer", de modo que:

---

[6] CSJ 4 mar. 2015. Rad. 41457.
[7] Sentencia 177 del 24 de noviembre de 2009.

> *"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 pluspunición 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".*
>
> *También la Audiencia Provincial de Barcelona[8] ha señalado:*
>
> *"Dicho tipo penal para su integración exige además del delito de agresión de un cónyuge sobre el otro que la misma sea manifestación de la discriminación, situación de desigualdad e instrumento de subyugación de uno sobre el otro".*

Así las cosas, se itera, la estructuración objetiva de la agravante que consagra el artículo 229, inc. 2, del C.P., por la condición de mujer de la víctima, pierde su eficacia incriminadora si el órgano de persecución penal no logra demostrar, con respaldo probatorio, que las circunstancias y demás aspectos que enmarcaron el comportamiento violento del sujeto activo acaecieron en un contexto de discriminación y de maltrato en razón del género.

Es, precisamente, lo que advierte la Sala en el presente asunto, en el que, si bien, se encuentra acreditada la agresión verbal y física que el acusado le propinó a su entonces esposa, María del Pilar López Rodríguez, lo que determinó que en su contra se emitiera condena por la comisión del delito de violencia intrafamiliar, lo cierto es que el marco de la acusación y, en particular, del acervo

[8] Decisión del 7 de noviembre de 2006.

probatorio válidamente construido en la fase de juzgamiento, se muestra ausente la comprobación exigible de que DUARTE ROBAYO hubiese procedido, en este específico evento, en el contexto de una posición de discriminación, dominación o subyugación, producto de un patrón de sometimiento hacia la víctima por ser mujer, motivo por el que deviene infundada la atribución de la causal de agravación que viene de desglosarse.

Se ha develado por los medios de convicción que le dieron soporte al fallo condenatorio, en particular, la prueba testimonial, que ocurrió es un episodio de maltrato físico y verbal emprendido por el acusado y sus consanguíneos en contra de la víctima, por una situación que encontró su génesis en las desavenencias que inicialmente tuvo DUARTE ROBAYO con Sorys Lorayne Molina Cano, encargada de realizar los oficios domésticos en la vivienda, producto de lo cual, el primero elevó su advertencia de culminar el contrato laboral de la segunda.

Tal suceso lo refirieron tanto Molina Cano, como la víctima, quien dijo intervenir en defensa de la empleada, dadas las injurias de que se le hacía objeto, hecho por el que el implicado la insultó, solo que, cuando esta última pretendió pedir ayuda, en la entrada de la casa fue abordada por DUARTE ROBAYO y sus hermanos, quienes la agredieron física y verbalmente.

Lo descrito, ante la inexistencia de argumentos o medios probatorios encaminados a determinar un escenario de discriminación o subyugación marital, impide verificar demostrada la agravación inserta en la acusación y consignada en los fallos.

Se impone, entonces, casar oficiosamente el fallo, de manera parcial, en el sentido de marginar la punibilidad derivada del inciso 2 del artículo 229 de la Ley 599 de 2000, en relación con la conducta concursal atribuida al implicado respecto de la víctima, María del Pilar López Rodríguez.

Ahora bien, la verificación de la actuación enseña que la supresión de la aludida agravante punitiva incide de manera directa en el acaecimiento del fenómeno prescriptivo de la acción penal, respecto de esa específica ilicitud.

En efecto, el artículo 83 del Código Penal establece que la acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, sin que en ningún caso sea inferior a cinco años.

En asuntos adelantados bajo el rito de la Ley 906 de 2004, el canon 292 de esa codificación señala que la prescripción de la acción se interrumpe con la formulación de imputación, momento a partir del cual comenzará a correr de

nuevo por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83 de la Ley 599 de 2000, sin que pueda ser inferior a tres años.

Por consiguiente, si en el caso que concita la atención de la Sala se interrumpió la prescripción el 8 de mayo de 2012, cuando se formuló imputación contra DUARTE ROBAYO, a partir de ese día comenzaba el nuevo lapso para que operara el fenómeno extintivo de la acción penal, que era de cuatro (4) años, si se tiene en cuenta que la pena máxima para el delito de violencia intrafamiliar (Art. 229, inc. 1, del C.P.) es de ocho (8) años de prisión.

Es claro, que en este asunto se materializó el fenómeno prescriptivo de la acción penal el 8 de mayo de 2016, es decir, previo a la emisión de sentencia de primer grado, respecto de la comisión del punible de violencia intrafamiliar en el cual se referencia víctima a su entonces esposa.

Así las cosas, se impone casar de oficio la sentencia de segundo grado y precluir la actuación por esa específica ilicitud.

La precedente realidad genera como consecuencia directa la redosificación de la pena a imponer al implicado, en tanto, se recuerda, el concurso delictual también consideró la afectación causada a su hijo, como conducta concursada pero independiente.

Por ello, necesario es señalar que el juzgador de primer nivel, en primer lugar, contempló los extremos punitivos derivados de lo consagrado en el artículo 229, inciso 2, del C.P., esto es, de 72 a 168 meses de prisión.

Seguidamente, tras determinar los cuartos punitivos de movilidad, el A quo se situó en el primer rango, oscilante entre 72 y 96 meses de prisión, imponiendo el extremo mínimo, esto es, 72 meses que, en virtud de lo consagrado en el artículo 31 del C.P., incrementó en 12 meses, para una pena definitiva de 84 meses de prisión.

Empero, ante el desvanecimiento del concurso delictual por el que fue convocado a juicio y condenado DUARTE ROBAYO, en virtud del fenómeno prescriptivo abordado en precedencia, se eliminará el lapso de doce (12) meses de prisión, que el juzgador de primer nivel incrementó por ese concepto.

Así las cosas, respetando los parámetros exhibidos por el juez singular para situarse en el extremo mínimo de la pena consagrada en el artículo 229, inc. 2° del C.P., canon normativo cuya aplicación subsiste en este asunto, pues, se recuerda, la agravante también se atribuyó por haber recaído la conducta delictiva en un menor de edad, se impondrá al procesado la pena de 72 meses de prisión, término al que se

ajustará la sanción accesoria de interdicción derechos y funciones públicas también impuesta.

Debe precisar la Sala, que la reducción punitiva desglosada en precedencia no varía la negativa de concesión de los subrogados penales dispuesta por el juez de conocimiento, pues, en virtud de lo consagrado en el artículo 63 del C.P., vigente para cuando ocurrieron los hechos, no se cumple con el factor objetivo establecido para la suspensión de la ejecución de la pena, en razón a que la sanción restrictiva a la libertad impuesta -6 años- supera en el doble el límite consagrado para el efecto.

Y en lo que corresponde a la prisión domiciliaria, artículo 38 del C.P., modificado por la Ley 1142 de 2007, tampoco procede por el factor objetivo, pues, la norma consagra que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de 5 años de prisión o menos, al paso que el delito de violencia intrafamiliar agravada prevé una sanción de 6 años de prisión.

Adicionalmente, no es aplicable por favorabilidad la Ley 1709 de 2014, pues, para la suspensión condicional de la ejecución de la pena, esta no debe superar los 4 años. Y, en cuanto a la prisión domiciliaria, si bien amplió el límite punitivo a 8 años de prisión, modificó el artículo 68A del Código Penal, para consagrar su expresa prohibición cuando se incurra en la comisión del delito de violencia intrafamiliar.

En esas condiciones, bien hizo el juez individual al disponer que se librara la correspondiente orden de captura en contra de DUARTE ROBAYO, para que cumpla la pena privativa de la libertad en establecimiento carcelario.

En lo demás, la sentencia condenatoria permanece incólume.

Por 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:

Primero: **CASAR** parcialmente, de manera oficiosa, la sentencia proferida el 8 de mayo de 2019, por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y, en su lugar, declarar que en este asunto operó la prescripción de la acción penal en relación con el delito violencia intrafamiliar cometido en contra de María del Pilar López Rodríguez.

Segundo: Como consecuencia de lo anterior, y respecto de esa específica ilicitud, se dispone la preclusión de la actuación seguida a CARLOS EUGENIO DUARTE ROBAYO.

Tercero: IMPONER a CARLOS EUGENIO DUARTE ROBAYO, la pena de setenta y dos (72) meses de prisión, como autor responsable del delito de violencia intrafamiliar, cometido en contra de su menor hijo C.A.D.L.

Cuarto: Fijar la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas impuesta al procesado, en el mismo término señalado para la privativa de la libertad.

Quinto: En lo demás, mantener incólume la sentencia emitida en contra del procesado.

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

FABIO OSPITIA GARZÓN
Presidente

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

SALVAMENTO DE VOTO

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

SALVAMENTO DE VOTO

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

GERSON CHAVERRA CASTRO

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

HUGO QUINTERO BERNATE

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA CSJ SP3002-2022, rad. 56.205

1. Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la mayoría, salvo el voto en esta ocasión porque, en mi criterio, no había lugar a casar parcialmente de oficio la sentencia condenatoria de segunda instancia proferida contra **CARLOS EUGENIO DUARTE ROBAYO** por el delito de violencia intrafamiliar, agravada, para excluir la circunstancia de agravación específica descrita en el inciso 2º del artículo 229 del Código Penal.

@Sala Casación Penal@ 2022

2. En efecto, en la providencia de la que me aparto se reiteró la posición mayoritaria de la Corte según la cual, para la atribución de la señalada agravante no basta que la conducta punible tenga como sujeto pasivo de la acción desaprobada a una mujer, por su condición de tal, sino que se debe demostrar que tal comportamiento se encuentra inscrito en una pauta de subyugación patriarcal de violencia de género.

3. Al respecto, como lo he sostenido en anteriores oportunidades, aunque concuerdo en que, dicho precepto no contempla un ingrediente subjetivo o intencional que debiera ser confirmado en sede de tipicidad, considero que la línea jurisprudencial que, desde la sentencia CSJ SP, 1 oct. 2019,

rad. 52394, viene predicando la necesidad de acreditar un elemento contextual de discriminación, subyugación o sometimiento de la mujer respecto de su victimario es equívoca desde dos vertientes argumentativas: sustantiva y adjetiva.

4. Desde el plano estrictamente **sustantivo**, es evidente que la señalada postura -aplicada en el asunto examinado-, contrae una clara ruptura del principio de legalidad y la consecuente suplantación del órgano legislativo por parte de la Corte, en la medida que, lejos de una hermenéutica respetuosa del espíritu de la norma y del deber de protección respecto de un grupo poblacional tradicionalmente sometido a tratos deshumanizantes en el seno del hogar, estructura una motivación sofística que dice atender intereses de salvaguarda a los derechos de la mujer, cuando realmente crea un ingrediente del "tipo", no previsto en la ley penal, el cual impone cargas probatorias adicionales a la víctima y al órgano de persecución penal, que dificultan la judicialización del responsable y la imposición de la condigna sanción –más intensa que la del tipo básico- e incluso favorecen, como en el caso de la especie, la prescripción de la acción penal, esto es, propician fenómenos deleznables de impunidad.

Sala Casación Penal © 2022

5. Y es que el legislador del 2004, preocupado por el creciente índice de violencia doméstica subregistrado, tuvo la intención de *«reforzar los intereses sociales»*[1], *«legislar y*

[1] *Cfr.* 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. 25.

reforzar las penas que se enmarcan en la violencia contra la mujer»[2], de modo que, en el ámbito de intensificación punitiva, delimitó un sujeto pasivo específico de la acción penal, para aquellos eventos en que la conducta de maltrato intrafamiliar recae en una mujer, abstrayendo su demostración de la necesidad de acreditar un contexto de violencia estructural de género, en la medida que la agravante, parte del reconocimiento implícito de ese hecho cultural.

6. En verdad, tal como quedó registrado en los antecedentes legislativos de la norma, lo perseguido con la agravante fue proteger, desde el núcleo esencial de la igualdad, a los sujetos que, con mayor intensidad, sociológica y antropológicamente, son víctimas de maltrato físico y psicológico en el núcleo de la familia, dada su especial vulnerabilidad. Es, pues, el respeto de los derechos humanos de los más frágiles, entre ellos, la mujer, sujeta a la discriminación y agresión al interior de su núcleo familiar –en tanto niña, adolescente, esposa, gestante, madre, anciana-, la que generó la necesidad de efectuar un mayor reproche jurídico penal, acompañado de una pluspunición, que tiene el claro propósito de disuadir al agresor y prevenir de manera especial y general la ejecución o repetición del comportamiento delictivo en su contra.

Sala Casación Penal © 2022

7. Es de esta manera que, en el informe de ponencia para primer debate del *Proyecto de Ley No 18 de 2002 Senado, 140*

[2] *Cfr.* 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. 25.

de 2002 Cámara, que dio lugar a la Ley 882 de 2004 -*"Ley contra los ojos morados por la cual se modifica el artículo 229 de la Ley 599 de 2000*"-, se quiso activar la protección para la mujer por el hecho objetivo de serlo y, no porque la agresión se realizara con ocasión de su género[3]:

> *(...) para Colombia, por disponerlo así la norma constitucional: la Familia se constituye en el núcleo esencial de la sociedad[4], por ser la transmisora primaria de valores y principios, por cuanto en su seno se construye a la persona y en consecuencia se moldea la sociedad. Y ella debe protegerse íntegramente y por ende protegerse íntegramente a todos los miembros que la conforman[5].*
>
> *Esto significa que cualquier violación de los derechos fundamentales de los actores familiares (**mujeres**, niños y niñas, ancianos, ancianas y personas con discapacidad, personas indefensas) deberá siempre ser analizado a través de la óptica de los derechos fundamentales. Desde luego que la transformación jurídico normativa que imponen esos cambios en las instituciones no solo se pueden enmarcar en la tipificación de conductas punibles y en la imposición o agravación de las penas. Estas deben ir acompañadas, prioritariamente de acciones públicas y privadas, preventivas y protectoras, más conciliadoras que punitivas[6].*
>
> *Es* (sic) *ese contexto se entiende el artículo 229 del Código Penal y **se hace válida la preocupación del proyecto de ampliar el agravante punitivo no solamente cuando se trate de violencia intrafamiliar que recaiga en el menor, sino también en la mujer**, como es válida la intención del Senador Juan Fernando Cristo, ponente para segundo debate en Senado, de ampliarla a los ancianos y discapacitados y por ende proteger a otros conformantes del núcleo familiar. Sin embargo sobre este*

@Sala Casación Penal@ 2022

---

[3] 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.

[4] Artículo 5º de la Constitución Política que corresponde a los PRINCIPIOS FUNDAMENTALES CONSTITUCIONALES [Cita inserta en el texto transcrito].

[5] Al hacerlo se estaría efectrivizando (sic) el artículo 2º constitucional. [Cita inserta en el texto transcrito].

[6] "En esta misma línea y debido a la complejidad del conflicto familiar se ha planteado la necesidad de construcción de instrumentos de intervención de carácter multidisciplinario e integral que superen la mirada estrictamente jurídico – normativa... es necesario plantear cómo a pesar de la riqueza de instrumentos jurídico normativos constitucionales y legales, en Colombia, como en muchos otros países, es amplia la discrepancia entre el querer de la ley y la realidad de las prácticas sociales". Ibidem pie de página 1, p. 16. [Cita inserta en el texto transcrito].

particular cabe una reflexión: Veamos el criterio que, con gran sentido HAZ PAZ, entiende la violencia intrafamiliar: "Cuando hablamos de violencia intrafamiliar estamos hablando de forma de establecer relaciones y de afrontar conflictos recurriendo a la fuerza, la amenaza, la agresión emocional o el abandono. La violencia intrafamiliar es un ejercicio de poder que vulnera el derecho a la vida, a determinar el uso del cuerpo y a tomar decisiones propias.

La violencia intrafamiliar hace referencia al abuso de poder sobre los miembros más débiles por las personas responsables de su cuidado. Por lo tanto esta forma de violencia afecta principalmente a los niños y niñas, a las mujeres, ancianos y ancianas y a quienes tienen alguna forma de discapacidad"[7] *(subrayas fuera de texto).*

En el caso de la mujer nuestra Carta Política no solo reconoce la igualdad de derechos para todas las personas sino que, de forma explícita consagra la igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres y la prohibición expresa de discriminar a la mujer. El principio de tratamiento igual reconocido constitucionalmente, se configura en un derecho fundamental de cuyo respeto depende la dignidad y la realización de la persona.

Incluir a la mujer, es una decisión fundamentada en la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, la cual fue aprobada por el Estado colombiano a través de la Ley 248 de 1995.

No cabe duda además que los índices de violencia la afectan ostensiblemente, a las menores se le asignan obligaciones domésticas desde tempranísima edad, tienen mayor exposición al maltrato sexual, igual que las adolescentes quienes además reciben maltrato físico y psicológico por parte del cónyuge, realizan una doble jornada de trabajo económico y doméstico. Por su parte las ancianas deben ejercer labores domésticas hasta avanzada edad y muchas veces sin ninguna protección.
(…)
Todo para proponer que el agravante punitivo, acoja el criterio de que la violencia sea ejercida, además de los casos previstos, contra quien se encuentre en condición de debilidad e indefensión (sic)*. En consecuencia el texto del inciso segundo del artículo deberá decir: la pena se aumentará de la mitad a las tres curtas* (sic) *partes cuando el maltrato recaiga sobre un menor,* ***mujer****, anciano o discapacitado o en contra de quien se encuentre en estado de debilidad o indefensión* (sic)*.*

[7] HAZ PAZ, www.psicologia-onlain.com/colaboradoresviolencia, p. 1. [Cita inserta en el texto transcrito].

> *Se entrega a manos del interprete y del juzgador las notas concretas que indiquen el grado de indefención* (sic) *o las condiciones de indefención* (sic) *del caso concreto y con ello se sigue el criterio constitución* (sic) *de interpretación dinámica y razonable de la Carta.*
>
> *Es necesaria esta medida por cuanto la violencia intrafamiliar no cesa. Tenemos la dificultad de contar con cifras exactas disgregadas pero a pesar de saber que en esta materia son pocas las denuncias, encontramos cifras de procesos de violencia intrafamiliar registrados en el país que nos demuestran el crecimiento de su presencia perversa.* (Negrillas no originales).

8. Nótese cómo, siguiendo el querer del legislativo, la Corte Constitucional, en sentencia CC C-368 de 2004, resaltó que la protección prevista en la agravante del inciso 2º del canon 229 del Código Penal pretende *«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»*, dadas las circunstancias de debilidad que subyacen su existencia en un mundo desigual.

Sala Casación Penal C.S.J.

9. Particularmente, en torno al deber de salvaguardia de la mujer, en esa providencia se resaltó que la debilidad que se predica frente a ella tiene su origen en la concepción de sometimiento a la figura masculina, la cual debe ser conjurada a través de un marco jurídico de protección por parte del Estado, como política pública efectiva para prevenir, sancionar y erradicar la violencia sufrida por generaciones:

> *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.

Sala Casación Penal 2020

10. Y más adelante, en sentencia C-029 de 2009, esa Corporación destacó que:

[E]xiste 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.* (Subrayas no originales).

11. Así, es un contrasentido afirmar que la falta de distinción entre el reconocimiento de las circunstancias de vulnerabilidad en que se encuentra la mujer frente a tejidos hegemónicos de discriminación, que han dado lugar a una protección reforzada en su favor, y el amparo prodigado

respecto de otros sujetos en situación de debilidad por sus condiciones naturales específicas –niños, ancianos y situación de discapacidad o disminución física, sensorial y psicológica o quien se encuentre en estado de indefensión o en cualquier condición de inferioridad-, afianza la idea infundada de debilidad o incapacidad de la mujer. En todos los casos, tal cual se percibe en los antecedentes legislativos de la Ley 882 de 2004, es su situación de vulnerabilidad –por discriminación, edad, condición física o sensorial- la que habilita un estándar efectivo de protección que, para el caso, se ve representado en un juicio de responsabilidad más profundo y un incremento sancionatorio más severo.

@Sala Casación Penal@ 2022

12. La violencia doméstica como una de las tantas formas de violencia contra la mujer no únicamente vulnera sus derechos fundamentales, sino que constituye un problema político, social y de salud pública, que impide la construcción de relaciones democráticas en el marco de la familia y la sociedad y que, por ende, involucra a todos los miembros de la familia y al Estado como garante de su vida, honra y bienes.

13. En verdad, no solo nuestra Carta Política obliga a la protección de la mujer contra toda forma de discriminación; la garantía de los derechos de las mujeres también se encuentra prevista en varios instrumentos internacionales ratificados por Colombia, entre los que cabe destacar:

13.1. La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, que obliga a *«garantizar la igualdad de jure y de facto entre mujeres y hombres, es decir, una igualdad tanto en las normas y leyes, como en los hechos y resultados»*.

13.2. La Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de 1993, que indica que *«los Estados deben condenar la violencia contra la mujer y no invocar ninguna costumbre, tradición o consideración religiosa para eludir su obligación de procurar eliminarla. Los Estados deben aplicar por todos los medios apropiados y sin demora una política encaminada a eliminar la violencia contra la mujer»* y;

Sala Casación Penal © 2022

13.3. La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como "Convención de Belem do Pará", que establece una gama de derechos (a la vida, a la integridad física, psíquica y moral, a la libertad y a la seguridad personales, a no ser sometida a torturas, a la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia, a la igualdad ante la ley, a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos, a la libertad de asociación, a la libertad de profesar la religión y las creencias propias dentro de la ley, a tener igualdad de acceso a las funciones públicas de su país y a participar en los asuntos públicos, incluyendo la toma de decisiones, a ser libre de toda forma de discriminación, y a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento

y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación) y la obligación estatal, entre otras, de:

> *a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación;*
> *b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;*
> *c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso;*
> *d. adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad;*
> *e. tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer;*
> *f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos;*
> *g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y*
> *h. adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención.*

14. La obligación del Estado y de las autoridades judiciales de proteger los derechos fundamentales de la mujer implica la función de defenderla de la violencia generada en todos los ámbitos, de género –por abuso del poder y las relaciones asimétricas entre hombres y mujeres-, doméstica –en afrenta de las relaciones de solidaridad y apoyo recíproco entre los miembros de la familia-, sexual, laboral, económico, etc.

15. Estas obligaciones superiores impiden, a mi modo de ver, adoptar una interpretación judicial –como la plasmada en la sentencia de la que me separo- que, por fuera del principio de legalidad, reduzca el umbral de protección que el legislador pretendió establecer, en tanto limita la persecución de las agresiones generadas al interior de las familias contra sus mujeres y anula los propósitos de protección reforzada que el precepto incorpora.

Sala Casación Penal@ 2022

16. Lo anterior, sobre todo, si lo que sugiero no es la aplicación automática de la circunstancia agravante en comento, una vez constatado el género femenino del sujeto pasivo de la acción penal, como elemento objetivo del tipo, sino la exclusión del ingrediente normativo contextual creado por la jurisprudencia, pues lo correcto es superar el ámbito de la tipicidad y transitar hacia la fase de la antijuridicidad material, para establecer si, en el caso concreto, el acto violento ejercido por el agresor contra la mujer, tiene la entidad necesaria para lesionar el bien jurídico protegido, esto es, la familia, la integridad física, psicológica o moral de la víctima, e incluso la igualdad que promueve la norma, desde el plano del interés jurídico de naturaleza pluriofensivo.

17. En ese escenario, bien podría acudirse a la verificación de algunos supuestos que pueden resultar ilustrativos a la hora de definir la lesión de la unidad y paz

familiar y la integridad física de la víctima, en el delito de violencia intrafamiliar (CSJ SP964-2019, rad. 46.935):

> *«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 sicológico.*
>
> *(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*

Sala Casación Penal ©2021

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».

18. La postura que hoy defiendo, igualmente, tiene soporte en el derecho comparado, concretamente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España –posición mayoritaria-, el cual, a partir de precedentes del Tribunal Constitucional de ese país, consideró, desde el plano de la lesividad de la conducta, que, en el delito de violencia intrafamiliar i) no puede exigirse prueba del elemento subjetivo, es decir, de un móvil de subyugación o dominación masculina, ii) el procesado tiene la facultad de probar que los hechos no se encuentran relacionados con discriminación de género y iii) *«basta constatar la vinculación del comportamiento, del modo concreto de actuar, con esos añejos y superados patrones culturales, aunque el autor no los comparta explícitamente, aunque no se sea totalmente consciente de ello o aunque su comportamiento general con su cónyuge, o excónyuge o mujer con la que está o ha estado vinculado afectivamente, esté regido por unos parámetros correctos de trato de igual a igual. Si en el supuesto concreto se aprecia esa conexión con los denostados cánones de asimetría (como sucede aquí con el intento de hacer prevalecer la propia voluntad) la agravación estará legal y constitucionalmente justificada.»*

@Sala Casación Penal @ 2022

19. En la violencia intrafamiliar, se insiste, cuando la agresión recae en una mujer, la agravante procede por esa exclusiva condición, como incluso se reconoce en la

providencia de la que me separo (folio 10), no como una regla automática de solución normativa, sino siempre que se compruebe la afectación sustancial del bien jurídico protegido.

20. Y es que no logro encontrar nada persuasivo en las exigencias extranormativas exigidas en el estadio actual de la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal que prohíjan la comprobación de un contexto específico de subyugación patriarcal que, más que amparar a la mujer frente a las prácticas violentas de sujeción de la mujer al hombre, vienen debilitando el efecto preventivo que la disposición incorpora, lo cual sucede también en los precedentes jurisprudenciales –citados en la providencia de la que me aparto- en torno al delito de feminicidio, en los que se indica que *«será necesario acreditar que quien realiza el comportamiento 'siente aversión hacia las mujeres...»* o *«cuando la subordinación o la dominación la colocan en una situación extrema de vulnerabilidad»*, o si la causa del acto violento está asociada a la *«instrumentalización»*.

Sala Casación Penal © 2022

21. De ninguna manera, se trata del desmonte de las garantías debidas al procesado o de la imposición automática de condenas, sino del respeto al principio de legalidad del delito y de las penas, el cual ha sido erosionado por la Sala mayoritaria en aras de una supuesta protección de la víctima, justamente desde su infracción.

22. Ahora, desde el ámbito **procesal**, la estructura típica implantada por la Corte Suprema, contrae una clara violación del principio de igualdad de armas, en tanto le impone a la Fiscalía y a la víctima una carga probatoria desproporcionada, pese a que el juez como árbitro del debate debería propender por el equilibrio procesal de las partes e intervinientes.

23. Resáltese aquí que, aunque no hay duda de que esa tipología de violencia –me refiero a la doméstica- hunde sus raíces en la formación cultural dentro de un contexto patriarcal, donde la educación para niños y niñas ha sido diverso, en clave de género, de modo que se establece una diferencia jerárquica del hombre a la mujer, que es aceptada como parte del orden establecido por una tradición patriarcal, no es posible colegir como mecanismo de protección estatal y social una visión hermenéutica que, dentro del espectro de la violencia intrafamiliar, convierta a la mujer en sujeto discrecional de protección, la revictimice y la obligue a acreditar jurisdiccionalmente un contexto sistemático de violencia de género, máxime cuando las agresiones perpetradas por su abusador suelen pertenecer al ámbito privado y son altamente silenciadas bajo un prejuicio de normalización y el legislador no previó un elemento del tipo de contexto que torne más gravoso para la víctima la demostración de las lesiones y perjuicios sufridos con la infracción penal.

Sala Casación Penal © 2022

24. En ese orden, a manera de conclusión, estimo que, para acreditar la circunstancia de agravación específica referida, no es indispensable comprobar que la violencia intrafamiliar se produjo en un ámbito de subyugación estereotipado, ingrediente contextual, que excede el tipo, vulnera el principio de legalidad y alienta un déficit de protección insostenible respecto de la mujer. Basta con identificar, en sede de lesividad, si verdaderamente se afectaron los bienes jurídicos protegidos por la norma.

Sala Casación Penal@ 2022

25. Ahora, descendiendo al caso concreto, distinto al parecer de la mayoría, es evidente que, la doble presunción de acierto y legalidad del fallo de segunda instancia no se quebrantó, debido a que, comprobado que el maltrato intrafamiliar recayó en una mujer por su condición de tal, el análisis de antijuridicidad realizado por las instancias, en orden a establecer que la familia y la integridad física de la ofendida fueron francamente vulnerados, permitía mantener la condena proferida contra **DUARTE ROBAYO**, con la circunstancia agravante descrita en el inciso 2º del artículo 229 del Código penal.

26. Repárese, al respecto, que, tal cual fue reseñado por los falladores e incluso desde la formulación de imputación, se trató de un acto de violencia doméstica –físico y moral- desplegado por el acusado no solo en el seno del hogar, sino en las zonas comunes del conjunto residencial donde habitaba la pareja, con el apoyo de tres hermanos –dos hombres y una mujer-, contra tres personas, una menor de edad

–el hijo común de la pareja- y dos de ellas mujeres, y por lo menos una de estas: la esposa, por razón de un ataque celotípico y del socorro que ella le prestó a la otra –encargada de los servicios domésticos-, ante acusaciones prejuiciosas y calumniosas vertidas por el primero frente a esta, conflicto familiar que, por cierto, según quedó acreditado en el juicio, no se limitó al día de los hechos, sino que venía cursando de tiempo atrás.

27. Un juicio de lesividad, inscrito en la teoría de la protección de bienes jurídicos como justificación del daño inherente a la sanción penal –el cual se encuentra completamente ausente en la decisión de la que me aparto-, habría permitido establecer que, un episodio como el descrito es claramente lesivo de la integridad familiar y que, en todo caso, se asentó en una pauta de discriminación, asumida en grupo –el acusado junto con sus hermanos (NELSON SMITH, WILSON y RUBY ASTRID -, al tratar a las mujeres como seres inferiores que pueden ser objeto de i) golpes indiscriminados, ii) amenazas derivadas de afirmarse el acusado como "el dueño de la casa" y de asegurarle que irían a construir evidencias con miras a quitarle la custodia de su hijo y iii) insultos con palabras soeces, alusivas a conductas sexuales y a presuntas infidelidades, sin importar siquiera la presencia de un niño que clamaba, sumido en llanto, por la integridad física de su madre.

Sala Casación Penal © 2022

28. Aunque la providencia que respalda la mayoría exigió de la Fiscalía un esfuerzo por acreditar el contexto

desigual de violencia de género en el que se ejecutó la conducta, es ese mismo contexto el que encuentro ausente en las escasas justificaciones de la sentencia de la Corte, pese a que ese ámbito de dominación era perfectamente visible desde la imputación y, por supuesto, a partir de las pruebas practicadas en sede del juicio oral, e incluso en las sentencias de primer y segundo nivel, las cuales dan cuenta de que en el hogar de la pareja **DUARTE**-LÓPEZ flotaba un ambiente permanente de malos tratos por parte del acusado respecto de su esposa y su hijo, providencias que para ser derruidas exigían de esta Corporación una carga argumentativa racional y suficiente, la cual francamente se echa mucho de menos.

Sala Casación Penal © 2022

29. Así mismo, si lo anterior no fuera suficiente, es indispensable resaltar que, tratándose de hechos acaecidos el 23 de octubre de 2009, no había lugar a aplicar el criterio jurisprudencial actualmente vigente y, por ende, a exigirle a la Fiscalía que allegara prueba de un elemento normativo del tipo –violencia sistemática de género- configurado en un precedente posterior: CSJ SP, 1 oct. 2019. rad. 52394, sin lesionar las garantías de verdad, justicia, reparación y no repetición que les asiste a las víctimas.

30. Al hacerlo, opino, la Corte, en su sala mayoritaria, irrumpió contra el principio de igualdad de armas, se desprendió de la imparcialidad que le era inmanente como juez natural y vulneró el derecho al proceso como es debido.

31. Por último, teniendo en consideración que el delito de violencia intrafamiliar agravada fue atribuido a **DUARTE ROBAYO** por la Fiscalía –tanto en la formulación de imputación como en la acusación-, en concurso homogéneo, no solo por la violencia doméstica ejercida contra MARÍA DEL PILAR LÓPEZ RODRÍGUEZ, sino también respecto de su hijo C.A.D.L. y de LORAINE MOLINA CARO, y que, por su parte, el análisis realizado por la Sala Mayoritaria, de cara a la circunstancia de intensificación específica, solo contempló el juicio de reproche formulado por las instancias en torno a la primera de las víctimas, es claro que, conforme al principio de congruencia, la Corte no podía declarar la prescripción de la acción penal por todos los punibles que concursan de manera homogénea, pues, en gracia de discusión, por lo menos frente a la violencia psicológica ejercida contra el niño C.A.D.L, la cual fue atribuida al procesado en las instancias –en los términos de la imputación y la acusación- subsistía la agravante del inciso 2º del artículo 29 del Código Penal, omisión sustancial del fallo del que me separo que conspira contra su legalidad.

Sala Casación Penal © 2022

32. Así mismo, atendiendo que las sentencias de primer y segundo nivel omitieron pronunciarse en torno a la conducta presuntamente desplegada por el inculpado frente a LORAINE MOLINA CARO –empleada doméstica-, estimo que ha debido declararse la ruptura de la actuación procesal, con miras a obtener los pronunciamientos respectivos por parte de las instancias, quienes dejaron sin respuesta un extremo

de la acusación, con clara violación del postulado de congruencia.

33. Así las cosas, estoy convencida de que, ya sea porque debió variarse la jurisprudencia hasta ahora imperante para mantener la condena impuesta a **DUARTE ROBAYO** por el delito de violencia intrafamiliar, agravada, o debido a que, en todo caso, se acreditó que la agresión doméstica contra MARÍA DEL PILAR LÓPEZ RODRÍGUEZ por parte del acusado se realizó en el contorno de una relación de desigualdad entre victimario y víctima, o, incluso, por cuanto, de todas maneras, el comportamiento desplegado contra el menor C.A.D.L. es de naturaleza agravada, y, en esas circunstancias no prescribió la acción penal respecto de esta conducta concursal, no ha debido casarse parcialmente de oficio la sentencia impugnada.

Sala Casación Penal © 2022

34. En los anteriores términos dejo plasmado mi disenso con el proveído de la mayoría.

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN
Magistrada

Fecha *ut supra.*