



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL
SALVAMENTO DE VOTO

Radicado: 60781

CUI: 500016105671201286264

Procesado: JUAN CARLOS PÉREZ PETRO

Delito: violencia intrafamiliar

Asunto: Casación

Magistrado ponente: DIEGO EUGENIO CORREDOR
BELTRÁN

Con el habitual respeto por las decisiones de la mayoría, expongo las razones que me llevan en esta oportunidad a SALVAR EL VOTO a la presente providencia, las cuales se han venido reiterando desde el fallo con *Radicado 52.394 del 1º de octubre de 2019*, por no compartir que se condicione el agravante del delito de violencia intrafamiliar -descrito en el artículo 229 numeral 2º (*por ser mujer*) del Código Penal-, a la existencia de un contexto generalizado y sistemático de violencia en razón del género, sino que, al contrario, considero es un *agravante objetivo*, resultando más garantista para la protección de los derechos de las mujeres.

En el presente asunto, el anterior razonamiento, además de resultar aplicable, conduce a la vigencia de la acción penal. Por ello sostengo que la decisión correcta era la de no casar la sentencia por el primer cargo propuesto en la demanda y abordar el estudio de la segunda censura.

I. Características del tipo penal de violencia intrafamiliar

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

Texto modificado por la Ley 1850 de 2017, aplicable para la fecha de los hechos:

ARTÍCULO 229. El que maltrate física o psicológicamente a cualquier miembro de su núcleo familiar, incurrirá, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor, en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años.

La pena se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes cuando la conducta recaiga sobre un menor, una mujer, una persona mayor de sesenta (60) 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 y realice alguna de las conductas descritas en el presente artículo”.

2. Como se puede apreciar, la intención del legislador -en su momento- fue incluir dentro de este tipo penal *-a todos los miembros de la familia-*. De esta forma, en el presente delito no sólo se penalizan las formas de violencia contra la mujer, con la que tradicionalmente se tomaba este tipo penal, sino que el mismo se amplía a *cualquier* situación en contra de *plurales* miembros de la familia, resultando entonces el sujeto activo de este punible en *calificado*, ya que este debe ser un miembro del *núcleo familiar* y el sujeto pasivo sobre el agravante, en el cual recae la violencia también es *calificado* de igual manera, ya que puede ser un menor de edad, una mujer, persona mayor de 60 años, o quien se encuentre disminuido o indefenso. Cabe aclarar que los sujetos pasivos están *determinados* por la norma penal, y para el caso del sujeto activo serán *indeterminados* siempre que pertenezcan a ese *núcleo familiar*¹.

3. Siguiendo la anterior descripción normativa, en sentencia C-029 de 2009, manifestó de igual forma la Corte Constitucional:

“El legislador, dentro de su libertad de configuración, ha decidido estructurar un tipo penal orientado a sancionar, cuando ocurren en el ámbito familiar, conductas de violencia física o psicológica que no tienen la entidad necesaria como para integrarse en los tipos que, de manera general, protegen bienes como la vida, la integridad

¹ Cfr. CC - C-368/14; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal, Parte especial*, Tirant lo Blanch 20ª ed., 2019. Págs. 76 a 81. FERRO TORRES, José Guillermo. *Delitos contra la Familia*. En: Lecciones de Derecho Penal- Parte Especial. Universidad Externado de Colombia. 1ª Ed. 2003. Pág. 495 y 496.

*personal, la libertad, la integridad y la formación sexuales, o la autonomía personal, y de acuerdo con su tenor literal, las medidas previstas en las normas acusadas se desenvuelven en el ámbito de la protección integral a la familia, por cuanto lo que se pretende prevenir, **es la violencia que de manera especial puede producirse entre quienes, de manera permanente, comparten el lugar de residencia o entre quienes, de manera quizá paradójica, se encuentran más expuestos a manifestaciones de violencia en razón de la relación de confianza que mantienen con otra persona**, relación que, tratándose de parejas, surge del hecho de compartir un proyecto de vida en común, situación que también se presenta en el ámbito de las parejas homosexuales, da lugar a un déficit de protección porque ignora una realidad que, para los supuestos previstos por el legislador, puede aspirar a un nivel equivalente de protección al que se brinda a los integrantes de la familia”*

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

4. En este caso, el bien jurídico tutelado por el tipo penal definido en el artículo 229 de la Ley 599 de 2000 es la *unidad familiar*, de tal forma que si la violencia -sea cual fuere el mecanismo para infligirla-, trae como consecuencia la afectación de la unidad y armonía familiar, rompe los vínculos en que se fundamenta esta estructura esencial de la sociedad provocando antijuridicidad formal y material, como elementos necesarios para sancionar penalmente la conducta, por cuanto no es la *integridad física* el bien jurídicamente protegido por esta infracción penal, sino los referidos anteriormente².

5. Así, la sentencia del Tribunal Constitucional citada afirma sobre este tópico que:

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

² *Ibidem*.

Código Penal, modificado por el artículo 33 de la Ley 1142 de 2007³. -Negrillas fuera del texto-.

6. De esta forma se refleja uno de los puntos en disenso con el presente fallo- y con la línea mayoritaria de la Sala sobre este tema-, ya que cuando se debate si deben tomarse otros elementos para la interpretación de este tipo penal, la misma Corte Constitucional ha afirmado que tiene un *alcance restringido*, por cuanto la inclusión del agravante se realizó en *consideración a razones objetivas*⁴, con las que se busca proteger a la mujer por pertenecer a un grupo vulnerable como desarrollo del artículo 42 Constitucional, -tal como se enunciará más adelante-, quedó fijado en los debates ante el Congreso de la República para fijar los sujetos por los cuales se agravó el mencionado tipo penal.

7. Adicionalmente, en otra sentencia de la Corte Constitucional C-368 de 2014, se habló específicamente sobre el objeto y contenido del agravante del referido artículo 229 de esta forma:

“Protección especial a personas vulnerables dentro del ámbito doméstico. Como lo precisó la Corte en la sentencia C-285 de 1997, dicha protección debe encaminarse también

³ CC - C-029/09.

⁴ Sobre las consideraciones objetivas de los agravantes en: Cfr. RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. *Naturaleza y fundamento de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal*. En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVI (Valparaíso, Chile, 2011, 1er Semestre) Págs. 397 – 428. Cita además a : PUIG PEÑA, F., *Derecho Penal, Tomo I*, 5ª edición, Barcelona, Desco, 1959, pág. 52 ss. También lo sostuvo RIVACOBÁ, M. *Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en la teoría general del delito*. En *Doctrina Penal*, Año 11, 43 (1988), Pág. 485 ss. BAIGUN, D., *Naturaleza de las circunstancias agravantes* (Buenos Aires, Edit. Pannedille, 1971), Pág. 51. CERREZO MIR, J. *Derecho Penal* (n. 21), II, Págs. 356 y 372, y III, Págs. 147 y 159

a garantizar los derechos de los miembros más débiles de la población (menores de edad, personas con discapacidad, ancianos, mujeres) y erradicar la violencia de la familia; objetivo en el cual está comprometido el interés general, por ser la familia la institución básica y el núcleo fundamental de la sociedad, y un espacio básico para la consolidación de la paz.

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

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

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

8. De lo anterior resulta diáfano que, a través del agravante establecido para el delito de violencia intrafamiliar, se busca la erradicación de la violencia contra la mujer como protección a un grupo poblacional que ha estado en constante vulneración, el cual, a través de la norma penal, busca compensar y rehabilitar los derechos históricamente vulnerados contra las mujeres, manifestándose como un agravante objetivo, el cual no debe ser *subjetivado*, a fin de darle aplicación a esa norma penal.

II. Antecedentes legislativos e interpretación histórica de la norma

9. La determinación del legislador para adentrarse en el núcleo familiar deviene por la notoriedad de las consecuencias adversas que este tipo de violencia ocasiona en el seno familiar y en la sociedad en general; esto al comenzar a evidenciarse que las actuaciones violentas antes de ser ajenas al mundo del interés público llamaban una intervención del Estado que buscara de alguna manera

proteger los derechos humanos de quien es víctima de este tipo de violencia, en especial sobre la *mujer*, basándose de igual forma en el modelo de Estado de Derecho, desarrollado por la Constitución Política de 1991, proteccionista de estos aspectos.

10. En ese sentido se elaboró la exposición de motivos de la *Ley 882 de 2004*, en la cual se señala claramente que la voluntad del legislativo fue la de consagrar una causal que protegiera a *la mujer contra la violencia doméstica*. No obstante, la motivación para su promulgación es la protección de *carácter objetivo* de los agravantes incluidos, es decir que para el caso que nos atañe se protegía por el hecho de *ser mujer*, no por una causa distinta en la cual la agresión o ataque se dirigía con la intención del autor de causar daño por su condición femenina.⁵

11. Al decir que la “*violencia intrafamiliar (VIF)*, como concepto viene gracias a los movimientos de mujeres que hicieron visible la violencia conyugal y con su contestación hicieron posible considerar que la violencia contra la mujer dentro del hogar, es una violencia de derechos humanos”⁶, resultando dicho concepto, extensible a los demás miembros de la familia, que mediante el uso de la fuerza, buscan de quien agreden la satisfacción de algún

⁵ Gaceta del Congreso No 304 del 29 de junio de 2002. *Proyecto de Ley No 18 de 2002-Senado “Ley contra los ojos morados por la cual se modifica el artículo 229 de la Ley 599 de 2000”*. Pág. 21 ss.

⁶ CAICEDO, Claudia. *Lucha contra la violencia intrafamiliar: perspectivas desde la experiencia colombiana*. En: *Centro internacional de formación para la enseñanza de los derechos humanos y la paz*. <http://www.cifedhop.org/Fr/Publications/Thematique/thematique13/Caicedo.pdf> (16.07.2020).

interés, o la demostración de autoridad, por lo cual de esta forma quedó plasmado en el Código Penal Colombiano.

12. Así, bajo la *interpretación histórica* de la norma debatida, desde su promulgación la intención siempre ha sido en brindarle una protección reforzada a la mujer, para también tratar de “*compensar*” el maltrato injusto al que históricamente ha sido sometida, y frente al cual diferentes instrumentos internacionales se han pronunciado, como a continuación se relatan.

III. Normativa internacional que desarrolla la protección a la mujer en casos de violencia intrafamiliar

13. Desde el *Radicado 52.394 del 1° de octubre de 2019*, se aluden a instrumentos internacionales traídos a través del *bloque de constitucionalidad* (Art. 93 Constitución Política), con los que se justifica y apremia la protección a la mujer en casos de violencia intrafamiliar, los cuales son retomados en esta sentencia de manera *indirecta* para analizar el agravante que se le impuso inicialmente al procesado.

14. Sin embargo, es menester de este Magistrado aclarar que las citas que se hicieron en pretérita oportunidad, y bajo las cuales se ha fundado la argumentación sostenida por la Sala mayoritaria *no es unívoca*, presenta *contradicciones* y saca conclusiones de los textos que no son las adecuadas. Ante ello, se señalan los instrumentos internacionales más relevantes, los cuales

avalan la tesis que se sostiene en esta oportunidad, por la cual debe mantenerse una *protección integral* a la mujer, y no condicionada a una *subjetividad* enmarcada en una acción *sistematizada y generalizada*.

15. En primer lugar, en la *Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer de 1993* presenta las siguientes definiciones:

“Artículo 1

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

Artículo 2

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

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

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

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

Artículo 3 – Definiciones

A los efectos del presente Convenio:

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

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

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

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

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

16. De lo anterior, se desprende que internacionalmente se ha enmarcado el contexto en que debe entenderse la noción de *violencia de género*, de allí se pueden obtener dos conclusiones:

i) El mismo tratado internacional distingue cuándo se trata de agresiones a las mujeres por *violencia doméstica* (*literal b*), y cuándo por razones de *género* (*literal d*), destacando las características de cada uno y diferenciando la intención del ataque, cuestión que se confunde en la presente casación.

ii) Además, también se subraya que la agresión puede ser cualquier acto (*uno o varios*)⁷, el único requisito es que esté *dentro del grupo familiar para denominarse intrafamiliar*, pero no es excluyente con otro tipo de actos ni impone un análisis contextual como lo desarrolla la sentencia, en lo que puede generar problemas de índole probatorio y, -contrario a lo que piensan los integrantes de la Sala mayoritaria-, se brinda un mayor espectro de protección, causando un efecto contrario *condicionando* a que se haya repetido en varias

⁷ En concordancia con lo manifestado en: CSJ SP14151–2016, 5 oct. 2016, Rad. 45647, se agregó que: “[n]o se precisa de un comportamiento reiterado y prolongado en el tiempo del agresor sobre su víctima, pues bien **puede ocurrir que se trate de un suceso único**, siempre que tenga suficiente trascendencia como para lesionar de manera cierta y efectiva el bien jurídico de la unidad y armonía familiar, circunstancia que debe ser ponderada en cada asunto”. Postura adoptada desde: CSJ AP, 30 sep. 1999. Rad. 16.209.

ocasiones, *sin importar el sujeto pasivo*, como se enunció anteriormente⁸.

17. Lo precedente está en concordancia con otros instrumentos internacionales tales como:

i) Convención Belém do Pará, (Artículo 7 lit. b) la cual ha sido desarrollada por organismos internacionales, particularmente la CIDH y la Corte IDH ⁹.

ii) Recomendación General N° 19 expedida por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) del 29 de enero de 1992.

⁸ Sobre los actos considerados para vulnerar el bien jurídico también doctrinalmente se ha desarrollado el tema en: De modo similar, FELIP SABORIT/RAGUÉS i VALLÈS, *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*, Silva SÁNCHEZ (director), Barcelona 2006, Pág. 102, afirman que “finalmente se ha impuesto entre la doctrina y la jurisprudencia la idea de que lo **decisivo no es el número de agresiones probadas individualmente consideradas**, sino la existencia de un estado o clima de violencia permanente. Por tanto, la existencia de brotes agudos de violencia es simplemente indicio del clima de hostilidad y hostigamiento crónico” y en MENDOZA CALDERÓN, “Hacia un Derecho penal sin fundamentación material del injusto: la introducción del nuevo art. 153 del Código penal”, en Revista General de Derecho Penal, mayo 2005, No. 3, Pág. 13, afirma que se penaliza “...por ese estado de violencia permanente en el que vive el sujeto pasivo que implica una mayor gravedad de los hechos y la afección a un bien jurídico distinto de la salud, la integridad moral”. NUÑEZ CASTAÑO, Elena: *La violencia doméstica en la legislación española: especial referencia al delito de maltrato habitual (art. 173.2 del Código Penal)*. En: REJ – Revista de Estudios de la Justicia – No 12 – Año 2010 .Disponible en: <http://web.derecho.uchile.cl/cej/rej12/NUÑEZ%204.pdf> (15.07.2020).

⁹ Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205. párr. 236; *Caso Veliz Franco vs. Guatemala*. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia del 19 de mayo de 2014, Serie C No. 277, párr. 139-142; Corte IDH, *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia del 30 de agosto de 2012, Serie C No. 215. párr. 201; *Caso Rosendo Cantú y otras vs. México*. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia del 31 de agosto de 2010, Serie C No. 216. párr.185; 19; *Caso J. vs. Perú*. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia del 27 de noviembre de 2013, Serie C No. 275. párr. 352.

iii) Recomendación General N° 33 expedida por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) del 03 de agosto de 2015.

iv) Recomendación General N° 34 expedida por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) del 07 de marzo de 2016.

v) Recomendación General N° 35 expedida por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) del 26 de julio de 2019.

IV. Problemas de diferenciación entre tipos de violencia contra la mujer

18. Una vez mencionado lo anterior, observando que el legislador quiso proteger la *integralidad y seguridad de la mujer*, y aclarando que la normativa internacional diferencia los diferentes tipos de violencia padecidas por las mujeres, debe aclararse que la violencia intrafamiliar se clasifica en: *física, psicológica y sexual*¹⁰.

19. *La violencia física*: hace referencia a la coacción que hace una persona sobre otra para viciar su voluntad y obligarla a ejecutar un acto determinado. Dicha coacción

¹⁰ Clasificación también tomada por: OMS, Informe Estudio multipaís de la OMS sobre salud de la mujer y violencia doméstica contra la mujer, 2005. Pág. 10. Disponible en: https://www.who.int/gender/violence/who_multicountry_study/summary_report/chapter1/es/ (17.07.2020). CC - T-878/14, T-967/14, T-012/16, T-735/17, T-338/18, T-462/18, T-093/19, STC5357-2017.

puede provocar incapacidad laboral transitoria o permanente y a su vez puede dejar secuelas psíquicas.

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

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

22. Tal como se ha enunciado previamente, el fallo confunde las categorías de violencia contra las mujeres, violencia doméstica, violencia por las razones de género y víctima, dándole un contenido indeterminado al punible de violencia intrafamiliar, mezclándolo con otras categorías tales como los tipos de violencia contra el género, las cuales no son propias de este tipo penal.

23. En punto de esta diferenciación, la Corte Constitucional en sentencia T-027 de 2017 desarrolló el tema de esta manera, orientando la labor de la judicatura a fin de que tome medidas en este asunto, aclarando que:

“La violencia contra la mujer, en el marco de la violencia intrafamiliar, se nutre de una discriminación histórica que asigna unos roles específicos a cada género, en la que predomina una posición dominante del género masculino a través de criterios de apropiación y dominio de la mujer. Esta violencia, que se ejerce tanto desde el ámbito físico como psicológico, pretende resquebrajar la autonomía e independencia de la mujer, y en el marco de los paradigmas y estereotipos, se tolera sin que haya una reacción social o estatal eficaz. Valga aclarar que este fenómeno, no ha sido ajeno a la administración de justicia, pues las decisiones judiciales también han sido fuente de discriminación contra la mujer al confirmar patrones de desigualdad. Para contrarrestar esta situación, la jurisprudencia constitucional ha introducido subreglas sobre cómo deben analizarse los casos que involucren actos o medidas discriminatorias, reiterando la obligación que tienen las autoridades judiciales de abarcar sus casos desde un enfoque diferencial de género. Al respecto, en sentencia T-012 de 2016, se precisó que las autoridades judiciales deben:

“(i) desplegar toda actividad investigativa en aras de garantizar los derechos en disputa y la dignidad de las mujeres;

*(ii) analizar los hechos, las pruebas y las normas con base en interpretaciones sistemáticas de la realidad, de manera que en ese **ejercicio hermenéutico se reconozca que las mujeres han sido un grupo tradicionalmente discriminado y como tal, se justifica un trato diferencial;***

- (iii) no tomar decisiones con base en estereotipos de género;
- (iv) **evitar la revictimización** de la mujer a la hora de cumplir con sus funciones; reconocer las diferencias entre hombres y mujeres;
- (v) **flexibilizar la carga probatoria** en casos de violencia o discriminación, privilegiando los indicios sobre las pruebas directas, cuando estas últimas resulten insuficientes;
- (vi) considerar el rol transformador o perpetuador de las decisiones judiciales;
- (vii) efectuar un análisis rígido sobre las actuaciones de **quien presuntamente comete la violencia**;
- (viii) evaluar las posibilidades y recursos reales de acceso a trámites judiciales;
- (ix) analizar las relaciones de poder que afectan la dignidad y autonomía de las mujeres”.

7.3. En este sentido, la existencia de agresiones mutuas entre la pareja, debe leerse a **la luz del contexto de violencia estructural contra la mujer**. El estereotipo de la mujer débil que no se defiende ante la agresión, es solo otra forma de discriminación. La defensa ejercida por una mujer ante una agresión de género, no puede convertirse en la excusa del Estado para dejar de tomar las medidas adecuadas y eficaces para garantizarle una vida libre de violencia. Las víctimas de violencia de género no pierden su condición de víctimas por reaccionar a la agresión, y tampoco pierde una mujer que se defiende, su condición de sujeto de especial protección constitucional. En virtud de lo anterior, debe tenerse en cuenta que cuando un hombre y una mujer se propician agresiones mutuas, en términos generales, no están en igualdad de condiciones. La violencia contra la mujer está fundada en estereotipos de género que les exige asumir roles específicos en la sociedad, ajenos a la “independencia, dominancia, agresividad, e intelectualidad del hombre” y cercanos a la “emotividad, compasión y sumisión de la mujer”. **Y la**

obligación del Estado es la de adelantar todas las medidas necesarias para contrarrestar la discriminación histórica y estructural que motiva a la violencia de género. -Negrillas fuera de texto-.

24. De ello puede concluirse que: *i)* existe una obligación del Estado colombiano para luchar contra la violencia de género, la cual se basa no sólo en el marco de un *contexto sistemático o generalizado* sino en *cualquier acto*; *ii)* el funcionario judicial está en la obligación de sancionar estas medidas -según el caso concreto-, a fin de no provocarle a la víctima *mujer*, escenarios de revictimización *imponiéndole cargas probatorias y procesales* con las cuales denuncia agresiones físicas o morales a sus derechos; *iii)* adicionalmente es deber del Estado brindarle igualdad y protección efectiva a las mujeres, adelantar las investigaciones judiciales sin demora, y buscar unas amplias garantías de los derechos a este grupo poblacional vulnerado.

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

26. En esa medida, es necesario distinguir -aun cuando ostenten rasgos similares- lo que constituye *violencia*

en contra de la mujer en el contexto familiar - con perjuicio de las relaciones de solidaridad y apoyo recíproco que surgen entre sus integrantes-, de la violencia en la que es víctima *por razón de su género*, de aquella directamente vinculada a la desigual distribución del poder y a las relaciones asimétricas que se establecen entre varones y mujeres en nuestra sociedad, que perpetúan la *desvalorización de lo femenino* y su subordinación a lo masculino. Lo que diferencia a este tipo de violencia de otras formas de agresión y coerción es que el factor de riesgo o de vulnerabilidad es el sólo hecho de ser mujer¹¹.

27. Realizada la distinción entre la *violencia doméstica* y la *violencia de género*, se advierte como se da una respuesta legislativa frente a este último concepto, reflejada en la Ley 1761 de 2015, cuyo objeto fue «*tipificar el feminicidio como un delito autónomo, para garantizar la investigación y sanción de las violencias contra las mujeres por motivos de género y discriminación, así como prevenir y erradicar dichas violencias y adoptar estrategias de sensibilización de la sociedad colombiana, en orden a garantizar el acceso de las mujeres a una vida libre de violencias que favorezca su desarrollo integral y su bienestar, de acuerdo con los principios de igualdad y no discriminación*». Esta normatividad, en su artículo 4.º, estableció como causal de agravación punitiva para las lesiones personales, incrementando la pena imponible en el doble, «*cuando las conductas señaladas en los artículos anteriores se cometan en*

¹¹ CEPAL- Naciones Unidas- Rico, Nieves: *Violencia de género: un problema de derechos humanos*. Julio de 1996. Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/5855/S9600674_es.pdf?s (07.10.2019). Pág. 5.

niños y niñas menores de catorce años o en mujer por el hecho de ser mujer».

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

*“En estas circunstancias, pese a que las múltiples reformas legislativas a las que se hizo alusión evidenciarían dispersión normativa en lo referente a la protección de la mujer por su condición social, por su vulnerabilidad ante la violencia frente a diversas causas; si llega a ser objeto de maltrato, agresión por quien en algún momento hubiese sido su compañero sentimental, una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico penal entendida como aquella que percibe las proposiciones de los textos legales desde la relación que tienen con la institución jurídica de la que hacen parte, conduce a colegir que ese ataque dentro de un ambiente patriarcal, de dominación, subordinación, discriminación, se ajusta con mayor rigor **a su condición de mujer más que a la de pareja o ex pareja**. Lo cual no descarta la necesidad de acreditar probatoriamente la presencia de tal elemento subjetivo en el autor respecto de la víctima, so pena de deducirse la citada causal de agravación a partir de criterios proscritos de responsabilidad objetiva, por la llana constatación del sexo.*

- Negrillas por fuera de texto-.

29. Aspecto examinado igualmente por la Corte Constitucional en la sentencia C-297 de 2016, de esta manera:

[...] no necesariamente cualquier tipo de violencia tiene el grado o una presencia objetiva de discriminación que configure los elementos contextuales de la intención de matar por razones de género. Esto, **puesto que no toda violencia contra una mujer es violencia de género y aun cuando se trate de violencia de género no todas las acciones previas a un hecho generan una cadena o círculo de violencia que cree un patrón de discriminación que pueda demostrar la intención de matar por razones de género.** Por ejemplo, el homicidio de una mujer después de un altercado sobre límites de propiedad de vecinos, no necesariamente evidencia un elemento de discriminación en razón del género que pueda configurar un trato bajo patrones de desigualdad y estereotipos de género, pero sí constituye un antecedente de violencia [...].

[...] Lo anterior, por cuanto el establecimiento de “**razones de género**” significa encontrar los elementos asociados a la motivación criminal que hace que el agresor ataque a una mujer por considerar que su conducta se aparta de los roles establecidos como “**adecuados o normales**” por la cultura. [Así,] para entender la elaboración de la conducta criminal en los casos de femicidio, se debe conocer cómo los agresores utilizan las referencias culturales existentes para elaborar su decisión y conducta” **y no cualquier tipo de violencia contra las mujeres se adecua a dicha intención.**

En ese sentido, en el derecho comparado se encuentra que el Tribunal Supremo Español señaló en su momento cómo **no toda violencia física entre parejas debe tenerse automáticamente como violencia de género**, en cuanto es menester que esa conducta sea manifestación de la discriminación, de la desigualdad, del despliegue de poder del hombre hacia la mujer:

«Podrían darse situaciones, como las de pelea en situación de igualdad con agresiones mutuas entre los miembros de la pareja, que nada tendrían que ver con actos realizados por el hombre en el marco de una situación de dominio, y que impedirían aplicar la (sic) pluspunción contenida en el art. 153.1 C.P. por resultar contraria a la voluntad del legislador al no lesionar el complejo de intereses que dicho artículo trata de proteger».
– Negrillas fuera de texto. -

30. Valga aclarar que no se desconoce que las relaciones de pareja constituyen un ámbito en el que se presentan con mayor frecuencia agresiones hacia las mujeres, así ha tenido oportunidad de examinarlo la jurisprudencia, tomando en cuenta el riesgo de que se conviertan en víctimas se incrementa una vez cesa aquel vínculo, por la actitud de dominio exhibida en ocasiones por el hombre al asumir que la persona con la que sostuvo relaciones sentimentales es de su propiedad. No obstante, el asunto a destacar es desde la perspectiva de protección del bien jurídico de la *familia*, el cual no tiene cabida en los supuestos de ruptura de esta, sancionando esa clase de ataques por vía del artículo 229 del Código Penal y no trasladados desde el análisis de otros punibles.

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

“(...) es imprescindible darle contenido a la naturaleza de los ataques en los que la mujer es sujeto pasivo de la

conducta desde una hermenéutica afín al bien jurídico tutelado con esta infracción, esto es la familia, para determinar si la violencia física o psicológica de la que es objeto, como elemento normativo, se ajusta a la previsión del artículo 229 del Código Penal.”

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

33. Así, en CSJ SP964-2019, Rad. 46.935, se establecen unos parámetros para que el juez determine objetivamente la naturaleza de la agresión, valorando la conducta punible de forma adecuada y con perspectiva de género, sin afectar la teleología del referido agravante:

“Para los comportamientos de violencia intrafamiliar, y sin tratarse de una lista cerrada ni taxativa, la Sala esboza estos factores objetivos de ponderación para el análisis lógico situacional de cada caso:

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

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

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

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

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

34. Además, se encuentra que dichas premisas son reiteradas en sentencia SP2251-2019 18. jun. 2019 Rad N.º 53.048, donde en una aclaración de voto de forma acertada se manifiesta allí por la Magistrada:

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

35. En este sentido y al tenor de las anteriores providencias no estaría el presente caso siguiendo dichos parámetros, y sobre todo de las establecidas en SP964-2019, 20 mar. 2019, Rad 46.935, en la que se retoman ciertas consideraciones del delito de violencia intrafamiliar. Además, va en contravía de la providencia SP8064-2017 Rad. 48.047 en donde se fijó que el agravante por ser “*mujer*”, es un elemento *objetivo del tipo* y no *subjetivo* como se ha reinterpretado, siguiendo los términos del SP 4135-2019 Rad. 52.394 del 1. oct 2019.

V. Diferenciación entre los elementos subjetivos del delito de feminicidio y violencia intrafamiliar

36. La presente sentencia avala lo desarrollado en el Rad. 52.394, el cual basó sus argumentos en la providencia C- 297 de 2016, -que debatió la constitucionalidad del tipo penal de *feminicidio*-, retomando sus considerandos a fin de *igualar* la subjetividad para determinar la tipicidad del feminicidio, trasladándola *erróneamente* al agravante por ser mujer del artículo 229 discutido en esta oportunidad, contrariando los antecedentes legislativos con los cuales se determinó claramente que el concepto de “mujer” es un *elemento objetivo* constitutivo del tipo penal¹².

37. Ello se realizó bajo criterios de *discriminación positiva* -entendida como concepto constitucional para materializar la igualdad-¹³, tratando de equiparar a la población vulnerable en ciertos casos de sospecha por vulneración de derechos fundamentales. Así, se reitera nuevamente que los argumentos traídos del delito de feminicidio *no resultan compatibles* con el análisis en este caso, ya que se tienen los pertinentes para contextualizar la necesidad de protección en el sistema jurídico colombiano,

¹² Gaceta del Congreso No 304 del 29 de junio de 2002. *Proyecto de Ley No 18 de 2002- Senado “Ley contra los ojos morados por la cual se modifica el artículo 229 de la Ley 599 de 2000”*. Pág. 21 ss.

¹³ Así se desarrolla en: CC – C-115/17: “Una de las formas especiales de acción afirmativa es la **discriminación positiva**, es decir, aquel trato diferente que propende por materializar la igualdad real, a través de acciones afirmativas de igualdad que recurren a criterios tradicionalmente utilizados para profundizar o al menos perpetuar la desigualdad, tales como el origen racial, el sexo o las preferencias sexuales (discriminación negativa), pero son utilizados, por el contrario, para romper esa situación de desigualdad o, al menos, para estrechar la brecha de la desigualdad no formalmente jurídica, aunque presente en la sociedad.” Dicha postura se sostiene desde CC - C-481/98 y C-964/03.

no resultando adecuados con la argumentación y las conclusiones de la presente sentencia.

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

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

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

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

2. *La expresión subrayada, como ya se ha adelantó páginas atrás, es aquello que la dogmática jurídica denomina un **elemento subjetivo del tipo penal**. Algunos sostienen que los elementos subjetivos del tipo implican un dolo especial o calificado, mientras que otros señalan que son ingredientes de carácter subjetivo que, además del conocimiento y la voluntad de llevar a cabo el comportamiento, son requeridos para la realización del injusto. Bajo una y otra conceptualización, lo cierto es que tales elementos **exigen que el agente haya obrado con un propósito, motivación, móvil o impulso específico para que la conducta sea típica.***

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

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

circunstancias sino en todos aquellos en que pueda ser inferido (vi). (Negrillas fuera del texto).

40. Y en la sentencia C-297 de 2016:

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

41. De lo anterior puede concluirse que la intención del legislador frente al delito de *feminicidio* fue muy diferente a la establecida en el agravante de *violencia intrafamiliar*, debido a que en el primero es necesario la determinación de elementos subjetivos que califiquen cuál fue la intención del autor para llevar a cabo esta muerte, a fin de poderlo diferenciar entre el tipo penal de homicidio y el feminicidio; en el segundo, que es el que nos compete, no es necesaria

dicha calificación, ya que es el sujeto sobre el que recae la conducta, *es decir única y exclusivamente por ser mujer*, tal como lo establecen los antecedentes legislativos reseñados, los convenios internacionales de protección de la mujer, y la Corte Constitucional.

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

42. Otro ítem frente al cual se expresa desacuerdo con el presente fallo es el del análisis contextual para la determinación del tipo penal, a fin de que opere la agravante del artículo 229- por ser mujer- en la cual se siguen las premisas de la sentencia SP 4135-2019 Rad. 52.394 1. oct 2019.

43. No se comparte la idea de hacer un *análisis contextual* para la determinación de la violencia intrafamiliar, ya que se estaría colocando un elemento adicional al tipo penal, imponiéndole una *carga probatoria* que no le corresponde a la víctima, por cuanto debe demostrar que el ataque se hizo por consideraciones de género. De igual manera, ese *onus probandi* aumentará para la Fiscalía, ya que la *casual es objetiva* y según las consideraciones adoptadas por la mayoría de la Sala Penal para que recaiga dicho agravante. Además, debe demostrarse si hace parte de un contexto de violencia, ampliando la misma noción de hechos jurídicamente relevantes a cuestiones que en algunos casos, pueden ser indeterminadas.

44. Además, al imponer esta interpretación en sede de casación en casos donde no se haya demostrado dicha intención teniendo el mencionado agravante, la Corte en este caso, así como en el SP 4135-2019 Rad. 52.394 1. oct 2019 degradó la conducta, ya que el ente acusador no demostró dicha actividad, endilgándole una carga que no conocía al momento de la acusación, volviéndola *retroactiva* en desmedro del ejercicio de la acción penal enmarcado en el artículo 250 de la Constitución Política y los principios que sirven para constituir el *sistema penal con tendencia acusatoria*.

VII. Configuración de una falacia argumentativa sobre la concepción de género

45. La decisión censurada, tal como se ha demostrado, parte de una concepción y alcances equivocados de la violencia de género.

46. Ello permite que bajo la teoría de la argumentación jurídica se pueda definir que estamos ante una *falacia argumentativa* de este razonamiento judicial.

47. La misma noción de falacia dictada por ARISTÓTELES nos ilustra el presente debate: “*Son argumentos que parecen ser tales*”¹⁴. Esto quiere decir que no significa que

¹⁴ ARISTÓTELES. *Retorica II*, 25, 1400-35, Citada por: PEREDA, Carlos. *¿Qué es una falacia?* En: AA.VV. *Argumentación y filosofía*, Cuadernos universitarios No 25, Universidad Autónoma Metropolitana Iztapalapa, México. 1986. Págs. 113 ss.

la argumentación se realice con premisas erróneas, sino que se usan argumentos que “*parecen buenos, pero no lo son*”¹⁵.

48. En el caso concreto se incurre en una falacia del tipo *Post hoc ergo propter hoc*¹⁶, con la cual retóricamente se pretende por parte de la Sala mayoritaria vincular el *concepto violencia sistemática y generalizada* como consecencial al de *mujer*, cuando ya se ha mencionado, son conceptos que a pesar de que pueden concurrir, no necesariamente están conectados en toda ocasión, más en tratándose por aplicación del artículo 229 del Código Penal, atribuyéndole un resultado equivocado, por incorporación del elemento subjetivo del feminicidio.

49. Bajo los anteriores conceptos en las providencias censuradas se sostiene que cuando exista un ataque entre sujetos que conformen el *núcleo familiar*, en el cual se provoquen lesiones, las cuales recaigan sobre una mujer, se presume que estos deben tener la condición de sistemáticos y generalizados para que aplique el referido artículo 229, trayendo una premisa que no es adecuada, desde el estudio del *feminicidio*, cuando lo que realmente tiene la norma estudiada es que siempre que hay una agresión en contra de la mujer, recae el agravante, sin que se trate necesariamente

¹⁵ ATIENZA, Manuel. *Cómo evaluar las argumentaciones judiciales*. En: Diánoia, volumen LVI, número 67 (noviembre 2011): pp. 113–134.

¹⁶ Esta falacia se nombra a partir de una expresión latina que traduce “*después de esto, a consecuencia de esto*” y también se la conoce como correlación coincidente o causalidad falsa. Atribuye una conclusión a una premisa por el simple hecho de que ocurran de manera sucesiva. Por ejemplo: “*El sol sale después de que canta el gallo. Por lo tanto, el sol sale debido a que canta el gallo*”

ATIENZA, Manuel. *La Guerra de las Falacias*. 3ª Edición ampliada. Librería Compas. Alicante- España. 2008.

de un caso de violencia de género, sin definiciones subjetivas que condicionen el mencionado agravante, llegando a un entendimiento equivocado desde la lógica argumentativa.

50. Así, lo equivocado del argumento que se censura parte de que para protegerse integralmente los derechos de las mujeres debe demostrarse un ataque en contexto, y que dicha agresión debe develar violencia de género, cuando ello en realidad no debe ocurrir, porque basta con que la agresión entre miembros de un núcleo familiar recaiga sobre una mujer. Por ello, se insiste, toda esa argumentación se representa en esa falacia, que contradicen los debates históricos de la norma, así como los que la Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional, Corte Interamericana de Derechos Humanos y normativa internacional, ayudan para develar su correcta interpretación y argumentación real.

VIII. Competencia para regular los elementos de un tipo penal

51. Finalmente, se adiciona que con la tesis jurisprudencial que se ha venido presentando, y es reiterada en la presente providencia, se estaría contrariando una de las manifestaciones del *principio de legalidad*, que en materia penal impera que sea el Congreso de la República quien regule ciertas materias, y como parte de esa limitación *penal-constitucional*, existe una *prohibición de exceso* y *prohibición de*

defecto, la cual controla los aspectos para ser legislados y la manera en que pueden ser interpretados por el juez¹⁷.

52. De esta forma, existe una prohibición por *defecto* cuando el Congreso debe legislar sobre una materia que internacionalmente, o convencionalmente se haya obligado a hacerlo, y será por *exceso* cuando el legislador autónomamente, en virtud de sus facultades y para efectivizar la política criminal, promulga leyes penales que ejerzan ese control social o procesal. El juez cumple su rol dando control a los demás actos, siempre que exista una regulación legal sobre el asunto¹⁸.

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

IX. Carácter objetivo del agravante contra menores de edad

¹⁷ Hassemer, Winfried. *¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?*. En: HEFENDEHL, Ronald; VON HIRSCH, Andrew y WOHLERS, Wolfgang (Eds.). *La teoría del bien jurídico- ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Pág. 94-99.

¹⁸ CSJ AP1260-2018. 03 abr. 2019. Rad. 53.856

54. En el presente asunto también se analizó la violencia que recayó sobre un menor integrado al núcleo familiar del procesado, y la Sala decidió refrendar la configuración típica del agravante contemplado en el inciso 2° del artículo 229 del Código Penal.

55. Durante el debate, con acertado criterio, la Corte estimó que, tratándose de menores de edad, la agravante ostentaba carácter *objetivo*, debido al interés superior de aquellos, la prevalencia de sus derechos, la adecuada satisfacción de los compromisos internacionales que obligan a su protección¹⁹, y el desarrollo del artículo 44 Superior.

56. Tales razonamientos fortalecen mi disenso respecto a la *objetividad* que debe regir la interpretación del tipo agravado cuando se trate de violencia intrafamiliar contra mujeres, pues estas y los menores, comparten la importante característica de pertenecer a la categoría de personas que gozan de especial protección por la Constitución y el bloque de normas internacionales que la integran.

57. Siendo así, subordinar la adecuación típica agravada de la violencia intrafamiliar contra las mujeres a la constatación de factores adicionales por su condición de género, implica introducir exigencias no contempladas por la norma, debilitando su espectro de tutela superior y generando una desigualdad negativa entre sujetos que, como

¹⁹ *Cfr.* Artículo 1° de la Ley 27 de 1977, artículo 3° de la Ley 1098 de 2006, y artículo 1° de la Convención sobre los Derechos del Niño.

se ha dicho, comparten una *protección constitucional reforzada*, tal como se sustentó anteriormente.

58. Desde mi respetuoso punto de vista, las premisas interpretativas plasmadas en el presente fallo respecto de los menores, resultan aplicables a las representantes del género femenino pues los mismos argumentos que fundamentan el carácter objetivo que rige la aplicación del agravante para aquellos, aplica para estas.

59. Un razonamiento en sentido contrario entrañaría un error en la lógica argumentativa utilizada por la Sala Mayoritaria, pues tales agravantes tienen un mismo origen normativo e idéntica finalidad: la protección de la familia y de sus integrantes más vulnerables como principio constitucional. Dichas razones confirman mi disenso en ese tópico.

60. Un aspecto final que debe ser resaltado en este momento, es la inclusión de dos fallos del Tribunal Supremo Español y de la Audiencia Provincial de Barcelona, de los años 2009 y 2006 respectivamente, los cuales hablan sobre la diferenciación de la violencia doméstica de la violencia en razón del género. Olvida el proyecto que ese tema, como se indicó anteriormente, muestra diferencias con la citada jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, pero le da una consecuencia equivocada manifestando que son tipos de violencia no castigables en la misma causal. Además, si se quiere hacer un estudio serio del Derecho Español, se citó jurisprudencia con más de 10 años de antigüedad, y de forma

descontextualizada contrariando los estudios de derecho comparado²⁰, la cual no es completamente vigente, ya que se han dado diferentes leyes y casos tan sonados como “*la manada*”, en los cuales la concepción de género y violencia contra la mujer es diferente. Para eso Ver Sentencia del 4 de julio de 2019 del Tribunal Supremo Español y la STS 247 de 2018 de la misma Corporación²¹.

X. Conclusiones

61. Por lo descrito anteriormente, sostengo que:

i) El fallo confunde las categorías de *violencia contra la mujer, violencia doméstica, violencia por razones de género y víctima*, dándole un contenido indeterminado al punible de violencia intrafamiliar, mezclándolo con otras categorías que no son propias de este tipo penal.

ii) Analizando este agravante a la luz de un *contexto*, está tácitamente denegando que una sola agresión sea calificada como “*violencia intrafamiliar*”, sometiéndolo a que sean presentes varias acciones para que sea calificado de esta manera.

²⁰ Ver: PEGORARO, Lucio; BAGNI, Silvia y PAVANI, Giorgia (Coords). *Metologia della comparazioni. Lo studio dei sistema giudiziari nel contesto euro-americano*. Filodirito Editore. Bologna. 2016. PEGORARO, Lucio. *El Método Comparativo: Un Shortcut para Comprender el Mundo*. En: PEGORARO, Lucio y RINELLA, Angelo (Directores). *Derecho Constitucional Comparado. Tomo 2, Capítulo I*. Buenos Aires. Editorial Astrea: 2018.

²¹ Cfr. JERICÓ OJER, Leticia: *Perspectiva de Género, Violencia Sexual y Derecho Penal*. En: MONGE, Antonia, PARRILLA VERGARA, Javier (Coords) *Mujer y Derecho Penal ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?* Barcelona: España. 2019. Pág. 285 ss.

iii) Está contrariando la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal y de la Corte Constitucional al calificar la agravante como *subjetiva*, cuando su naturaleza y origen es meramente *objetivo*.

iv) Se están *excediendo* las facultades del juez en materia penal al legislar y desarrollar en dicha forma este tipo penal, sobre todo cuando se trata de una regulación que refleja conceptos y mandatos de orden internacional, convencional y constitucional.

v) Adicionalmente, se incrementa la *carga de la prueba* a la Fiscalía y la víctima para demostrar el agravante, y en casos donde se presenta esta situación en sede de casación la Sala lo aplica de forma *retroactiva*, vulnerando principios fundamentales del proceso penal, endilgando dicha obligación a la *víctima/mujer* -para demostrar su afectación-, resultando atentatorio contra sus derechos, los cuales se pretenden proteger “*aparentemente*” de mejor manera a través de la interpretación propuesta por la mayoría, decayendo en lo que se denomina: *falacia argumentativa*.

vi) Desde una interpretación histórica de la norma, no es posible brindarle otra interpretación al origen del agravante, ya que desde su debate y fundamentación en el Congreso de la República se concibió como un agravante genérico, a fin de sancionar cualquier forma de violencia contra la mujer, no con una voluntad específica, sino como

criterio de dignificación y rompimiento de la brecha de desigualdad que ha sufrido el género femenino.

vii) En el presente caso se argumenta que cuando la conducta de violencia recae sobre un menor, tiene *carácter objetivo*, ello en razón de proteger a la infancia y adolescencia, garantizando el deber de protección del Estado sobre los sujetos vulnerables de especial protección constitucional. Esos mismos derroteros son los que se presentan en esta oportunidad para el agravante por ser mujer, y que la Sala Mayoritaria argumentativamente confunde dándole una configuración *subjetiva* a uno, *objetiva* al otro, lo cual resulta confuso y limitativo.

62. La decisión de la cual disiento referenció que en el escrito de acusación se acusó al procesado JUAN CARLOS PÉREZ PETRO por *Violencia intrafamiliar, agravado, “por haberse cometido estos hechos de maltrato hacia una mujer Y UN MENOR DE EDAD”*, No obstante esa situación, reprochó a la fiscalía no haber acreditado: (i) que el día de los hechos alguno de los dos menores quienes residían con la pareja hubieran sido objeto de algún tipo de agresión física o verbal, circunscribiendo los sucesos a los golpes propinados a su compañera sentimental y; (ii) tampoco se soportó fácticamente el tipo de maltrato a alguno de estos menores, por lo que se trató solo de un *“enunciado, sin ninguna demostración por parte de la fiscalía, como tampoco fueron objeto de análisis por los falladores de primera y segunda instancia”*.

Pese a lo anterior, en el recuento de los hechos tomado del escrito de acusación y de su posterior manifestación dentro de la correspondiente audiencia, se indica que las agresiones del procesado sobre su pareja *“siempre fueron delante del menor hijo de Ivonne Astrid Díaz”*. Así mismo, en la pág. 27, se concluye que frente a *“la afirmación del A quo acerca de que PÉREZ PRIETO maltrató psicológicamente a su descendiente I.V.P.D. -a la sazón con un año de edad- y que los hechos de violencia de éste al interior del hogar también repercutieron en el menor J.A.V.D. -de doce años edad-, al punto que una profesional en psicología recomendó tratamiento terapéutico para éste, no tienen ninguna relevancia frente al acto que le fue imputado a JUAN CARLOS PÉREZ PETRO: haber golpeado a su compañera sentimental la noche del 9 de octubre de 2012”*.

De acuerdo a lo transcrito, se evidencia maltrato psicológico contra el menor I.V.P.D. por parte del procesado y, frente al otro pequeño, J.A.V.D., quien también vivía con la pareja, una profesional de psicología sugirió tratamiento terapéutico tras examinarlo, todo lo cual, imponía, en consecuencia, la compulsa de copias penales en aras de establecer la posible responsabilidad de JUAN CARLOS PÉREZ PETRO por esos actos de maltrato, máxime cuando en reciente oportunidad la Sala hizo hincapié sobre la violencia psicológica contra los menores de edad que se produce con el maltrato físico y moral ejercido contra las madres, cuando estos son obligados a presenciarlo (CSJ SP414, dic. 1 de 2021, rad. 51015), advirtiéndose lo siguiente:

“[D]e lo revelado por los declarantes se colige sin dubitación alguna que el menor, al ser expuesto forzosamente por su padre para que observara directamente los ultrajes contra su progenitora, generó la concreción de un maltrato psicológico, no solo por el impacto inmediato que la escena tuvo en él y que se evidenció con el llanto y el reclamo al enjuiciado para que detuviera la afrenta, sino el mediato que, necesariamente, produce cualquier escena violenta que involucre o afecte a un miembro cercano de la familia como lo es una madre”.

63. Por lo expuesto, justifico las razones que me llevan a discrepar en este aspecto de la respetable decisión mayoritaria.



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA
Magistrado

Fecha ut supra.