



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada Ponente

SP4544-2021

Radicación n° 55585

Aprobado acta n° 262

Bogotá, D.C, seis (6) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

VISTOS

Resuelve la Sala el recurso extraordinario de casación presentado por el defensor de HENRY VALENCIA ARCILA en contra del fallo de segunda instancia proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, el 5 de abril de 2019, mediante la cual confirmó la sentencia que emitió el Juzgado Segundo Penal Municipal con funciones de conocimiento de Dosquebradas (Risaralda), el

1° de noviembre de 2018, condenando al mencionado procesado como autor del delito de *Violencia intrafamiliar*, cometido en circunstancia de agravación punitiva.

H E C H O S

De acuerdo con los hechos declarados como demostrados en la sentencia recurrida, tuvieron ocurrencia la noche del 5 de junio de 2017, en la manzana 3 casa 2 de la Unidad Residencial Zaguán de las Villas del municipio de Dosquebradas (Risaralda), cuando HENRY VALENCIA ARCILA maltrató de palabra y golpeó a su esposa Claudia Patricia Granados Mendoza y a su hija Viviana Andrea Valencia Granados¹, causándoles lesiones en su cuerpo que les generó incapacidades médico legales de 8 y 2 días, respectivamente.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Con fundamento en los anteriores hechos, el 6 de junio de 2017 la Fiscalía presentó a HENRY VALENCIA ARCILA ante el Juzgado Primero Penal Municipal con función de control de garantías de Dosquebradas (Risaralda), y tras legalizarse el procedimiento de su captura le formuló imputación en calidad de autor del delito de *Violencia intrafamiliar*, cometido en circunstancia de agravación punitiva (artículo 229, inciso segundo, del Código Penal).

¹ De 21 años para la fecha de los hechos.

Presentado el escrito de acusación el 30 de agosto de 2017 por parte del Fiscal 8° Local de Dosquebradas, le correspondió al Juzgado Segundo Penal Municipal con funciones de conocimiento de esa ciudad adelantar la etapa de juzgamiento, celebrándose las audiencias de acusación y preparatoria los días 10 de abril y 5 de junio de 2018, respectivamente.

La audiencia de juicio oral y público se llevó a cabo el 24 de octubre de ese año, anunciándose el sentido del fallo, hallando culpable al acusado.

El 1° de noviembre de 2018, el mismo despacho judicial emitió el fallo condenatorio, declarando responsable a HENRY VALENCIA ARCILA en calidad de autor del delito de *Violencia intrafamiliar*, cometido en la circunstancia de agravación punitiva relativa a que la conducta recayó sobre dos mujeres (artículo 229, inciso segundo, del Código Penal), imponiendo en su contra la pena principal de setenta y dos (72) meses de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo. No le concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni la prisión domiciliaria.

Apelado el fallo por el apoderado del acusado, la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira, mediante providencia del 5 de abril de 2019, lo confirmó en su integridad.

Oportunamente el defensor del acusado interpuso el recurso extraordinario de casación, cuya demanda fue

estudiada en su aspecto formal y admitida por esta Corporación.

Debido a la declaratoria de emergencia sanitaria en todo el país no pudo llevarse a cabo la audiencia de sustentación programada dentro de esta actuación, razón por la cual a fin de impulsar la emisión de sentencias en asuntos prioritarios durante la vigencia de las medidas de aislamiento preventivo obligatorio, dispuestas por el Gobierno Nacional, se dispuso dar aplicación al trámite extraordinario previsto en el Acuerdo 20 de 2020 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, adelantándose el trámite de sustentación del recurso de casación.

FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

Un cargo presenta la apoderada del sindicato HENRY VALENCIA ARCILA, con base en la causal tercera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, por violación indirecta de la ley, al incurrirse en un error de derecho por falso juicio de convicción por el manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se fundó la sentencia de condena, lo que devino en la falta de aplicación o indebida aplicación de los artículos 383, 385, 437 y 438 de la Ley 906 de 2004 y 33 de la Constitución Política.

En desarrollo de la censura, puntualiza la demandante que la condena tuvo como fundamento únicamente pruebas

de referencia, con lo que se transgredió el mandato del artículo 381 de la Ley 906 de 2004.

Hace alusión a la denuncia de Claudia Patricia Granados Mendoza y a la entrevista de Viviana Andrea Valencia Granados, para señalar que el Tribunal las valoró no obstante que no tenían la condición de pruebas de referencia admisibles y, si así fuera, desatendió el valor probatorio que tenía que haberles asignado de conformidad con la tarifa legal negativa prevista en el inciso segundo del artículo 381 de la Ley 906 de 2004, en tanto no podía fundar la condena de manera exclusiva en prueba de referencia. Agrega que el juez *a quo* también había valorado las declaraciones anteriores, pero dándoles la calidad de pruebas documentales, sin siquiera considerarlas pruebas de referencia.

Señala que los testigos se presentaron al juicio y fue allí donde se negaron a declarar en virtud de sus vínculos familiares con el acusado. Sin embargo, advierte, el *ad quem* consideró de manera equivocada que se trataba de un caso de no disponibilidad de los testigos, conforme a las excepciones previstas en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004 para la admisión de las declaraciones anteriores como pruebas de referencia.

Sostiene que era deber del Tribunal llevar a cabo una correcta interpretación de las pruebas de referencia incorporadas a la actuación, corrigiendo el despropósito del juez de conocimiento de asumir las declaraciones anteriores

como pruebas documentales. Por lo que, al no tener la condición de pruebas documentales ni pruebas de referencias admisibles, el *ad quem* debió prescindir de la valoración de las declaraciones anteriores rendidas por las víctimas, puesto que las mismas solo debieron ser utilizadas para refrescar memoria, impugnar credibilidad o para incorporarlas como testimonio adjunto ante cambios de versión por parte del declarante.

Insiste en que las testigos víctimas del delito se abstuvieron de declarar en juicio acogiéndose al derecho de no declarar previsto en el artículo 33 de la Constitución Política, atendiendo a los vínculos de afinidad y de consanguinidad de esposa e hija con respecto al procesado, por lo que esa circunstancia no puede ser asimilable a un evento de no disponibilidad de las testigos, pues esta circunstancia solo podría reconocerse en los casos en que estuvieran obligadas a declarar, conforme a lo dispuesto en el artículo 383 de la Ley 906 de 2004.

Así las cosas, concluye, *«la excepción al deber de declarar en el juicio oral en materia procesal penal, no constituye una causal excepcional de admisibilidad de la prueba de referencia bajo el argumento de la no disponibilidad del testigo»*. Además, subraya, las Leyes 1257 de 2008 y 1542 de 2012 no autorizan el ingreso de declaraciones anteriores como pruebas de referencia, en caso de violencia de género o doméstica, como si ocurre, por ejemplo, con la Ley 1652 de 2013, cuando se trata de delitos sexuales contra menores de edad.

El yerro denunciado, a decir de la recurrente, tuvo incidencia en el fallo de condena proferido en contra del acusado, por cuanto fue con base en las declaraciones rendidas por fuera del juicio, reconocidas como pruebas de referencia, que se dio por demostrada la existencia del hecho y la responsabilidad penal, ya que ninguno de los demás medios probatorios incorporados a la actuación, logran llegar al grado de conocimiento exigido para la emisión de una sentencia condenatoria.

Con lo anterior, solicita casar la sentencia recurrida y, en consecuencia, se absuelva al acusado VALENCIA ARCILA.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

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

El demandante reiteró los reproches consignados en su demanda.

En primer lugar, enfatizó que las declaraciones anteriores, rendidas por las víctimas Claudia Patricia Granados Mendoza y Viviana Andrea Valencia Granados, fueron incorporadas indebidamente como pruebas documentales y fue el Tribunal el que le dio la condición de pruebas de referencia, sin que para ese efecto se surtieran los requisitos formales para su introducción en el juicio.

En segundo lugar, resaltó que no son admisibles como pruebas de referencia las declaraciones de las víctimas rendidas fuera del juicio, cuando ellas hicieron uso del derecho constitucional a no declarar en contra de su cónyuge y padre, lo que no podía asimilarse a una situación de no disponibilidad de los testigos en los términos del literal b) del artículo 438 de la Ley 906 de 2004. Además, subrayó, las testigos no estuvieron sometidos a amenazas o presiones en su decisión de no declarar.

Sostuvo, además, que en todo caso el concepto de «*atmósfera de presión*», empleado por la Sala en anterior decisión, debía ser objeto de una carga argumentativa por quien promovía la indisponibilidad del testigo, a partir de elementos probatorios que dieran cuenta de que esa condición fue determinante para que los testigos decidieran no declarar en el juicio.

En consecuencia, concluyó, la Corte debe excluir como pruebas de referencias las declaraciones rendidas por fuera del juicio por Claudia Patricia Granados Mendoza y Viviana Andrea Valencia Granados, resultando insuficientes los demás medios de conocimiento para cumplir con el estándar de conocimiento requerido para la condena del acusado.

El delegado de la Fiscalía General de la Nación reclamó no casar la sentencia toda vez que, en su sentir, ninguna irregularidad trascendente se advierte en el fallo impugnado, por cuanto se comprobó la situación de

excepcionalidad al momento de la recepción de las declaraciones de las víctimas en el juicio, pues aunque se encontraban en disponibilidad física para rendir su testimonio en sede del juicio oral, no ocurre así respecto de su disponibilidad jurídica, como quiera que hicieron uso de la exoneración a su deber de declarar. Esa razón, sostuvo, habilitó en forma legal el ingreso y la valoración de sus declaraciones anteriores, en las que, pese a que también fueron advertidas sobre la excepción a su deber de declarar contra su cónyuge y/o padre respectivamente, lo hicieron en forma categórica para sindicar al aquí procesado como autor responsable de la conducta endilgada.

Expresó que aún si en gracia de discusión se excluyeran de valoración probatoria aquellas declaraciones anteriores, el fallo condenatorio se mantendría, en tanto con las declaraciones rendidas por la médica legista Adriana Janneth Mendoza Jiménez y por el policía Johnatan Bermúdez Blandón, y la prueba documental aportada sobre los antecedentes de agresión, se puede dar por probado el maltrato producido por el acusado a su cónyuge y a su hija.

Por lo demás, recalcó que la filosofía del amparo constitucional y legal relativo a la exoneración al deber de declarar contra parientes o afines próximos, no se instituyó para favorecer a los victimarios de esta clase delitos, en los que la dependencia afectiva y económica dentro de la relación familiar influye en esa clase de determinaciones. Por el contrario, afirmó, la política criminal del Estado ha conferido un carácter oficioso a estas ilicitudes, acorde con los tratados

internacionales y constitucionales que regulan estas materias, con el propósito de proteger eficazmente a los componentes personales más vulnerables de la célula familiar.

El **representante del Ministerio Público** estimó que el dictamen de la médica legista constituye plena prueba de la responsabilidad del acusado, toda vez que demuestra las lesiones causadas a Claudia Patricia Granados Mendoza y Viviana Andrea Valencia Granados, acreditándose la violencia moral, psicológica, verbal del procesado contra su núcleo familiar. Además, aseguró, la perita dio cuenta en su informe de lo manifestado por las víctimas en torno a lo sucedido, teniendo oportunidad la defensa de, en el mismo juicio, *«tachar la presunta falsedad»* en que pudo incurrir la legista.

De igual manera, sostuvo, el testimonio del patrullero Jhonatan Bermúdez Blandón es una prueba directa, como quiera que estuvo presente en el momento en que Henry Valencia Arcila expresaba groserías, improperios y agravios contra su compañera permanente y su hija, mientras estas se encontraban llorando y reducidas en el piso, como consecuencia de la violencia doméstica que se estaba presentando.

En cuanto a las declaraciones anteriores admitidas como pruebas de referencia por parte del Tribunal, averó que el reproche carece de fundamento *«por cuanto la segunda instancia se ciñó a lo obrante en el material probatorio»*. De todos

modos, agrega, si se excluyeran la denuncia y la entrevista de las víctimas, con las demás pruebas se encuentra plenamente probada la materialidad de la conducta.

Solicitó, en consecuencia, no casar la sentencia recurrida.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

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

1. Fundamentos del fallo de condena:

La jueza de conocimiento declaró responsable al acusado con fundamento en la declaración rendida por el agente de la policía Jhonatan Bermúdez Blandón; el dictamen pericial rendido en juicio por la médica legista Adriana Janeth Mendoza Jiménez; y, la «*prueba documental denuncia*» presentada por Claudia Patricia Granados Mendoza y la «*prueba documental entrevista*» rendida por Viviana Andrea Valencia Granados. Dichos medios de conocimiento

incorporados a la actuación, según sustentó, arrojaron en su valoración conjunta el conocimiento más allá de duda razonable, suficiente para la emisión de la condena en contra del procesado.

El Tribunal, por su parte, sostuvo que se demostró la responsabilidad del acusado VALENCIA ARCILA a partir de la entrevista de Claudia Patricia Granados Mendoza, argumentando que tuvo la condición de prueba de referencia admisible *«en atención a que se trata de una declaración rendida por fuera del proceso la cual ingresó a la actuación procesal como consecuencia de la aptitud (sic) asumida tanto por parte de la señora GRANADOS MENDOZA, como por su hija CLAUDIA PATRICIA GRANADOS MENDOZA, de quienes en reiteradas ocasiones se procuró sin éxito su comparecencia al juicio»*.

De esa declaración anterior extrae el *ad quem* *«un relato pormenorizado de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales ocurrieron los hechos»*, dando por comprobado que el acusado, en estado de embriaguez, maltrató de palabra a su mujer y a su hija, para después golpearlas, primero a aquella y, luego, a su descendiente, cuando intervino para socorrer a la madre.

Así mismo, el Tribunal ofrece en la fundamentación de su decisión, como corroboración periférica de la anterior, la prueba pericial presentada por la médica legista Adriana Janeth Mendoza Jiménez, quien dictaminó una incapacidad médico legal de 8 días para Claudia Patricia Granados Mendoza, producto de las lesiones que presentaba en

diferentes partes del cuerpo. También, el testimonio de Jhonatan Bermúdez Blandón, agente de la policía, quien capturó al procesado y fue testigo de los insultos que vociferaba en contra de las dos mujeres y, además, observó lesionada a Mendoza Jiménez.

Igualmente, razonó el juez colegiado, los registros del SPOA, presentados como prueba documental por la fiscalía, demuestran la existencia de varias denuncias formuladas en contra del acusado por violencia intrafamiliar, lesiones personales y daño en bien ajeno, resaltando especialmente que de acuerdo con una denuncia de 2015 *«los vecinos sabían que el señor HENRY agredía físicamente a su esposa, casi siempre cuando él se encontraba en estado de beodez»*, lo que, según definió, se constituye en prueba del hecho indicador del indicio de capacidad moral para delinquir.

Con lo anterior, el Tribunal concluyó que existe prueba de referencia admisible y prueba de corroboración periférica que demuestran la violencia física y moral perpetrada por el acusado VALENCIA ARCILA en contra de su núcleo familiar, afectándose el bien jurídico de la unidad familiar.

2. Problemas jurídicos planteados en la demanda y su solución:

El recurrente pretende la remoción del fallo impugnado aduciendo, como error de derecho por falso juicio de convicción, que la condena de HENRY VALENCIA ARCILA en

calidad de autor del delito de *Violencia intrafamiliar* se fundamentó en una prueba de referencia inadmisibles, por cuanto, según alega, se quebrantaron las reglas para su incorporación al no ser sustentada como tal y, además, su aducción no se fundamentó en un caso de indisponibilidad de las testigos.

Los argumentos centrales de la censura, son del siguiente tenor: i) Se valoraron como pruebas de referencia las declaraciones anteriores de Claudia Patricia Granados Mendoza y Viviana Andrea Valencia Granados, no obstante que fueron incorporadas en el juicio como pruebas documentales; y ii) Dichas testigos y víctimas de los hechos, se acogieron al derecho de no declarar en contra de su esposo y padre, respectivamente, no obstante lo cual se valoraron como pruebas de referencia la denuncia y la entrevista que habían rendido por fuera del juicio oral, habiéndose fundamentado en ellas el fallo de condena.

2.1. La incorporación de las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral:

Lo primero que debe decirse es que es cierto, como lo plantea el demandante, que las declaraciones anteriores de Claudia Patricia Granados Mendoza y Viviana Andrea Valencia Granados, rendidas por fuera del juicio oral, no se incorporaron a la actuación procesal a título de prueba de referencia sino bajo la connotación de pruebas documentales.

Es más, en la audiencia preparatoria ni siquiera se hizo petición en ese sentido por parte de la Fiscalía ni la jueza de conocimiento se pronunció sobre el decreto de esa clase de elemento probatorio, limitándose a expresar que la denuncia y la entrevista se introducirían en el juicio como un «anexo» del informe ejecutivo que debía ser incorporado a través del investigador Carlos Mario Vásquez Gutiérrez².

De esa manera, según puede constatarse a través de los registros de la audiencia de juicio oral y público, fue por intermedio de Carlos Mario Vásquez Gutiérrez, investigador criminalístico de actos urgentes de la Sijin, que se introdujeron como pruebas documentales la denuncia y entrevista que habían sido recibidas a Claudia Patricia Granados Mendoza y Viviana Andrea Valencia Granados.

En esa ocasión el investigador fue interrogado por el fiscal del caso sobre las tareas que adelantó como actos urgentes una vez se tuvo la noticia criminal de los acontecimientos. Allí, Vásquez Gutiérrez relató que una vez fue dejado a disposición el capturado por parte de la policía de vigilancia, llevó a cabo los actos urgentes, tales como *«búsqueda selectiva en base de datos, entrevistas, medidas de protección, entre otras, que ahí deben estar todas plasmadas en el informe ejecutivo que realicé»*³. Los documentos en cuestión fueron trasladados al testigo para su reconocimiento y

² Cfr. Audiencia preparatoria, registro audio, min. 00:11:38.

³ Audiencia de juicio oral y público, registro audio, min. 00:48:00.

finalmente solicitó el Fiscal la incorporación del informe ejecutivo y sus anexos.

La jueza de conocimiento, resolvió a continuación que *«se tiene en cuenta como prueba número 2 el testimonio del investigador Carlos Mario Vásquez Gutiérrez, así como también los elementos materiales probatorios que se le corrió traslado dentro de este interrogatorio que fueron enunciados dentro del escrito de acusación»*⁴.

Al respecto debe precisarse que la regla general es que las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral no se pueden incorporar como prueba en la actuación, puesto que el sistema procesal penal regulado en la Ley 906 de 2004 se estructura sobre la idea de que sólo pueden ser valoradas como tales las practicadas en el juicio oral, con inmediación, contradicción, confrontación y publicidad (art. 16), y sólo en casos excepcionales podrán ser incorporadas en esa calidad en el juicio oral, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en la ley y desarrollados por la jurisprudencia.

Así mismo, según se ha hecho hincapié por la Sala, los usos de declaraciones anteriores, orientados a su empleo en el interrogatorio cruzado de testigos (refrescar la memoria del testigo o a impugnar su credibilidad), no constituyen excepciones a la regla consagrada en el artículo 16 de la Ley 906 de 2004, pues son herramientas para facilitar el interrogatorio y/o la impugnación de la credibilidad del testigo o de su relato⁵.

⁴ Audiencia de juicio oral y público, registro audio, min. 01:01:32.

⁵ CSJ AP-5785-2015, 30 sep. 2015, rad. 46153.

Por lo tanto, las verdaderas excepciones a la regla general consagrada en el artículo 16 de la Ley 906 de 2004 están materializadas en los eventos de admisión de declaraciones anteriores como medios de prueba, como es el caso de la prueba anticipada, la prueba de referencia y las declaraciones anteriores inconsistentes con lo que el testigo declara en juicio.

Igualmente, como lo ha venido subrayando esta Sala, una declaración anterior no pierde su carácter (testimonial), porque haya sido documentada de cualquier manera, ni, tampoco, porque las partes o la jueza la denominen «*prueba documental*» o «*elemento material probatorio*», como ocurrió en el presente caso, o de cualquier otra forma⁶.

En este sentido se ha insistido en la necesidad de diferenciar la declaración rendida por fuera del juicio oral, de los medios de conocimiento utilizados para demostrar su existencia y contenido. A manera de ejemplo, se ha precisado que si una persona rindió una entrevista ante los funcionarios de policía judicial, la existencia y el contenido de esa declaración puede demostrarse con el documento donde fue plasmada o registrada (audio, video, escrito, etcétera) y/o con la declaración de quien la haya escuchado

⁶ CSJ AP-5785-2015, 30 sep. 2015, rad. 46153; CSJ SP-606-2017, 25 ene. 2017, rad. 44950.

y, en general, de quien tenga «*conocimiento personal y directo*» de esa situación⁷.

Así las cosas, los aspectos constitucionales y legales atinentes a la prueba testimonial, tales como el derecho a controlar el interrogatorio e interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo (como elementos estructurales del derecho a la confrontación) y las reglas sobre admisión de prueba de referencia, entre otros, no pueden soslayarse bajo el sofisma de que no se trata de una declaración sino de un medio de conocimiento de diversa naturaleza, como si para ello bastara el simple cambio de denominación⁸.

En todo caso, corresponde a la parte que la solicita sustentar si pretende utilizar una declaración anterior como prueba –de referencia o como complemento de lo declarado por el testigo que se retracta o cambia su versión-, o si su finalidad es refrescar la memoria o impugnar la credibilidad del testigo, bajo el entendido de que cada uno de estos usos está sometido a reglas específicas, que han sido objeto de desarrollo jurisprudencial⁹.

Aunque nada se dijo al respecto por el Fiscal al momento de solicitar su incorporación como pruebas, el Tribunal asumió que las declaraciones anteriores de Claudia Patricia Granados Mendoza y a su hija Viviana Andrea

⁷ CSJ AP-16554-2016, 16 nov. 2016, rad. 44113. En el mismo sentido, CSJ AP-5785-2015, 30 sep. 2015, rad. 46153; CSJ SP-3332-2016, 16 mar. 2016, rad. 43866.

⁸ CSJ AP-5785-2015, 30 sep. 2015, rad. 46153, CSJ SP-606-2017, 25 ene. 2017, rad. 44950.

⁹ CSJ SP-606-2017, 25 ene. 2017, rad. 44950.

Valencia Granados tenían la condición de pruebas de referencia, lo que en efecto corresponde de manera razonable al uso que se les pudo dar conforme lo definido en el artículo 437 de la Ley 906 de 2004, toda vez que: (i) se trata de unas declaraciones, pues las testigos, con la intención de que fueran tomados como ciertos, se refirieron a unos hechos en particular, de los que fueron víctimas; (ii) rendidas por fuera del escenario del juicio oral, en la fase de investigación; y (iii) se llevaron al juicio oral como medios de prueba de los elementos estructurales del delito¹⁰.

Sin embargo, el uso de las declaraciones anteriores como pruebas de referencia se encuentra sujeto a unas reglas específicas, que, como lo ha recalcado la Corte, no constituyen meros formalismos carentes de contenido, sino la forma como se regulan las garantías judiciales mínimas del procesado y, en general, el debido proceso, como expresiones básicas de la judicialización en un sistema democrático¹¹.

Así, la Corte ha establecido el procedimiento para la incorporación de una declaración anterior al juicio oral a título de prueba de referencia:

(i) deben ser objeto de descubrimiento la declaración anterior y los medios que se pretenden utilizar en el juicio oral para demostrar su existencia y contenido; (ii) en la audiencia preparatoria la parte debe solicitar que se decrete la declaración que pretende

¹⁰ CSJ AP-5785-2015, 30 sep. 2015, rad. 46153.

¹¹ CSJ AP-16554-2016, 16 nov. 2016, rad. 44113.

incorporar como prueba de referencia, así como los medios que utilizará para demostrar la existencia y contenido de la misma; (iii) se debe acreditar la circunstancia excepcional de admisibilidad de prueba de referencia (artículo 438); y (iv) en el juicio oral la declaración anterior debe ser incorporada, según los medios de prueba que para tales efectos haya elegido la parte. Si la circunstancia excepcional de admisibilidad de prueba de referencia es sobreviniente, en el respectivo estadio procesal deben acreditarse los presupuestos de su admisibilidad y el juez decidirá lo que considere procedente.

A lo anterior debe sumarse que el artículo 438 de la Ley 906 de 2004 dispone que la admisión de la prueba de referencia sea excepcional y sólo procede en los eventos allí regulados. Frente a este tema, la Sala ha emitido varios pronunciamientos, principalmente sobre la interpretación del literal b de dicha norma, concretamente sobre los eventos que pueden catalogarse como “similares” a los allí previstos (CSJ AP, 22 May. 2013, Rad. 41106; CSJ SP, 14 Dic. 2011, Rad. 34703; CSJ AP, 27 Jun. 2012, Rad. 34867; CSJ AP, 18 Abr. 2012, Rad. 38051, entre otras).¹²

En consecuencia, las declaraciones rendida por las denunciantes de la conducta punible ante la policía judicial, en cuanto medios de prueba, en este caso deben entenderse de referencia y solo podían allegarse válidamente al juicio demostrando alguna de las circunstancias del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, tópico que debe plantearse en la audiencia preparatoria o excepcionalmente en el juicio, cuando la causa que habilita la introducción se presenta con posterioridad a la audiencia preparatoria.

¹² CSJ AP-16554-2016, 16 nov. 2016, rad. 44113; CSJ SP-14844-2015, 28 oct. 2015. rad. 44056.

De la misma manera, no porque el medio se halle registrado por escrito, se muta su condición de medio de referencia a prueba documental, pues, como se anotó, si se trata de la declaración rendida por una persona fuera del juicio oral que busca demostrar un aspecto trascendente del mismo, ha de estimarse prueba de referencia, en tanto, no debe confundirse el contenido con el documento que constituye un mero instrumento para demostrar su existencia y contenido.

Así las cosas, no obstante la clara naturaleza de prueba de referencia de las declaraciones anteriores rendidas por Claudia Patricia Granados Mendoza y a su hija Viviana Andrea Valencia Granados, la Fiscalía pretendió acreditar con ellas un elemento de la conducta punible empleándolas como prueba testimonial, pero por la forma como la misma fue introducida (anexa al informe ejecutivo, que fue incorporado a través del policía judicial, como si se tratara de una prueba documental), le quitó a la defensa la posibilidad de controlar los interrogatorios, contrainterrogar a los testigos y, en general, ejercer el derecho de confrontación.

Según puede advertirse, dichas declaraciones se incorporaron a la actuación en contravía de la reglamentación constitucional y legal que rige para la prueba de referencia. Ninguna fundamentación se llevó a cabo en relación con los presupuestos de su admisibilidad: no hubo petición en ese sentido por parte del representante de la

Fiscalía; tampoco se alegó que las testigos se hallaran en alguna de las circunstancias excepcionales consagradas en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004; no se dio oportunidad a la defensa para que se opusiera a la admisión como pruebas de referencia de las declaraciones anteriores; y, la jueza no hizo pronunciamiento alguno sobre su admisión.

En realidad, ninguna mención se hizo durante todo el trámite del juicio oral y público a la prueba de referencia como medio de prueba y, por supuesto, no hubo en ese sentido por parte del acusador invocación de alguno de los eventos excepcionales allí previstos.

Tampoco en la sentencia de primera instancia se hizo alusión a la naturaleza de esos medios de prueba, no obstante que fueron valoradas las declaraciones anteriores bajo el supuesto de tratarse de pruebas documentales, denominándoseles, impropia, «prueba documental querrela» y «prueba documental entrevista» (sic).

El Tribunal, por su parte, advertido de la anómala situación probatoria por parte de la recurrente, concluyó que la declaración anterior de Claudia Patricia Granados Mendoza constituía prueba de referencia **admisibile** «en atención a que se trata de una declaración rendida por fuera del proceso la cual ingresó a la actuación procesal como consecuencia de la aptitud (sic) asumida tanto por parte de la señora GRANADOS MENDOZA, como por su hija CLAUDIA PATRICIA GRANADOS MENDOZA, de quienes en reiteradas ocasiones se procuró sin éxito su comparecencia al juicio».

No consideró el *ad quem* que, como cualquier otro medio probatorio, la prueba de referencia está condicionada por un rito legal para su solicitud, decreto, práctica y aducción. La incorporación como prueba de esas manifestaciones anteriores no puede obrar automáticamente y de oficio, sin un pedido expreso de la parte interesada y sin la carga demostrativa que le compete en relación con la existencia de alguna de las circunstancias excepcionales que se presentan para su aducción. Lo contrario, comportaría una suerte de actividad probatoria oficiosa, inequívocamente vedada en el ordenamiento procesal aplicable a este asunto. Tampoco era dable para el Tribunal mutar un medio presentado como prueba documental –instrumento de incorporación– en prueba de referencia, arrogándose además la fundamentación de la causal que no fue invocada por la Fiscalía.

La circunstancia excepcional aducida por el juez colegiado resulta ser, además, un tema de especial complejidad, pues no se trató de una *mala actitud* la que llevó a que Claudia Patricia Granados Mendoza y Viviana Andrea Valencia Granados se abstuvieran de declarar en el juicio oral. Lo hicieron en ejercicio del derecho constitucional a no declarar en contra de su esposo y padre, respectivamente (artículo 33 de la Constitución Política).

Al momento de recibir la amonestación en ese sentido por la jueza de conocimiento, las testigos y víctimas expresaron con toda claridad que se acogían al privilegio constitucional de no declarar contra su pariente filial y

consanguíneo¹³. El delegado de la Fiscalía frente a ello no propuso ni sustentó la admisión de sus declaraciones anteriores como pruebas de referencia, con fundamento en la circunstancia regulada en el literal b) del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, como tardía y oficiosamente lo asumió el juez *ad quem*; al contrario, el acusador manifestó que «*renuncio al testimonio de las damas porque ellas manifestaron acá que no iban a declarar*»¹⁴. La jueza, por su parte, no resolvió, ni tenía porqué hacerlo, en relación con la admisibilidad de la prueba de referencia, pues, se reitera, la misma ni siquiera fue planteada.

De esa manera, deviene que la ilegalidad de las pruebas en cuestión es ostensible, yerro que no se subsana por la actitud pasiva de la defensa, ni por las fallas de la jueza en su rol de directora del proceso, quienes permitieron que bajo el rótulo de pruebas documentales ingresaran a la actuación pruebas de referencia sin que se surtiera el debido trámite procesal de admisibilidad.

Resta agregar que la misma ilegalidad se proyecta sobre las declaraciones anteriores de Claudia Patricia Granados Mendoza y Viviana Andrea Valencia Granados, que igual fueron valoradas tras ser incorporadas a la actuación a través de diversos instrumentos: en el mismo informe ejecutivo del investigador de policía judicial, donde se consignó la versión de los hechos entregada por las víctimas; en el «*informe de policía de vigilancia en casos de captura en flagrancia*»,

¹³ Cfr. Audiencia de juicio oral, registro audio, min. 00:16:27.

¹⁴ Audiencia de juicio oral, registro audio, min. 01:33:22.

donde se reiteró, entre otras cosas, la versión entregada por las víctimas; y, en la anamnesis, elaborada por la médica legista a partir de la versión entregada por las dos mujeres.

Como claramente lo ha dicho la Sala, si las partes pretenden hacer valer como prueba el contenido de la anamnesis (o cualquier otra declaración plasmada en esa clase de reportes) para demostrar uno o varios de los elementos estructurales del tema de prueba, deben agotar los trámites previstos para la incorporación de declaraciones rendidas por fuera del juicio oral¹⁵. El mismo rito debe observarse cuando se pretende la aducción de declaraciones anteriores insertas en cualquier tipo de informe.

En consecuencia, la admisión en esas condiciones de las declaraciones anteriores al juicio oral como medios de prueba, supuso la transgresión del artículo 438 de la Ley 906, además del artículo 16 ibídem, norma rectora que establece que *«únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento»*, lo que impidió el desarrollo de garantías judiciales tan importantes como el derecho a la confrontación, previsto en los artículos 8 y 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, respectivamente.

¹⁵ CSJ SP-2709-2018, 11 jul. 2018, rad. 50637. En el mismo sentido, CSJ SP-4179-2018, 26 sept. 2018, rad. 47789.

Por lo tanto, los falladores incurrieron en un error de derecho, en la modalidad de falso juicio de legalidad –no de convicción, como fue planteado–, toda vez que valoraron unos medios de prueba, que fueron incorporados al juicio oral en contravía de las reglas que rigen la prueba de referencia, por lo que deriva en un desacierto el juicio de valor que el Tribunal les otorgó para construir su decisión, en parte, con fundamento en ellos, debiendo ser excluidos.

Por sustracción de materia, la Corte no examinará el cargo en relación con la circunstancia de si el ejercicio del derecho a no declarar por parte de las testigos corresponde a la excepción de no disponibilidad prevista en el literal b) del artículo 438 de la Ley 906 de 2004 para la admisión de las declaraciones anteriores como pruebas de referencia.

2.2. El estándar de prueba en relación con la demostración del hecho y la responsabilidad del acusado:

La exclusión como medios de prueba de las declaraciones anteriores de Claudia Patricia Granados Mendoza y Viviana Andrea Valencia Granados, impone, para efectos de la definición del recurso, examinar la prueba restante con el fin de establecer si cumple los estándares requeridos para llegar a una decisión de condena, o si, por el contrario, no los satisface, análisis que la Sala acometerá a continuación. Debe decirse, de una vez, que el fallo de

condena no se fundamentó de manera exclusiva en aquellas pruebas de referencia excluidas.

Se cuenta, en primer lugar, con el testimonio de Jhonatan Bermúdez Blandón¹⁶, agente de la Policía Nacional, quien narró que la noche del 5 de junio de 2017 laboraba en el turno como patrullero de vigilancia, adscrito al cuadrante 18 de la Estación de Policía de Dosquebradas (Risaralda) donde prestaba turno, recibiendo su grupo la orden para que se dirigieran a la Unidad Residencial Zaguán de las Villas, a atender el caso de una riña.

Llegados al lugar señalado, narró el policía, fueron informados por el vigilante de la unidad residencial sobre el conflicto que se presentaba en la residencia de donde provenían discusiones, escuchando *«una voz bastante alterada que provenía de una persona de género masculino»*. Al llegar a la casa fue Claudia Patricia Granados Mendoza quien les abrió la puerta, indicándoles que su esposo había llegado en estado de embriaguez y la agredió a ella y a su hija Viviana Andrea, quien se encontraba a un lado, llorando.

El testigo manifestó que percibió las agresiones verbales e insultos que el acusado profería en contra de su esposa y de su hija, observando en la primera de ellas huellas de violencia en su rostro. Así mismo afirmó que, según pudo observar, en la residencia solamente se encontraban las dos mujeres y el agresor.

¹⁶ Audiencia de juicio oral, registro audio, min. 01:11:48.

Es cierto, como lo sostiene la demandante, que el policial Bermúdez Blandón no observó el momento de la agresión física ejecutada por el acusado HENRY VALENCIA ARCILA en contra de los miembros de su familia. Pero de los hechos revelados se puede colegir esa circunstancia.

Lo primero es que no fue casual la presencia de los uniformados en el inmueble en el que se desarrollaron los acontecimientos, pues fue a través de la llamada a la estación de policía que se alertó a las autoridades sobre lo sucedido. Y de inmediato, según narró el declarante, se hicieron presentes en el lugar y allí no solamente pudieron advertir los insultos e imprecaciones proferidas por el acusado, sino que también percibieron en las dos mujeres su llanto y desesperación y observaron en la madre los rastros de la violencia desplegada. Además, precisó, la captura de VALENCIA ARCILA se produjo bajo una situación de flagrancia, por la agresión psicológica percibida y por el señalamiento que hicieron las mujeres al momento del procedimiento de policía sobre el causante de las agresiones físicas.

El testigo Bermúdez Blandón tuvo una percepción directa sobre dichos hechos, rememorándolos durante su intervención en el juicio oral, evento en el cual la defensa tuvo oportunidad de ejercer su derecho de confrontación, lo que de hecho llevó a cabo cuestionándole al declarante su afirmación de que en el lugar se encontraran solamente el agresor y las dos mujeres. Aspecto este que, entre otras

cosas, no logró desdibujar la inferencia racional que derivó de la escena percibida por el testigo: el acusado insultaba a su esposa y a su hija, éstas lloraban y tenían en sus cuerpos los aparentes rastros de violencia que coincidían con el señalamiento que hicieron sobre VALENCIA ARCILA como su inmediato agresor. En esas condiciones, carece de fundamento la velada hipótesis que se quiso plantear por la defensa en su conainterrogatorio sobre la eventual presencia de una cuarta persona en el inmueble que pudiera causar las lesiones visibles en las dos mujeres.

Existe, además, una clara consistencia entre lo percibido con inmediación por el agente de policía Bermúdez Blandón y el dictamen médico legal practicado a las víctimas pocas horas después de lo acaecido.

En efecto, la médica legista Adriana Janneth Mendoza Jiménez, presente en el juicio oral, estableció que Claudia Patricia Granados Mendoza presentaba diversos eritemas en cara, cabeza y cuello, también en sus miembros superiores; mientras que su hija Viviana Andrea presentaba dolores, eritemas, equimosis y excoriaciones en las mismas zonas anatómicas. Definió la legista que las lesiones fueron causadas por mecanismo traumático contundente, lo que resulta compatible con un contexto de agresión¹⁷.

Esa concordancia entre hechos y circunstancias demostradas en el juicio oral hacen inferir de manera

¹⁷ Audiencia de juicio oral, registro audio, min. 00:18:20.

razonable la ocurrencia de la conducta punible y la responsabilidad del acusado VALENCIA ARCILA: la llamada telefónica recibida en la central de policía; la orden impartida a los agentes de policía; la presencia inmediata de éstos en el lugar de los acontecimientos; los hechos directamente percibidos por ellos (gritos, insultos, maltrato verbal y psicológico del padre hacia su esposa e hija, la presencia únicamente de víctimas y victimario en la residencia, rastros de violencia en las víctimas y la conmoción de éstas, el señalamiento hecho al agresor por las dos mujeres sobre lo acabado de acontecer); y, el dictamen de la médica legista sobre la naturaleza de las heridas y su compatibilidad con las agresiones físicas.

Importa resaltar, además, que cada uno de estos acontecimientos están ligados por su secuencia y proximidad, lo que de manera razonable permite inferir que en esa oportunidad el procesado ejecutó actos de maltrato físico y psicológico contra los miembros de su núcleo familiar, realizándose el tipo penal del artículo 229 del Código Penal, afectando claramente *la unidad familiar* como bien jurídicamente protegido por el legislador, pues no está de más agregar que la conducta realizada por el acusado tiene por sí misma la entidad para lesionarlo de manera efectiva.

Así las cosas, concluye la Sala que se encuentra demostrado, más allá de duda razonable, la ocurrencia del hecho y la responsabilidad penal del acusado HENRY VALENCIA ARCILA.

2.3. La circunstancia de agravación del inciso segundo del artículo 229 del Código Penal:

Ahora bien, el reproche penal en contra del procesado abarcó en su tipicidad la circunstancia de agravación punitiva del inciso segundo del artículo 229 del Código Penal, por cuanto la conducta recayó sobre dos mujeres. No obstante, según se puede advertir, en las sentencias de primera y segunda instancia ninguna justificación se dio para la deducción de dicha circunstancia específica de mayor punibilidad de la conducta, aparte de la escueta mención de que las víctimas fueron dos mujeres.

Sobre esta circunstancia de agravación punitiva, tratándose de la mujer como víctima de la conducta, la Sala mayoritaria ha enfatizado en que su mayor desvalor no se asienta sobre la mera constatación objetiva del género del sujeto pasivo de la infracción, pues en realidad el incremento punitivo allí dispuesto se justifica como mecanismo de protección del derecho a la igualdad, lo que se traduce en hacer efectiva la prohibición de discriminación por la condición de mujer:

[l]a agravación punitiva del delito de violencia intrafamiliar, derivada de la condición de mujer de la víctima, debe ser entendida, no como un componente meramente objetivo, sino como un 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.¹⁸

Así, entonces, según ha precisado esta Corporación, en relación con el sentido y alcance de la referida circunstancia de agravación punitiva, su atribución solo es posible cuando del contexto de los acontecimientos se pueda inferir que el proceder violento contra las mujeres integrantes del núcleo familiar reproduce patrones de desigualdad, dominación y discriminación de género, lo cual finalmente reivindica su derecho de protección a *la igualdad* y la consecuente *prohibición de discriminación por su género*, como valores integrados al bien jurídico tutelado.

Aunque se reconoce por la Sala mayoritaria que la circunstancia de agravación punitiva no incluye un elemento subjetivo especial semejante al consagrado para el delito de feminicidio (*se mata a la víctima por su condición de mujer o por motivos de su identidad de género*), tampoco opera automáticamente por la simple constatación de que la víctima sea una mujer¹⁹. Se requiere, además, que el maltrato físico o psicológico haga parte de un contexto de violencia estructural contra la mujer, pues aunque es posible que coincidan, y de hecho la violencia intrafamiliar contra la mujer es una expresión de la violencia de género, «*no todo acto de agresión en contra de una mujer puede catalogarse como violencia de género*»²⁰.

¹⁸ CSJ SP-901-2021, 17 mar. 2021, rad. 56794.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ CSJ SP-4135-2019, 1 oct. 2019, rad. 52394.

Esa es la lectura de la causal de incremento punitivo que recientemente ha hecho la Sala mayoritaria en función del contenido de la disposición normativa; de la exposición de motivos del proyecto que dio lugar a la Ley 882 de 2004 y los debates realizados en el trámite legislativo para la inclusión de nuevas circunstancias de mayor punibilidad²¹; de las diversas interpretaciones de la Corte Constitucional²²; y de los compromisos adquiridos en virtud de los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por Colombia²³.

Es por eso que bajo estas condiciones cobra especial importancia la determinación del contexto de desigualdad en el que ocurre la conducta como presupuesto ineludible para precisar, en el caso de la *mujer*, si se trata o no de violencia de género, esto es, se hace necesario establecer si el acto de violencia corresponde a una pauta cultural de dominación estructural del hombre sobre la mujer, debiéndose constatar en cada caso las circunstancias concretas bajo las cuales se produjo la agresión y las razones de la misma.

²¹ 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 N° 304 del 29 de junio de 2002.

²² Sentencias C-368 de 2014, C-539 de 2016, C-297 de 2016, T-027 de 2017, de la Corte Constitucional.

²³ Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (1967); Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer –CEDAW- (1981); Declaración sobre la Eliminación de la Violencia en contra de la Mujer (1993); la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995); Convención Americana sobre Derechos Humanos; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, “Convención de Belém do Pará” (1995).

Al respecto, importa precisar, como lo ha hecho esta Sala²⁴, que el inciso segundo del artículo 229 del Código Penal incluye, aparte de la *mujer*, diversos supuestos que justifican el incremento punitivo objeto de análisis cuando la conducta violenta en el ámbito familiar recae sobre determinados sujetos pasivos: *«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»*, de acuerdo con la modificación introducida al texto original por el artículo 33 de la Ley 1142 de 2007, vigente para el momento de los hechos.

Con mayor amplitud aún, el artículo 1° de la Ley 1959 de 2019, estableció la circunstancia de agravación cuando la conducta recae 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»*.

Lo anterior para significar que el mayor desvalor de la conducta no puede definirse por el único dato objetivo relativo a la condición del sujeto pasivo de la infracción, puesto que se hace indispensable establecer una franca relación de desigualdad de la víctima frente al agresor que justifique el incremento punitivo, lo que en términos materiales y concretos debe obedecer a un *«estado de indefensión o en cualquier condición de inferioridad»*.

²⁴ CSJ SP-4135-2019, 1 oct. 2019, rad. 52394.

Esa condición de indefensión y/o inferioridad es la que emerge precisamente, en el caso de las mujeres, de las relaciones asimétricas inherentes a una pauta cultural de subordinación frente al hombre, lo que representa, se reitera, unas circunstancias de desigualdad y de discriminación, que en últimas, a juicio del legislador, son merecedoras de un mayor reproche penal, lo que, además, se aviene a un sistema respetuoso del principio de culpabilidad en el que no se puede dar por supuesto, en abstracto, el contenido material de las circunstancias previstas en la norma penal, sin que en ese trance se incurra en una forma de la proscrita responsabilidad objetiva.

Desde luego, ha acotado la Sala, corresponde a la Fiscalía acreditar probatoriamente dicho contexto de desigualdad, determinando en cada caso las causas de la agresión y las motivaciones, a efectos de verificar en el caso específico que se está en presencia de un caso de violencia de género, lo que jurídicamente justifica el mayor grado de injusto y, con ello, la viabilidad de una sanción mayor sobre el tipo básico²⁵.

Bajo dichas consideraciones, se concluyó:

Por estas razones, la Sala concluye lo siguiente: (i) el legislador no consagró un elemento subjetivo especial para la aplicación de la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el inciso segundo del artículo 229 del Código Penal, como sí lo hizo para el delito de feminicidio; (ii) tal y como sucede con la consagración de este delito

²⁵ Ídem.

-104 A del Código Penal-, dicha causal de agravación constituye otra de las medidas orientadas a erradicar la discriminación y la violencia estructural ejercida sobre las mujeres²⁶; (iii) este incremento punitivo se justifica en la medida en que se verifique que el sujeto activo realizó la conducta en un contexto de discriminación, dominación o subyugación de la mujer, independientemente de la finalidad con la que haya actuado; (iv) de esta forma, se garantiza que el daño inherente a una pena mayor esté justificado por la protección de un determinado bien jurídico; y (v) ello se traduce en la obligación que tiene la Fiscalía de indagar por dicho contexto, no solo para establecer la viabilidad de una sanción mayor, sino, además, para verificar si se está en presencia de un caso de violencia de género, que debe ser visibilizado en orden a generar las transformaciones sociales que permitan erradicar este flagelo.²⁷

En el presente caso, excluida para su valoración las declaraciones vertidas por fuera del juicio por las víctimas Claudia Patricia Granados Mendoza y Viviana Andrea Valencia Granados, no es posible determinar que el hecho de violencia ejecutado por el acusado VALENCIA ARCILA se encontrara inserto dentro de un contexto violencia de género que justificara la deducción de la circunstancia de agravación punitiva referida a la condición de mujeres de los sujetos pasivos de la infracción.

²⁶ Sin perder de vista que esta circunstancia de mayor punibilidad va mucho más allá, en cuanto protege a otras personas que se encuentren en circunstancias de inferioridad, bien a partir de parámetros generales (niños, ancianos, discapacitados), o porque ello obedezca a la dinámica de una relación en particular, que incluso puede estar caracterizada por la dominación ejercida por la mujer.

²⁷ CSJ SP-4135-2019, 1 oct. 2019, rad. 52394.

De hecho, como se ha subrayado, en las sentencias de primera y segunda instancia ninguna justificación se dio sobre la agravación punitiva específica deducida, aparte de hacerse alusión a la llana constatación de haber recaído la violencia sobre las dos mujeres. En realidad, ningún dato relevante se estableció en relación con las dinámicas propias de la familia, a efectos de establecer la forma como se interrelacionaban sus integrantes y así poder determinar, en concreto, las razones de la agresión, su contexto y explicación.

En suma, no se probó por parte de la Fiscalía que el acusado haya obrado dentro de un contexto de discriminación, dominación o subyugación por la condición de mujeres, esto es, que hubiese desplegado el acto de violencia en contra de su esposa y de su hija en un marco de desigualdad, indefensión o inferioridad, que pudiera justificar una mayor sanción.

En efecto, ningún esfuerzo se realizó por el acusador en ese sentido, no obstante que tenía conocimiento, por los reportes del SPOA y por el mismo informe de medicina legal, aportados a la actuación, sobre la existencia de denuncias formuladas por aquellas en contra del acusado, referidas a conductas de violencia intrafamiliar. De esos informes, importa precisar, no es posible inferir un contexto de violencia de género, pues se trata de meras menciones de las denuncias sin que se haya conocido ni profundizado en el contenido, motivaciones y las circunstancias de ese obrar precedente, lo que resultaba indispensable para establecer

un patrón de conducta específico y decidir sobre la concurrencia de la circunstancia de agravación prevista en el inciso segundo del artículo 229 del Código Penal.

En consecuencia, la Sala casará parcialmente y de oficio el fallo impugnado, en orden a declarar que la condena en contra de HENRY VALENCIA ARCILA procede por el delito de *Violencia intrafamiliar*, sin la referida circunstancia de agravación.

2.4. Redosificación punitiva:

Será necesario, entonces, ajustar a esa estricta legalidad la pena deducida al procesado HENRY VALENCIA ARCILA, prescindiendo de la circunstancia de agravación punitiva que había sido atribuida.

Para ese efecto, se deben acoger los lineamientos fijados por las instancias para la individualización de la pena en relación con el delito imputado, por lo que la misma será reducida a cuatro (4) años de prisión, habida cuenta de que el juez *a quo* consideró procedente la aplicación del mínimo previsto por el legislador (artículo 229 del Código Penal, modificado por la Ley 1142 de 2007). En la misma proporción se disminuirá la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Se mantendrá incólume lo resuelto sobre la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, por las mismas razones expuestas por el

fallador de primera instancia, toda vez que, en efecto, el artículo 68 A del Código Penal prohíbe expresamente estos beneficios frente al delito de *Violencia intrafamiliar*.

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

RESUELVE:

PRIMERO: No casar el fallo impugnado por las razones expuestas por el demandante.

SEGUNDO: Casar parcialmente y de oficio el fallo impugnado, en orden a declarar que la condena procede por el delito de *Violencia intrafamiliar* (Art. 229 del Código Penal), sin la circunstancia de agravación prevista en el inciso segundo de dicha norma. En consecuencia, al procesado se le imponen las penas de prisión y de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de cuatro (4) años.

TERCERO: En los demás aspectos el fallo impugnado se mantiene incólume, incluyendo lo atinente a negativa de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

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



GERSON CHAVERRA CASTRO
Presidente

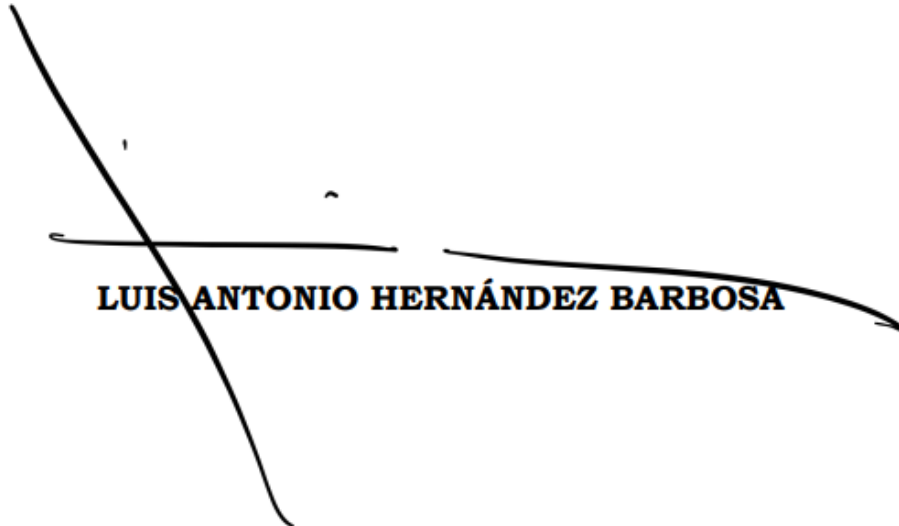


JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA
SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Sala Casación



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



FABIO OSPITIA GARZÓN

2021



EYDER PATIÑO CABRERA

Cui :66170600006620170121601
Casación 55585
Henry Valencia Arcila



HUGO QUINTERO BERNATE



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Sala Casación Penal 2021

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria