



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA
Magistrado ponente

SP8064-2017

Radicación 48047

(Aprobado Acta No. 182)

Bogotá D.C., siete (07) de junio de dos mil diecisiete
(2017)

VISTOS:

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el defensor de GERMÁN ASISCLO CUEVAS PÉREZ, contra la sentencia a través de la cual el Tribunal Superior de Bogotá lo condenó como autor del delito de violencia intrafamiliar el 29 de febrero de 2016.

HECHOS:

En la mañana del 13 de diciembre de 2013, en la residencia que en esta ciudad compartían GERMÁN ASISCLO CUEVAS y su esposa Jeymy Pardo, aquél la agredió delante de sus hijos, primero con palabras injuriosas y luego, cuando ella le trató de arrebatarse una

1

CASACIÓN 48047
GERMÁN ASISCLO CUEVAS PÉREZ

grabadora con la cual el procesado registraba únicamente las ofensas de su cónyuge, le dio una patada en su pierna izquierda, utilizando para ello botas industriales con puntera de acero, lo cual generó a la víctima una incapacidad médico legal definitiva de 8 días sin secuelas.

ANTECEDENTES PROCESALES:

En audiencia preliminar realizada el 18 de septiembre de 2014 ante el Juez Primero Penal Municipal de control de garantías de Bogotá, la Fiscalía imputó a CUEVAS PÉREZ la comisión del delito de violencia intrafamiliar agravada (artículo 229-2 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 33 de la Ley 1142 de 2007), sin que solicitara la imposición de medida de aseguramiento.

Una vez presentado el escrito de acusación, en audiencia realizada el 27 de febrero de 2015 la Fiscalía acusó al procesado por el citado punible.

Culminado el debate oral, el 12 de noviembre de 2015 el Juzgado 7 Penal Municipal de Conocimiento de Bogotá lo condenó a 72 meses de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y prohibición de acercarse o comunicarse con la víctima por el mismo lapso, como autor del delito objeto de acusación. Le fue negada la condena de ejecución condicional y se dispuso librar orden de captura “una vez ejecutoriada esta sentencia”.

2

El defensor apeló ese pronunciamiento y el Tribunal Superior de Bogotá, a través de la sentencia recurrida en casación, dictada el 29 de febrero de 2016, lo confirmó.

LA DEMANDA:

Con base en la causal primera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el defensor planteó la violación directa de la ley sustancial derivada de la aplicación indebida del artículo 229 del Código Penal, en cuanto el procesado lesionó a su esposa con ocasión de responder una agresión de ella que le generó una incapacidad médico legal de 5 días, es decir, se trató de *“una riña de carácter pasional”* que no configura el delito de violencia intrafamiliar sino el de lesiones personales, cometidas en un momento de ira derivada de la discusión con la víctima, además de un error culposo, en su condición de mecánico automotriz al *“perder los estribos”*.

No se demostró que el procesado y Jeymy Pardo hubieran convivido por 11 años, máxime si su representado convivía temporalmente con su hija Yudi Stephany y no compartía techo y lecho con aquella, con mayor razón si la Fiscalía no allegó el registro de matrimonio de la pareja, luego entonces no conformaban un núcleo familiar en el cual se evidenciaran vínculos afectivos, es decir, no convivían ni tenían relaciones maritales en los términos señalados por la Corte Constitucional en la sentencia C-776 de 2010, motivo por el cual no se configura el punible

de violencia intrafamiliar, sino el de lesiones personales culposas o dolosas.

Conforme a lo expuesto, el demandante solicitó a la Corte la casación del fallo para, en su lugar, absolver a GERMÁN ASISCLO CUEVAS PÉREZ.

ACTUACIÓN ANTE LA CORTE:

En la audiencia de sustentación oral intervinieron el defensor del procesado, el Fiscal Delegado ante la Corte, el Procurador para la Casación Penal y el apoderado de la víctima.

1. El defensor.

Insistió en que el delito de violencia intrafamiliar requiere la afectación de la unidad y armonía de la familia, de modo que si en este caso el procesado y la víctima dormían en habitaciones diferentes no conformaban tal unidad, pues se trataba de *“personas desconocidas”*, máxime si la Fiscalía no aportó el registro de matrimonio. Fue aplicado indebidamente el artículo 229 de la Ley 599 de 2000, pues debió tipificarse la conducta investigada como un delito de lesiones personales culposas o dolosas.

Solicitó la nulidad de lo actuado desde la audiencia de imputación.

2. El Fiscal.

Luego de señalar que el recurrente postuló la violación directa de la ley pero se mostró inconforme con la apreciación de las pruebas y no solicitó fallo de reemplazo sino invalidación del trámite, además de que no precisó si el error invocado en favor de su representado era de tipo o de prohibición, temática no planteada al impugnar el fallo de primer grado, el Delegado señaló que la Fiscalía no acreditó que se afectó a una mujer por su condición de género y por ello, se sancionó dos veces el mismo hecho, esto es, porque la víctima era familiar del acusado y se agravó por ser mujer.

Aunque en su alegato final la Fiscalía refirió que el procesado colocó a su esposa en condición de indefensión, tal aspecto no fue desarrollado ni planteado en la acusación o en el juicio.

Agregó que correspondía a la Fiscalía probar que *“la violencia se ejecutó, no por ser familiar, sino porque se ejerció un acto de discriminación, de vulneración de la igualdad entre hombre y mujer, motivado por la ideología discriminatoria fundamentada en la desvaloración de la conducta de la mujer, en el entendido de su superioridad y legitimación para ejercer sobre ella actos de control, castigo y subordinación. Los jueces no podían decidir en perjuicio del procesado aspectos no pedidos ni acreditados por la Fiscalía”*.

En la sentencia C-297 de 2016 la Corte Constitucional señaló que no toda violencia contra la mujer es de género, entonces, solicitó el Fiscal a la Corte trazar lineamientos jurisprudenciales sobre el particular, pues de no ser así la norma carecería de sentido en cuanto el agravante establecido en el inciso 2º del artículo 229 del Código Penal requiere acreditar que la violencia se ejerció por la condición de género y discriminación.

De lo contrario, el inciso primero de la norma citada se aplicaría al cónyuge o compañero hombre agredido, pues si la víctima es mujer habría doble castigo, uno por ser cónyuge o compañera y otro por ser mujer.

De otra parte, se afectó el bien jurídico de la armonía y unidad familiar, pues sin importar las desavenencias entre los esposos hacían vida en común y procrearon un hijo delante del cual se produjo el maltrato verbal y físico, actos que apuntan a la destrucción del vínculo.

Si el acusado y la víctima no dormían juntos, ello no descarta la violencia intrafamiliar pues en la sentencia C-368 de 2014 se precisó que *“por violencia intrafamiliar puede entenderse todo daño o maltrato físico, psíquico, trato cruel, intimidatorio o degradante, amenaza, agravio, ofensa o cualquier otra forma de agresión contra el natural modo de proceder, con ímpetu e intensidad extraordinarias, producida entre las personas que de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica, aunque no convivan bajo el mismo techo”*.

Tampoco las lesiones personales sufridas por la víctima descartan el referido punible contra la unidad familiar, por tratarse de un tipo penal subsidiario.

Con base en lo anterior, el Fiscal solicitó a la Corte casar parcialmente el fallo, en el sentido de excluir la agravación del delito por el que se procede.

3. El Procurador.

Afirmó que en el delito de violencia intrafamiliar se protege como bien jurídico la familia, la armonía y su sano entendimiento. En tal sentido, la Ley 294 de 1996 establece en su artículo 2° que la familia está integrada por los cónyuges o compañeros permanentes, padre y madre de familia aunque no convivan, los ascendientes y descendientes e hijos adoptivos y las demás personas vinculadas a la unidad doméstica.

Si el demandante expresó que el procesado y la víctima no convivían permanentemente, al referir la citada legislación a los padres "*aunque no convivan*", alude también a los cónyuges o compañeros permanentes separados, pues en tales casos se mantienen los lazos de familia aunque no cohabiten para salvaguardar los derechos de los niños a tener una unidad básica familiar.

La jurisprudencia ha puntualizado que hay familia cuando el hombre y la mujer conforman un hogar, haya o

no descendencia, y subsiste aunque alguno de ellos abandone la casa, sin importar las causas de ello. En la sentencia T-523 de 1992 se indicó que la ruptura de la convivencia no excluye la unidad familiar.

Como el defensor expuso que las agresiones fueron mutuas entre los esposos, el Procurador Delegado advirtió que ello no descarta el delito objeto de acusación, pues se afectó la unidad familiar.

Fue acreditado que el procesado y la víctima convivieron por más de 11 años y tienen un hijo, de manera que pervive el concepto de familia, es decir, integran la unidad familiar lesionada con el proceder de GERMÁN ASISCLO CUEVAS.

A partir de lo expuesto, sugirió no casar el fallo objeto de impugnación.

4. El apoderado de la víctima.

Solicitó a la Corte no acceder a la casación de la sentencia, toda vez que el defensor formuló un cargo por violación directa de la ley, pero orientó su labor a cuestionar la apreciación probatoria.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Fundamentalmente el defensor soportó el cargo por violación directa en dos aspectos. El primero, porque la víctima agredió a ASISCLO CUEVAS y éste respondió, de modo que se trató de *“una riña de carácter pasional”* que configura el delito de lesiones personales, en el marco de un momento de ira y de un error culposo al *“perder los estribos”*.

El segundo, porque si el procesado y Jeymy Pardo ya no hacían vida en común y no dormían juntos, no conformaban un núcleo familiar en el cual se evidenciaran vínculos afectivos, es decir, no se vulneró el bien jurídico de la unidad familiar tutelado con el delito tipificado en el artículo 229 del Código Penal y se trata de unas lesiones personales. En tal orden, entonces, se pronunciará la Corte.

1. Acerca del primer planteamiento observa la Sala que si bien el recurrente invoca una *“riña pasional”* entre el acusado y su esposa, no atina a señalar ni la Corte advierte, de qué manera esa recíproca agresión entre ellos tiene la virtud de excluir la tipicidad del delito de violencia intrafamiliar por el cual se condenó a GERMAN ASISCLO CUEVAS en las instancias, pues si el procesado fue agredido por su cónyuge, ello no lo facultaba para agredirla y por el contrario, le asistía la posibilidad de denunciarla ante las autoridades competentes.

Se encuentra acreditado el maltrato físico y verbal por parte del procesado respecto de su esposa, con las declaraciones esta y de su hija menor Z.A.L.P., quienes expusieron que desde el día anterior a la agresión física del 13 de diciembre de 2013, cuando la golpeó en el tercio medio de la pierna izquierda con unas botas que tenían puntera de acero, generándole una incapacidad médico legal de 8 días sin secuelas, la había agredido verbalmente. Por tal razón, no puede afirmarse, como lo pretende la defensa, que no se trató de un delito de violencia intrafamiliar, sino de lesiones personales.

Como también refirió el casacionista que su representado actuó en un momento de ira y de un error culposo al *“perder los estribos”*, considera la Sala, en primer lugar, que no precisó ni acreditó la concurrencia en este caso de los elementos para reconocer que procedió a agredir a su cónyuge en el estado de ira invocado, que comportaría una disminución de la pena. En segundo término, tampoco la Corte observa que en este asunto se encuentre demostrado que la conducta investigada fue cometida en tal estado o de intenso dolor, producto de un comportamiento ajeno, grave e injustificado por parte de Jeymy Pardo, pues sólo se probó que ella pretendía arrebatarle una grabadora en la cual únicamente registraba lo que esta le decía.

En tercer lugar, acerca del invocado yerro culposo en la conducta del acusado que planteó la defensa, advierte la Sala que además de no detenerse a precisar si se trató de un error de tipo o de prohibición, tampoco atinó a señalar

si en uno u otro caso correspondió a un error de carácter vencible o invencible y tanto menos procedió a acreditar los supuestos de hecho para la configuración de alguna de tales causales de exoneración o de disminución de la responsabilidad penal.

Finalmente se tiene que la Sala no encuentra demostración alguna sobre la presencia de error de tipo o de prohibición en el comportamiento de GERMÁN ASISCLO CUEVAS, toda vez que, por el contrario, pese a ser mecánico automotriz, está probado que sabía de la existencia de la conducta de violencia intrafamiliar, pues con ocasión de los frecuentes altercados que tenía con su esposa había concurrido a la comisaría de familia, no solo como citado, sino como quejoso, según lo refirió la víctima. Tampoco hay elemento de juicio como para concluir que creyó erradamente que actuaba amparado en una causal de justificación.

El planteamiento, entonces, no está llamado a prosperar.

2. Respecto de la segunda postulación, referida a que no se trata de un delito de violencia intrafamiliar sino de lesiones personales, advierte la Corte que el artículo 229 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 33 de la Ley 1142 de 2007 dispone:

“Violencia intrafamiliar. El que maltrate física o psicológicamente a cualquier miembro de su núcleo

11

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”.

Se trata de un tipo penal subsidiario pues únicamente será aplicable si el maltrato físico o psicológico, no constituye delito sancionado con pena mayor, como ocurre, por ejemplo, con cierta clase de lesiones personales o el homicidio¹.

Los sujetos, tanto activo como pasivo son calificados, toda vez que deben hacer parte del mismo núcleo familiar. Según el artículo 2º de la Ley 294 de 1996², la cual tuvo “*por objeto desarrollar el artículo 42, inciso 5º de la Carta Política, mediante un tratamiento integral de las diferentes*

¹ Cfr. CSJ AP, 22 oct. 2014. Rad. 43598.

² Por primera vez, mediante esa ley, que desarrolló y reglamentó el artículo 42 de la Constitución Política, se erigieron como conductas lesivas de “*La armonía y la unidad de la familia*”, entre otras, la de “*maltrato constitutivo de lesiones personales*” descrita en su artículo 23, norma que fue subrogada por el artículo 229 del actual Código Penal, como se puntualizó por esta Sala en sentencia del 26 de septiembre de 2002, radicado 15869.

modalidades de violencia en la familia, a efecto de asegurar a ésta su armonía y unidad”, en vigor para la fecha de los sucesos, se consideran como integrantes de la familia:

- “a) Los cónyuges o compañeros permanentes;
- “b) El padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar;
- “c) Los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos;
- “d) Todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica”.

El artículo 26 de la Ley 1257 de 2008 que modificó el numeral 1 del artículo 104 de la Ley 599 de 2000, el cual establece las causales de agravación punitiva para el delito de homicidio, a las que también alude el artículo 119 para el punible de lesiones personales, dispuso en similares términos incrementar la pena cuando la conducta se cometiere *“En los cónyuges o compañeros permanentes; en el padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar, en los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos; y en todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integradas a la unidad doméstica”*.

Cuando la norma transcrita señala que procede la agravación de la pena si las lesiones recaen en *“los cónyuges o compañeros permanentes”*, se está refiriendo a aquellas que uno le cause al otro.

Cuando señala que las lesiones se produzcan en *“el padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar”*, no está apuntando a los padres entre sí, sino al hijo como posible autor.

Cuando establece la agravante de pena si la lesión se produce en *“los ascendientes o descendientes de los anteriores”* se está refiriendo a abuelos, bisabuelos, tatarabuelos, hijos, nietos, bisnietos y tataranietos.

Igualmente se agrava cuando las lesiones recaigan en *“los hijos adoptivos”* y *“todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integradas a la unidad doméstica”*.

En suma, la agravación punitiva para el delito de lesiones personales se deriva, en primer lugar del vínculo vigente de la pareja, los hijos respecto de los padres aunque no convivan, los demás ascendientes y descendientes, y los hijos adoptivos. En segundo término, de quienes conforman con carácter permanente la *“unidad doméstica”*, como puede ocurrir con una persona sin vínculo consanguíneo que conforma dicha unidad, por ejemplo, el padrastro en una *familia ensamblada o reformada* respecto de los hijos de su cónyuge concebidos en un compromiso anterior.

Puntualizado lo anterior se tiene que, en forma similar a las causales de agravación para el delito de lesiones personales, la violencia intrafamiliar puede 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.

Ahora, conforme al *principio de tipicidad* que hace parte del núcleo esencial del *principio de legalidad* en materia

penal, se requiere que las conductas objeto de sanción se encuentren definidas en el tipo penal de forma precisa e inequívoca, para que el ciudadano esté en condiciones de decidir si ajusta su comportamiento al supuesto de hecho o se abstiene de hacerlo y, a su vez, el juez pueda constatar con nitidez si el individuo realizó o no la conducta establecida por el legislador como delictiva.

Entonces, si el artículo 229 del Código Penal sanciona a quien “*maltrate física o psicológicamente a cualquier miembro de su núcleo familiar*”, advierte la Corte que no basta maltratar a un miembro de la familia, sino a aquél que hace parte de dicho contexto nuclear.

Ahora, si el bien jurídico objeto de protección establecido por el legislador en el título V de la Ley 294 de 1996 es la “*ARMONÍA Y UNIDAD DE LA FAMILIA*” y dentro de la definición típica corresponde precisar qué se entiende por “*núcleo familiar*”, no se aviene con ello que su noción sea desentrañada, sin más, únicamente a partir del reconocimiento constitucional de “*la familia como institución básica de la sociedad*” (art. 5 Const.) o como “*núcleo fundamental de la sociedad*” (art. 42 Const.). También es necesario ponderar que si la familia “*se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla*” (art. 42 Const.), correlativamente también debe reconocerse su voluntad de darla por terminada.

Desde luego, más allá de la culminación del vínculo entre los progenitores, subsisten los lazos familiares con sus descendientes, pues siempre seguirán siendo padres y continúan con las obligaciones para con sus hijos, como las de alimentación y educación “*mientras sean menores o impedidos*” (artículo 42 Const.).

Pero también derivadas de esa unidad familiar, los hijos, cuando sean adultos, tendrán responsabilidades para con sus padres en la vejez, como la de prestarles alimentos y cuidado (art. 411-c del Código Civil), si cuentan con capacidad económica y sus progenitores no se encuentran en condiciones para sostenerse por sus propios medios, en orden a satisfacer, por lo menos, su mínimo vital³.

Tampoco puede edificarse la noción de unidad familiar únicamente a partir de los derechos de los niños y de su interés superior conforme al artículo 44 de la Constitución, pues si bien les asiste el derecho a “*tener una familia y no ser separados de ella*”, no puede entenderse que tal derecho obligue a sus padres a permanecer juntos, es decir, a no separarse o divorciarse, circunstancia que claramente quebrantaría a los progenitores en su dignidad, autodeterminación y autonomía personal que se erigen en límites a la intervención del Estado.

Es pertinente señalar que en no pocas ocasiones, la separación de los padres en el marco de una relación disfuncional, en lugar de perjudicar a los niños, asegura

³ Cfr. CC T-685/14.

que su contexto familiar nuclear sea agradable y apto para desarrollar sus potencialidades intelectivas y, sobre todo, afectivas.

La familia existe para los niños, no hay duda, pero no únicamente para ellos, pues también comporta un espacio para que los miembros de la pareja desarrollen sus diversas facetas (afectiva, sexual, reproductiva, profesional, económica, etc.) y a su vez participen los demás que la integran, como tíos, primos, cuñados, abuelos, etc.

Ahora, es claro que corresponde al Estado proteger a la familia, pero ello no sólo se consigue a través del sistema penal. En tal sentido se disponen otras medidas probablemente más eficaces, tales como imposibilitar el embargo de bienes del patrimonio familiar, obligar a los padres a prestar alimentos y educación a sus hijos mientras sean menores o impedidos, obligar a los hijos mayores de edad a dar alimentos a sus progenitores en la ancianidad cuando no cuenten con los recursos necesarios para asegurar su mínimo vital, reconocer la igualdad de derechos entre los cónyuges y brindar especial protección a la mujer y los hijos menores, entre otras.

Afirmar que una vez cesa la convivencia entre cónyuges o compañeros permanentes se mantiene entre ellos el “*núcleo familiar*” cuando tienen un hijo común menor de edad, comporta una ficción ajena al derecho penal. Resulta por lo menos incorrecto, a la luz del principio lógico de no contradicción (según el cual, algo no puede ser

y no ser al mismo tiempo), que se edifique el ámbito del *núcleo familiar*, el cual supone la existencia real y no meramente formal de una familia en su conjunto, su unión, su cotidianidad, su vínculo estrecho, su afectividad y su coexistencia diaria, a partir de la noción de *hijo de familia*, sin importar si los padres se encuentran o no separados. Si el núcleo supone unión y conjunción, se desvirtúa y pierde su esencia cuando hay desunión o disyunción entre sus integrantes.

En efecto, no hay duda que los menores, mientras no se emancipen, tienen la condición de hijos de familia. Pero ello no puede conducir a la suposición artificiosa de que los padres, aunque se encuentren separados o inclusive aunque nunca hayan convivido (como puede ocurrir con el hijo fruto de una fugaz relación sexual) integren el núcleo familiar objeto de tutela dentro del ámbito de protección de la norma que se ocupa de la violencia intrafamiliar (artículo 229 del Código Penal).

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

Dogmáticamente en el delito de violencia intrafamiliar la noción de *núcleo familiar* resulta de obligatoria constatación en el ámbito de la tipicidad, pero a su vez, en sede de la categoría de la antijuridicidad, corresponderá verificar si el maltrato físico o psicológico tuvo entidad suficiente para lesionar el bien jurídico de la armonía y unidad familiar. Si la agresión no ocurre entre miembros del mismo núcleo, la conducta podrá ser típica de lesiones personales, pero no de violencia intrafamiliar. Si tiene lugar entre integrantes del núcleo familiar pero carece de importancia para causar afrenta al bien jurídico objeto de protección, el comportamiento será típico de violencia intrafamiliar, pero no antijurídico.

Sobre el tema ha puntualizado la Corte⁴, al ocuparse de la verificación que deben realizar los funcionarios judiciales al ponderar la vulneración del bien jurídico que:

“Corresponde al juez en cada caso constatar si la violencia física o el maltrato psicológico tienen suficiente entidad para lesionar de manera efectiva el bien jurídico de la unidad familiar (antijuridicidad material), pues en no pocas ocasiones, situaciones incidentales no son aptas para dar al traste con la armonía de la familia, de modo que si conforme con el artículo 2º de la Constitución Política, ‘Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para

⁴ CSJ SP, 5 oct. 2016. Rad. 45647.

asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares’, desbordaría la judicatura el legítimo alcance del derecho penal si tuviera como delictivas ciertas conductas inocuas⁵ o intrascendentes, cuya sanción sí podría traer consecuencias irreparables para la unidad familiar al disponer, por ejemplo, la privación de libertad de uno de los miembros del núcleo”.

Acerca de la exigencia típica de que el maltrato recaiga sobre un miembro del núcleo familiar, en un caso en el cual una mujer denunció a su hermano por el delito de violencia intrafamiliar por haberla golpeado, la Corte⁶ señaló que “la disposición se encuentra dirigida a los miembros que integran la unidad familiar”, de manera “que los hermanos sólo hacen parte de esta descripción cuando integran la unidad doméstica”, no así cuando “cada uno tiene su propio núcleo familiar”, caso en el cual “al desecharse, entonces, objetivamente la estructuración de este ilícito emerge el delito de lesiones personales”.

Por su parte, la Corte Constitucional⁷ al declarar exequible el numeral 3° de la Ley 1098 de 2006, indicó:

“Esta protección integral que prodiga la Constitución se asegura mediante la implementación de un sistema de garantías, cuyo propósito es reconocer la importancia de la institución familiar en el contexto del actual Estado Social de Derecho y hacer realidad los fines esenciales que la

⁵ Cfr. CC C-285/97.

⁶ CSJ AP, 13 jun. 2013. Rad. 35764.

⁷ Cfr. CC C-840/10.

orientan, entre los que se destacan: la vida en común, la ayuda mutua, la procreación y el sostenimiento y educación de los hijos.

“Ese ámbito de protección especial, tal como lo ha destacado esta Corporación⁸, se manifiesta, entre otros aspectos: (i) en el reconocimiento a la inviolabilidad de la honra, dignidad e intimidad de la familia; (ii) en el imperativo de fundar las relaciones familiares en la igualdad de derechos y obligaciones de la pareja y en el respeto entre todos sus integrantes; (iii) en la necesidad de preservar la armonía y unidad de la familia, sancionando cualquier forma de violencia que se considere destructiva de la misma ...”.

También señaló la Corte Suprema⁹ al decidir que no procede la causal de agravación del homicidio establecida en el artículo 26-1 de la Ley 1257 de 2008, cuando recae “en todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integradas a la unidad doméstica”, tratándose de cuñados cuando no integran el mismo núcleo familiar, pues si bien tal legislación “no definió puntualmente lo que debe entenderse por unidad doméstica ni detalló sus integrantes¹⁰, de su texto puede inferirse que para que ella se configure es irrelevante el parentesco, luego bien podrían hacer parte de ella cuñados, tíos, sobrinos, etc. No obstante, para que esa circunstancia de agravación se estructure es necesario que dentro del proceso se demuestre, por lo menos,

⁸ Cfr. CC C-289/00.

⁹ CSJ SP, 4 ago. 2010. Rad. 34510.

¹⁰ Tampoco lo hizo la Ley 294 de 1996.

la convivencia de la víctima y del victimario bajo un mismo techo y las relaciones de afecto existentes en razón de la coexistencia¹¹”.

En sentido similar, en un caso en el cual un hombre golpeó a su compañera con la que no había cumplido 2 años de convivencia y la defensa alegó en casación que no se había constituido la unión marital de hecho, la Sala¹² decidió no casar el fallo de condena por el delito de violencia intrafamiliar e indicó:

“La comunidad de vida implica cohabitación y colaboración económica y personal en las distintas circunstancias de la vida, así como la convivencia que posibilita la recíproca satisfacción de las necesidades sexuales; exige que ese trato de pareja que se dispensan los compañeros sea conocido dentro del círculo social y familiar al que pertenecen. La permanencia se traduce en la duración firme, la constancia y la perseverancia de esa comunidad de vida. Y la singularidad se refiere a que tal comunidad de vida se reconoce únicamente en relación con el otro miembro del vínculo, es decir, que debe ser exclusiva al no ser posible la simultaneidad de uniones maritales de hecho o de ésta con relaciones maritales (civiles o religiosas) vigentes”.

¹¹ En criterio de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, la convivencia bajo el mismo techo y de manera permanente es un elemento configurativo de la unidad doméstica a que se refiere el artículo 2 de la Ley 294 de 1996, y en ese orden la “cuidadora” de una menor hace parte de la unidad doméstica (Auto del 3 de diciembre de 2009. Radicación 11001-03-06-000-2009-00069-00 (C). Conflicto negativo de competencias entre la Comisaría Octava de Familia y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -Defensoría de Familia del Centro Integral para la familia de la comuna 8, adscrita al Centro Zonal Suroriental del municipio de Medellín.

¹² CSJ SP, 28 mar. 2012. Rad. 33772.

No en vano el inciso final del artículo 229 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 33 de la Ley 1142 de 2007, señala que también puede incurrir en el delito de violencia intrafamiliar 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”*, precepto que reitera la necesidad de que agresor y agredido pertenezcan a una unidad doméstica, inclusive, sin que medien vínculos de consanguinidad, pues no se trata de asegurar la tranquilidad y armonía de la familia *in extenso*, sino del *hogar* en concreto, palabra que se refería al sitio donde se encendía el fuego, alrededor del cual se reunía la familia para calentarse y alimentarse.

En efecto, si por desarrollo legal una empleada doméstica puede cometer el referido delito de violencia intrafamiliar al agredir a alguno de los miembros del núcleo, puede deducirse que la noción de unidad familiar corresponde establecerla a partir de reconocer una realidad social constitucionalizada, de modo que se circunscribe a quienes comparten un techo, como ocurre con la *familia nuclear* integrada por padre, madre e hijos comunes, la *familia extendida o amplia* conformada, además de los anteriores, por otros familiares como abuelos, tíos, primos, etc., la *familia monoparental* constituida por un progenitor y sus hijos en razón de la muerte o separación del otro padre y la *familia ensamblada o reformada* compuesta por padre o madre, o ambos, con hijos de un compromiso anterior y del actual. Nótese que en el último caso, no son los vínculos

biológicos o consanguíneos los que articulan la unidad familiar doméstica sino la comunidad integrada, como ocurre entre los hijos de una relación anterior del hombre y los hijos de un compromiso precedente de la mujer que conviven bajo el mismo techo.

Igualmente, si la madrastra que convive con su esposo y los hijos de este, los maltrata físicamente, se configura la violencia intrafamiliar. No hay vínculo de consanguinidad entre víctimas y agresora, pero si unidad familiar.

En un asunto en el que un hombre agredió verbal y físicamente a su compañera por solicitarle dinero para el desayuno, con quien convivía hacía 10 años y tenían 2 hijos menores de edad y en casación la defensa pretendió demostrar probatoriamente, sin éxito, que pese a vivir bajo el mismo techo ya no eran pareja, esta Sala¹³ señaló:

“El propósito del legislador, al tipificar esa conducta como delito, es amparar la armonía doméstica y la unidad familiar, sancionando así penalmente el maltrato físico o psicológico infligido sobre algún integrante de la familia. Bajo esa línea, el elemento esencial para que el mismo se configure es que ese maltrato provenga de y se dirija sin distinción hacia un integrante del núcleo familiar o de la unidad doméstica, en tanto el concepto de familia no es restringido ni estático, sino que evoluciona social, legal y jurisprudencialmente.

¹³ CSJ SP, 3 dic. 2014. Rad. 41315.

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

En el derecho comparado se encuentra, por ejemplo, que el Tribunal Supremo Español puntualizó sobre el “delito de violencia doméstica”:

“El bien jurídico protegido es la preservación del ámbito familiar como una comunidad de amor, y libertad presidido por el respeto mutuo y la igualdad, dicho más sintéticamente, el bien jurídico protegido es la paz familiar, sancionando aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir aquel ámbito en un microcosmos regido por el miedo y la dominación, porque, en efecto, nada define mejor el maltrato familiar como la situación de dominio y de poder de una persona sobre su pareja y los menores convivientes.

“Lo relevante será constatar si en el ‘factum’ se describe una conducta atribuida al recurrente que atenta contra la paz familiar y se demuestra en agresiones que dibujen ese ambiente de dominación y temor sufrido por los miembros de la familia, abstracción hecha de que

las agresiones hayan sido o no denunciadas o enjuiciadas y que permitan la obtención del juicio de certeza sobre la nota de habitualidad que junto con el ataque a la paz familiar constituyen así dos coordenadas sobre las que se vertebra el tipo penal”.

Sobre el delito en comento se establece en el Código Penal Federal de México:

“Artículo 343 bis. Por violencia familiar se considera el uso de la fuerza física o moral así como la omisión grave, que de manera reiterada se ejerce en contra de un miembro de la familia por otro integrante de la misma contra su integridad física, psíquica o ambas, independientemente de que pueda producir o no lesiones.

“Comete el delito de violencia familiar el cónyuge, concubina o concubinario; pariente consanguíneo en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado; pariente colateral consanguíneo o afín hasta el cuarto grado, adoptante o adoptado, que habite en la misma casa de la víctima.

“A quien comete el delito de violencia familiar se le impondrá de seis meses a cuatro años de prisión y perderá el derecho de pensión alimenticia. Asimismo se le sujetará a tratamiento psicológico especializado.

“Artículo 343 ter. Se equipara a la violencia familiar y se sancionará con seis meses a cuatro años de prisión al que realice cualquiera de los actos señalados en el artículo anterior en contra de la persona con la que se encuentre unida fuera del matrimonio; de los parientes por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado de esa persona, o de cualquier otra persona que esté sujeta a la custodia, guarda, protección, educación, instrucción o cuidado de dicha persona, siempre y cuando el agresor y el agredido habiten en la misma casa”.

De lo anterior concluye la Corte que para la configuración del delito de violencia intrafamiliar es necesario que victimario y víctima pertenezcan a la misma unidad familiar, “que habiten en la misma casa” –en los términos del citado estatuto punitivo mexicano— pues de no ser ello así, la agresión de uno a otro no satisface la exigencia típica de maltratar a un miembro del mismo núcleo familiar y tampoco vulnera el bien jurídico de la “armonía y unidad de la familia”, caso en el cual deberá procederse, por ejemplo, conforme a las normas que regulan el delito de lesiones personales agravadas en razón del parentesco si a ello hay lugar.

Lo anterior, sin desconocer, como se dijo antes, que la relación entre hijo y padre, o hijo y madre, subsiste a las contingencias de la separación y aún si no conviven, existe el deber de configurar un mundo en común a partir del respeto sentido y recíproco entre ellos, no así entre parejas separadas

y que ya no tienen, por lo tanto, un proyecto de familia conjunto.

Desde luego, se incluye también y es objeto de protección la armonía y unidad de la familia compuesta por parejas del mismo sexo. Al respecto, la Corte Constitucional¹⁴ declaró la exequibilidad condicionada del artículo 229 del Código Penal *“en el entendido de que este tipo penal comprende también a los integrantes de las parejas del mismo sexo”* y de la expresión compañeros permanentes, del literal a) del artículo 2 de la Ley 294 de 1996 *“en el entendido de que, para los efectos de las medidas administrativas de protección previstas en esa ley, la misma también se aplica, en igualdad de condiciones, a los integrantes de las parejas del mismo sexo”*.

En la misma decisión puntualizó:

“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

¹⁴ CC C-029/09.

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”.

Efectuadas las anteriores precisiones sobre el ámbito protector del artículo 229 del Código Penal, encuentra la Corte que si bien en este asunto no se aportó el registro de matrimonio entre GERMÁN ASISCLO CUEVAS y Jeymy Pardo, lo cierto es que en virtud del principio de libertad probatoria reglado en el artículo 373 de la Ley 906 de 2004, según el cual, *“Los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos”*, se demostró a través de lo expuesto por la propia víctima que estaban casados hacía 11 años, procrearon un hijo que para la fecha de los hechos tenía 10 años y no obstante sus constantes altercados, vivían en el mismo inmueble, sin compartir habitación. Allí también residía una hija de la denunciante de una relación anterior.

Conforme a lo expuesto, advierte la Sala que entre víctima y victimario si había una unidad doméstica y familiar,

no derivada de que tuvieran un hijo juntos, como lo entendió el Tribunal al señalar en el fallo que tenían un núcleo familiar, entre otras razones, *“porque ambos son padres de un menor”*, sino por la convivencia cotidiana y permanente que mantenían.

Reitera la Corte que no es suficiente con que un hombre y una mujer procreen un hijo para que surja la noción de *“armonía y unidad de la familia”* protegida por el delito analizado, pues si bien se establece una unidad familiar perenne entre cada uno de ellos con su descendiente, no necesariamente se conforma entre aquellos un lazo de igual naturaleza como para deducir entre los tres una familia para los efectos del delito de violencia intrafamiliar, en cuanto bien puede ocurrir que la relación y convivencia de la pareja culminen o, incluso, que nunca tengan lugar. En tal caso no se estructura la noción de unidad familiar, la cual, como es frecuente y natural, se rehace para integrarla con las nuevas parejas que padre y madre conformen por vínculos naturales o jurídicos. Aquí cobran especial valía las previsiones de esta Sala¹⁵ ya citadas, al señalar que *“la singularidad se refiere a que tal comunidad de vida se reconoce únicamente en relación con el otro miembro del vínculo, es decir, que debe ser exclusiva al no ser posible la simultaneidad de uniones maritales de hecho o de ésta con relaciones maritales (civiles o religiosas) vigentes”*.

En suma, incurren en error de interpretación quienes asumen que la procreación da lugar entre los padres, sin

¹⁵ CSJ SP, 28 mar. 2012. Rad. 33772.

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

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

En el presente caso, por tanto, con independencia de que ASISCLO CUEVAS y Jeymy Pardo tuvieran una relación de pareja con frecuentes altercados y pésimo entendimiento, lo cierto es que convivían bajo un mismo techo, es decir, componían una unidad doméstica familiar,

a la cual se encontraban vinculados, tanto el hijo común, como la referida hija de Jeymy Pardo concebida en otra relación, pues el artículo 2-d de la Ley 294 de 1996 incluye a *“Todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica”*.

Así las cosas, el motivo de casación planteado no tiene vocación de éxito.

La agravación de la pena cuando la violencia recae sobre una mujer

En la audiencia de sustentación del recurso extraordinario, el Fiscal Segundo Delegado ante la Corte planteó la casación parcial del fallo porque la Fiscalía no demostró que la agresión del procesado a su esposa hubiera obedecido a un acto de discriminación por razón de género y por ello debía excluirse la agravación establecida en el inciso 2 del artículo 229 del Código Penal. A su vez, solicitó a la Sala trazar directrices jurisprudenciales sobre el particular.

Se pronuncia la Corporación al respecto, a fin de desarrollar la jurisprudencia acerca de un tema aún no abordado en concreto y que tiene innegable utilidad en este asunto.

Sobre la referida circunstancia de agravación la Fiscalía señaló en el escrito de acusación:

“Nos hallamos frente al punible de VIOLENCIA INTRAFAMILIAR AGRAVADA, en virtud a que la agresión recayó sobre una mujer”.

En la sentencia de primera instancia se expresó sobre dicho tema:

Se configura “la circunstancia de agravación punitiva, en razón de que la acción ilícita recayó sobre una mujer, mediante la utilización de la fuerza bruta o vis absoluta, determinada por cualquier acción no accidental, que provoque o pueda provocar en la víctima daño físico o enfermedad, tal como probatoriamente se demostró”.

En el fallo de segundo grado fueron expuestas las siguientes consideraciones:

“La pluricitada circunstancia de agravación punitiva no se configura por el sólo hecho de que la víctima sea una mujer sino que la violencia debe ejercitarse por razón del género.

“Aunque lo deseable, en un caso como este, es que tal circunstancia se ilustre sin rodeos en la acusación, lo cierto es que si de la redacción de los hechos del pliego acusatorio, emerge con claridad el abuso varonil en perjuicio de la condición femenina de la víctima, la agravante, de acreditarse en juicio, ha de mantenerse para efectos de dosificación punitiva. Tal es el caso presente donde el escrito de acusación, sin ser un

paradigma a emular, sí deja en claro varios aspectos de la feminidad de la víctima: (i) su situación de mujer; (ii) su doble condición de esposa y madre; y (iii) el hecho de que la agresión intrafamiliar que aquí se ausculta ocurrió, no sólo en el ámbito del hogar, sino también con un evidente desequilibrio de fuerzas entre un hombre provisto de un calzado que le permitía a este herir, en forma más contundente a su contrincante. El comportamiento de esta pudo ser, en apariencia, mal visto: intentar rapar la grabadora de su esposo, pero fuera de que tal conducta era explicable en el hecho de que el acusado grababa solo lo que le convenía, la reacción de este, consistente en un contundente puntapié, fue desproporcionada”.

Identificada la imputación fáctica que dio lugar a la aplicación de la circunstancia de agravación punitiva, procede la Sala a analizar los alcances jurídico penales de dicho incremento en la sanción.

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 como deberes de los Estados, entre otros, “*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 que “*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 229 de la Ley 599 de 2000 disponía inicialmente:

“Violencia intrafamiliar. El que maltrate física, síquica o sexualmente a cualquier miembro de su núcleo familiar, incurrirá, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor, en prisión de uno (1) a tres (3) años.

“La pena se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes cuando el maltrato recaiga sobre un menor”.

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

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

En la exposición de motivos de la citada legislación se manifestó¹⁶:

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

Por su parte, el artículo 33 de la Ley 1142 de 2007 también modificó las normas anteriores, al incrementar la pena establecida en el primer inciso de 4 a 8 años de prisión, precisar que se entiende por “anciano” “una persona mayor de sesenta y cinco (65) años” y agregar que a “la misma pena quedará sometido quien, no siendo miembro del

¹⁶ 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.

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”.

De lo expuesto se advierte que el legislador ha ampliado progresivamente la órbita de protección de la familia desde la Ley 294 de 1996, extendiendo la agravación punitiva cuando recae 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”, esto es, en los más vulnerables integrantes del núcleo familiar y así se registró en la exposición de motivos de la Ley 882 de 2004:

“Los diarios, la radio y la televisión nos traen cotidianamente noticias de un mundo donde domina la ley del más fuerte; la solución violenta de los conflictos está a la orden del día y aumentan cada vez más las exigencias ciudadanas de seguridad pública como una necesidad apremiante. Al mismo tiempo la privacidad del hogar es un escenario común de violencia ¿generalmente oculto? que sólo salta a la luz en situaciones extremas: Ancianos/as, niños y niñas maltratados severamente o abusados, mujeres golpeadas o asesinadas por sus propias parejas”¹⁷.

¹⁷ 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.

Como la Ley 1142 de 2007 modificó el artículo 229 de la Ley 599 de 2000 al incrementar las penas para el delito de violencia intrafamiliar, la Corte Constitucional¹⁸ consideró que una sanción más severa para tal conducta encontraba respaldo en la protección especial de la familia conforme a la Constitución Política y destacó la protección reforzada de personas vulnerables dentro del ámbito doméstico, que incluye menores de edad, personas con discapacidad, ancianos y las mujeres.

Ahora, dentro del *principio de tipicidad estricta* se tiene que la circunstancia de agravación punitiva establecida en el artículo 229 del Código Penal para el delito de violencia intrafamiliar, procede “*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*”, es decir, no está dispuesta para asegurar la protección de la mujer cuando es maltratada por el hecho de ser mujer, como sí fue expresamente establecido en el artículo 26 de la Ley 1257 de 2008 para agravar la sanción del homicidio y las lesiones personales, “*11. Si se cometiere contra una mujer por el hecho de ser mujer*”.

Entonces, la agravación para la violencia intrafamiliar no requiere que el maltrato a los niños sólo ocurra cuando se produjo por ser niños, a los ancianos por ser ancianos, a los incapacitados o disminuidos por su condición o a quien se encuentre en estado de indefensión por su circunstancia,

¹⁸ CC C-368/2014-

pues por voluntad del legislador basta que recaiga sobre esos sujetos pasivos que reclaman protección reforzada, entre los cuales, como se advirtió, se encuentra la mujer.

Lo anterior no desconoce que existen otros instrumentos legislativos orientados a proteger a la mujer de agresiones y discriminaciones por su específica condición, los cuales corresponden a un plus, adicional a los establecidos mediante la abordada circunstancia específica de agravación de la pena para el delito de violencia en el entorno familiar.

Así, por ejemplo, están: La Ley 1257 de 2008 que tiene por objeto “*la adopción de normas que permitan garantizar para todas las mujeres una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado, el ejercicio de los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico interno e internacional*”. La Ley 1542 de 2012, con el fin de “*garantizar la protección y diligencia de las autoridades en la investigación de los presuntos delitos de violencia contra la mujer y eliminar el carácter de querellables y desistibles de los delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria*”.

También, la Ley 1761 de 2015 que “*tiene por objeto tipificar el feminicidio como un delito autónomo, para garantizar la investigación y sanción de las violencias contra las mujeres por motivos de género y discriminación, así como prevenir y erradicar dichas violencias y adoptar estrategias de sensibilización de la sociedad colombiana, en orden a*

garantizar el acceso de las mujeres a una vida libre de violencias que favorezca su desarrollo integral y su bienestar, de acuerdo con los principios de igualdad y no discriminación” de modo que en su artículo 2 adicionó el artículo 104 A al Código Penal, que tipifica el delito de feminicidio y sanciona con pena de prisión a “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”, regladas en 6 numerales.

Conforme a lo anterior, la propuesta planteada por la Fiscalía en su condición de no recurrente, no está llamada a prosperar.

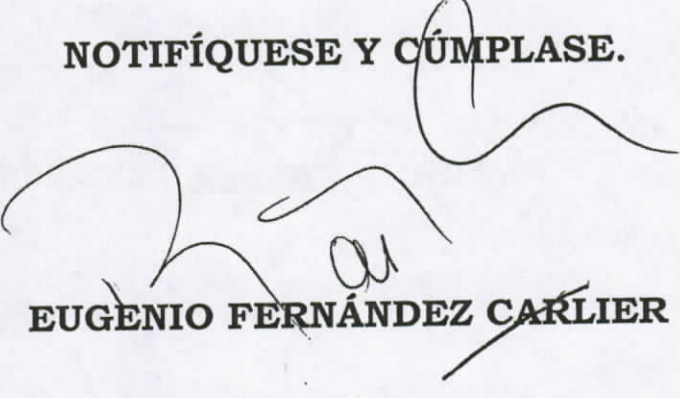
Por lo expuesto, la SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO CASAR el fallo impugnado.

Contra esta providencia no proceden recursos.

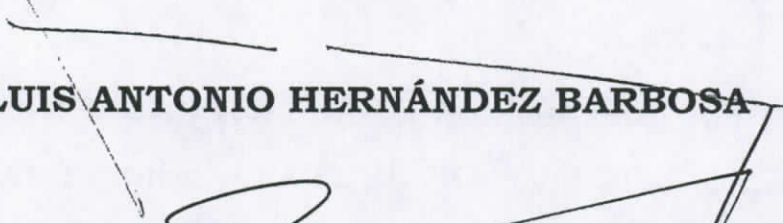
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

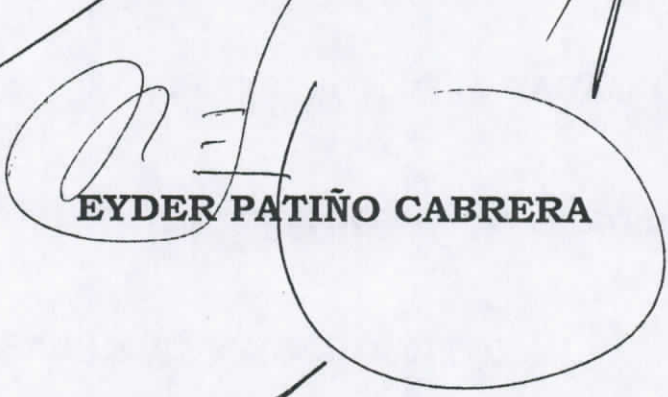

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA


JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO


FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

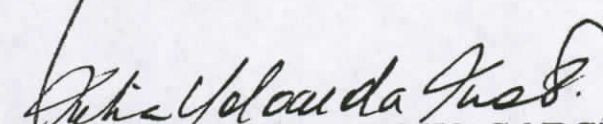

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA


GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ


EYDER PATIÑO CABRERA


PATRICIA SALAZAR CUELLAR


LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO


NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria