



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

Magistrado ponente

SP894-2022

Radicado N° 60781.

Acta 66.

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de marzo de dos mil veintidós (2022).

VISTOS

Examina la Corte, en sede de casación, la sentencia de segunda instancia, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, el 30 de agosto de 2021, a través de la cual se confirmó en su integridad el fallo emitido en primera instancia, el 21 de junio de 2021, por el Juzgado 3° Penal Municipal con Función de Conocimiento de la capital del Departamento del Meta, mediante el cual se condenó a JUAN CARLOS PÉREZ PETRO, como autor del delito de *Violencia intrafamiliar*, agravada, a la pena principal de 6 años de prisión. Además, se impuso la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y

funciones públicas, por término igual al de la privación de libertad, y se negaron al acusado los subrogados de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

HECHOS

Comoquiera que ello hace parte del objeto de discusión en casación, la Corte estima necesario transcribir aquí los hechos consignados en la acusación, presentada por la Fiscalía en su escrito y posterior manifestación dentro de la correspondiente audiencia:

La señora IVONNE ASTRID DIAZ DENUNCIÓ A SU ESPOSO el 9 de octubre de 2012; refiere que ese día su compañero la golpeó por un conflicto que se desató por el Internet, Juan Carlos la cogió del cabello la tiró al piso, estando en el piso le agarró la cara muy fuerte tratando como de arrancarle la nariz, ella gritó y los vecinos llamaron los policías; por esos hechos con ocasión de las lesiones Medicina Legal le dictaminó una incapacidad definitiva de diez días sin secuelas médico legales. Estos hechos de violencia siempre fueron delante del menor hijo de Ivonne Astrid Díaz.

ACTUACIÓN PROCESAL

En audiencia realizada el 2 de septiembre de 2014, ante el Juzgado 3° Penal Municipal con Función de Control de Garantías Ambulante, la fiscalía imputó a JUAN CARLOS PÉREZ PETRO el delito de *Violencia intrafamiliar*, agravada, acorde con el inciso segundo del artículo 229 del C.P., al cual

no se allanó. No se solicitó imposición de medida de aseguramiento.

El 1° de diciembre de 2014, fue presentado el correspondiente escrito de acusación. La subsecuente audiencia de formulación de acusación tuvo lugar el 26 de julio de 2016, en el Juzgado 3° Penal Municipal con Función de Conocimiento de Villavicencio. Allí se atribuyó al procesado el mismo punible objeto de imputación.

El 25 de julio de 2018, fue celebrada la audiencia preparatoria.

Entre el 22 de julio de 2019 y el 21 de junio de 2021, tuvo lugar la audiencia de juicio oral, que culminó con sentencia de condena, proferida en esta última fecha.

Apelada la decisión por la defensa, el 30 de agosto de 2021 se dio lectura a la sentencia de segunda instancia, en la cual el Tribunal confirmó lo decidido por el A quo.

En contra del fallo de segunda instancia presentó demanda de casación el defensor del procesado.

Concedido el recurso, acorde con las reglas establecidas por la Corte por ocasión del Covid-19, las partes presentaron por escrito sus alegaciones

LA DEMANDA

Primer cargo

Sin mayores precisiones, lo ubica el recurrente como propio de la violación del debido proceso y, en particular, del artículo 29 de la Carta Política.

En su sustento, finalmente, se vale del salvamento de voto presentado por uno de los magistrados del Tribunal de Villavicencio, para hacerse eco de la manifestación atinente a que nunca la fiscalía detalló la existencia de algún tipo de circunstancia que defina la agravante establecida en el inciso segundo del artículo 229 del C.P.

Entonces, si se tiene claro con la jurisprudencia de la Corte (radicado 52394), que la agravante en cuestión no deriva automática de la sola condición de mujer de la afectada, pues, debe demostrarse un contexto de discriminación, subyugación o dominación, es necesario eliminar la agravación en cita y, por consecuencia de ello, decretar la extinción de la acción penal, por prescripción, si se tiene en cuenta que la pena máxima para la ilicitud se fija en 8 años de prisión, reducidos a 4 por ocasión de la formulación de imputación, ocurrida el 2 de septiembre de 2014, los que se cumplieron antes de que se emitiera la sentencia de segundo grado.

Segundo cargo

También remite el demandante a una presunta violación del debido proceso, pero ahora por afectación del derecho de defensa.

Sostiene, al efecto, que el fallo se soportó sólo en lo expresado por la afectada, cuyo dicho es por naturaleza interesado, y el contenido del dictamen médico, en el cual se señala un elemento diferente al puño del acusado, como el posible causante de las lesiones.

Entonces, advierte, cobra especial importancia la desidia de quien acompañó al acusado en la audiencia preparatoria, en tanto, no pidió pruebas pese a que pudo llevar a los agentes que acudieron a verificar lo sucedido en la residencia y a las personas que corroboran la tesis del procesado.

Después de solicitar la declaratoria de nulidad de lo actuado, a partir de la audiencia preparatoria, depreca que se emita sentencia absolutoria, en seguimiento del principio de duda probatoria.

INTERVENCIÓN DE LAS PARTES EN EL ESCRITO DE ARGUMENTACIÓN

EL RECURRENTE

El demandante reiteró, en lo fundamental, lo consignado en el escrito de casación que fue admitido, sin que sea necesario agregar algo de importancia.

LOS NO RECURRENTES

El Ministerio Público

Primer cargo.

Destaca que, para el momento en el cual se formuló la imputación y después en la acusación, se hallaba vigente la tesis jurisprudencial referida a que la causal de agravación consignada en el inciso segundo del artículo 229 del C.P., opera automática por la sola condición de mujer, para el caso, de la víctima.

Entonces, añade, si no existe forma de referir algún tipo de error en lo efectuado por la fiscalía, que no definió ningún contexto o circunstancia en la cual hacer recaer la agravación, debe entenderse correcta la condena, para cuyo efecto es menester excepcionar la regla de aplicación inmediata de la jurisprudencia de la Corte. Mucho más si la segunda instancia determinó cuál es el factor de contexto que configura la agravación en el caso concreto.

Segundo cargo.

Acude a lo expresado por el Tribunal en el fallo de segundo grado, para desestimar igual solicitud de anulación formulada allí, con base en la supuesta falta de defensa técnica.

De ello, colige el Ministerio Público que dicha violación no se materializó, en tanto, siempre contó el acusado con defensor contractual y no se detalla cuál es el contenido de lo que pudieran decir los testigos echados de menos, a efectos de favorecer su condición sub iudice. Por lo demás, se agrega, los profesionales al servicio del procesado ejercieron el contrainterrogatorio de los testigos y presentaron alegaciones de fondo.

La Fiscalía

Solo se ocupa del primer cargo, dados sus efectos, para señalar que, en efecto, la agravación establecida en el inciso segundo del artículo 229 del C.P., reclama definir en la acusación cuál es el contexto de discriminación, subyugación o dominación respecto de la mujer.

Luego de transcribir el apartado de hechos jurídicamente relevantes del escrito de acusación y lo que sobre la agravación sostuvieron las instancias ordinarias, concluye que, finalmente, la circunstancia solo derivó de la condición

de mujer de la afectada, pues los únicos hechos demostrados remitieron a los golpes que propinó el acusado a su compañera, una vez esta le reclamó por supuestas invitaciones inadecuadas en la internet.

Pide, por ello, se case el fallo atacado, a efectos de declarar que el delito solo opera en su modalidad simple, y, consecuentemente, se decrete la extinción de la acción penal, por prescripción, dado que entre la formulación de imputación y la emisión del fallo de segundo grado discurrieron más de 4 años –mitad de la pena máxima de 8 años establecida para el punible en cuestión-.

CONSIDERACIONES

La Corte posee plena competencia para asumir el estudio de la cuestión planteada, acorde con lo dispuesto por el artículo 32-1 de la Ley 906 de 2004, dado que se trata de resolver de fondo el recurso de casación presentado por el defensor del acusado, contra el fallo de segundo grado proferido por un Tribunal.

Se advierte desde el inicio que solo habrá de estudiarse el primer cargo planteado por el recurrente, pues, atendida íntegramente la solicitud allí contenida, debe modificarse la tipicidad del delito atribuido, lo que conduce de manera inexorable a la extinción de la acción penal, por ocasión de

advenir el fenómeno prescriptivo de la misma, como a renglón seguido se explica.

Como componente necesario de la decisión, se estima necesario precisar, en primer lugar, cuáles fueron los hechos jurídicamente relevantes despejados por la fiscalía y su consecuente adecuación tipológica.

En el escrito de acusación, reiterando la hipótesis factual consignada en la formulación de imputación, la fiscalía detalló así lo ocurrido:

La señora IVONNE ASTRID DIAZ DENUNCIÓ A SU ESPOSO el 9 de octubre de 2012; refiere que ese día su compañero la golpeó por un conflicto que se desató por el Internet, Juan Carlos la cogió del cabello la tiró al piso, estando en el piso le agarró la cara muy fuerte tratando como de arrancarle la nariz, ella gritó y los vecinos llamaron los policías; por eso (sic) hechos con ocasión de las lesiones Medicina Legal le dictaminó una incapacidad definitiva de diez días sin secuelas médico legales. Estos hechos de violencia siempre fueron delante del menor hijo de Ivonne Astrid Díaz.

(...)

Por estos hechos esta delegada ACUSA AL SEÑOR JUAN CARLOS PEREZ PETRO Identificado con la CC. N°10766571 por el delito de violencia intrafamiliar tipificado en el artículo 229 C.P., que dice (...) inciso dos donde la pena se agrava por haberse cometido estos hechos de maltrato hacia una mujer Y UN MENOR DE EDAD. En calidad de autor. Modalidad dolosa y conducta consumada.

La transcripción evidencia incontrastable que la fiscalía sólo atribuyó un hecho punible al procesado, acorde con lo

acontecido el 9 de octubre de 2012, sin fijar ningún elemento contextual diferente, ni tampoco delimitar la razón por la que se atribuye la causal de agravación del inciso segundo del artículo 229 del C.P., o mejor, radicándola en la sola condición de mujer de la víctima.

La defensa y el procesado, entonces, entendieron claro que su defensa debería encaminarse a controvertir la existencia y efectos de esa agresión ocurrida el 9 de octubre, cuya agravación, se reitera, operaba apenas en atención a la calidad de la afectada.

La fiscalía, en consecuencia, limitó su actividad investigativa a determinar esos específicos hechos, para lo cual llevó al juicio oral, además de la afectada, a una vecina que puede dar cuenta de la agresión y el dictamen pericial respecto de sus efectos.

Sin embargo, pese a que los hechos y las pruebas sólo se encaminaron al fenómeno fáctico en cuestión, tanto el sentenciador individual, como el colegiado, significaron materializada la causal de agravación establecida en el inciso segundo del artículo 229 atrás referenciado, para lo cual, además de referirse a la indiscutible condición de mujer de la víctima, adujeron materializado un contexto de subyugación, discriminación y dominio en razón de esa calidad.

Al respecto, ya es suficientemente conocido, como incluso se advierte por el fallador de segundo grado, que la Corte precisó, en la sentencia SP4135-2019, 1 jun. 2019, rad. 52394, la naturaleza de la agravación dispuesta en la norma típica, para significar que ella no deriva automática del género de la víctima, motivo por el cual se advierte obligatorio para la fiscalía, no solo investigar el contexto a partir del cual delimitar causada la violencia por factores de discriminación, subyugación o dominio, sino consignarlo de manera expresa en el acápite de hechos jurídicamente relevantes de la acusación, en respeto por el derecho de defensa.

En relación con lo que se debate, esto se dijo en la sentencia citada:

*Al retomar el punto, esta Sala considera que en el ordenamiento jurídico colombiano **la aplicación de la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el inciso segundo del artículo 229 del Código Penal está supeditada a la demostración de que la conducta constituye violencia de género, en la medida en que sea producto de la discriminación de las mujeres, del hecho de considerarlas inferiores, de su cosificación y, en general, cuando la conducta reproduce la referida pauta cultural que, con razón, pretende ser erradicada.***

En primer término, debe aclararse que el legislador no incluyó un elemento subjetivo específico para la concurrencia de esta circunstancia de agravación punitiva, como sí lo hizo al regular el delito de feminicidio. Sin embargo, no debe perderse de vista que el incremento punitivo allí dispuesto, considerable por demás, se justifica como mecanismo de protección de la igualdad, lo que, en este contexto, se traduce en hacer efectiva la prohibición de discriminación por la condición de mujer.

En múltiples ocasiones esta Corporación se ha referido a la necesidad de verificar los presupuestos que justifican el incremento de las penas en virtud de la aplicación de circunstancias de agravación. Por ejemplo, ha resaltado que para aplicar el agravante consagrado en el artículo 365 del Código Penal (numeral 1°), debe demostrarse, en cada caso, que la utilización del medio motorizado implicó un mayor riesgo para la seguridad pública (CSJSP, 12 mayo 2012, Rad. 32173, entre muchas otras). Ello se ajusta al amplio desarrollo realizado por la Corte Constitucional acerca del principio de proporcionalidad y de la protección de bienes jurídicos como justificación del daño inherente a la sanción penal (C-297 de 2016, entre muchas otras). Lo anterior, sin perjuicio de las implicaciones de la presunción de inocencia, entre las que sobresale la carga para el Estado de demostrar los presupuestos de la sanción penal.

En armonía con lo anterior, debe tenerse en cuenta que la agresión entre parientes, cuando no incluye expresiones de discriminación como los analizados en precedencia, tiene una respuesta punitiva ejemplarizante, representada en la pena de prisión de 4 a 8 años, sin perjuicio de las restricciones en materia de subrogados. Tampoco puede pasar desapercibido que el inciso segundo del artículo 229 dispone el incremento de la mitad a las tres cuartas partes de la pena, lo que, a simple vista, pone de presente la gravedad de la sanción.

Asimismo, debe considerarse que en el inciso segundo del artículo 229 se incluyeron diversos presupuestos que justifican el incremento punitivo objeto de análisis. La Sala advierte que la aplicación razonable de esa circunstancia de mayor punibilidad le impone al Estado múltiples obligaciones, según la distribución constitucional y legal de funciones. Así, por ejemplo, cuando el sujeto pasivo sea mayor de 65 años, la Fiscalía, al estructurar su teoría del caso, y el juez, al dictar la sentencia, deben constatar la existencia de una relación de desigualdad que justifique el incremento punitivo, ya que es posible que la misma realmente no exista, por las características físicas, la edad, el estado de salud o cualquier otro aspecto relevante de los integrantes del núcleo familiar. Lo anterior se acentúa cuando los hechos deban subsumirse en la fórmula más amplia que utilizó el legislador en la última parte de la norma (“o quien se encuentre en estado de

indefensión”), lo que, en su conjunto, permite entender por qué en los debates al interior del Congreso se hizo énfasis en que “se entrega a manos del intérprete y del juzgador las notas concretas que indiquen el grado de indefensión o las condiciones de indefensión del caso concreto”.

*En el mismo sentido, no puede pasar inadvertido que la violencia intrafamiliar puede operar entre parejas del mismo sexo (C-029 de 2009), o entre mujeres que, por otras razones, conformen una familia (hermanas, madre e hija, etcétera), **razón de más para concluir que, en cada caso, debe establecerse si existen relaciones de desigualdad, sometimiento o discriminación,** que justifiquen la imposición de una pena mayor, lo que, por expresa disposición legislativa, también puede tener lugar cuando la conducta recae sobre un hombre, siempre y cuando se demuestre que este se encontraba en “estado de indefensión”.*

Igualmente, debe considerarse que la aplicación automática de la circunstancia de mayor punibilidad también conspira contra la idea de erradicar la discriminación de que suelen ser víctimas las mujeres, pues liberaría al Estado de investigar los contextos de violencia, lo que, finalmente, impediría que el fenómeno se visibilice y, por tanto, sea erradicado.

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 -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 mujeres¹; (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

¹ 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.

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.
(negrillas fuera del texto)

En este mismo pronunciamiento se aludió no sólo al deber de protección a las mujeres, sino que ello no puede soslayar los derechos del sujeto pasivo de la acción del Estado, pues él también goza de protección constitucional, hasta el punto que ha sido plasmado en tratados sobre derechos humanos, igualmente suscritos por Colombia, como la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 8°) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14), en los que se fincan la presunción de inocencia y el debido proceso, en sus diferentes aspectos.

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

Por ende, **i)** la presunción de inocencia y la consecuente carga probatoria está en cabeza del Estado y **ii)** el principio de proporcionalidad de las penas y el hecho de que las mismas sólo se justifican para la protección de un bien jurídico de relevancia constitucional, son aspectos sustanciales a tener en cuenta para la deducción, imputación y mayor sanción por la existencia de esa violencia de género.

De ahí que la debida diligencia en materia de protección a las mujeres implica una reorientación de la labor investigativa, en orden a visibilizar, en cuanto sea posible, las circunstancias reales bajo las cuales ocurre la violencia y la discriminación que afectan a este grupo poblacional.

Finalmente, en la exposición de motivos del proyecto de ley² mediante el cual se adicionó la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el inciso segundo del artículo 229 del Código Penal, se enfatizó en que el incremento punitivo, cuando la conducta recaía sobre una mujer, se justificaba porque la violencia ejercida sobre éstas, al interior de las familias, *“son no solo formas prohibidas de discriminación por razón del sexo sino que pueden llegar a ser de tal intensidad y generar tal dolor y sufrimiento que configuran verdaderas torturas o, al menos, tratos crueles prohibidos por la Constitución y por el derecho internacional de los derechos humanos”*.

² Se trata de la Ley 882 de 2004.

Tanto en la exposición de motivos como en los debates realizados a lo largo del trámite legislativo, se dejó sentado que la inclusión de nuevas circunstancias de mayor punibilidad, estaba orientado a la protección de personas que, por diversas razones, se encontraban en circunstancias de mayor vulnerabilidad. Así, se hizo alusión al proceso de desarrollo físico y psicológico de los niños y al “*abandono físico y emocional de las personas mayores*”.

Para el caso concreto de la mujer víctima de violencia doméstica, se resaltó que el incremento punitivo constituía una herramienta idónea para proteger el derecho a la igualdad y hacer efectiva “*la prohibición expresa de discriminarla*”.

Esto se dijo:

El proyecto de ley que se presenta a consideración del Congreso, pretende un incremento de la sanción contemplada en la citada norma, cuando dicha conducta recaiga sobre una mujer, fundamentada en la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, la cual fue aprobada por el Estado Colombiano a través de la Ley 248 de 1995 (...)³.

Debe resaltarse que en el proyecto inicial sólo se adicionó el numeral segundo del artículo 229 en lo que atañe

³ Exposición de motivos.

a mujeres, ancianos o personas minusválidas. Sin embargo, más adelante se incluyó a “*quien se encuentre en estado de indefensión*”, bajo los siguientes argumentos:

Sin embargo, no son estos todos los casos de violencia. Para referirnos a uno solo de los que se dejan de considerar en el proyecto, puede tomarse el texto del Consejo Superior de la Judicatura y de la Universidad Javeriana, ya enunciado, cuando dice: la violencia contra los hombres se caracteriza por estar invisibilizada en la cultura, existe una resistencia de los hombres en todos los sectores de clase, a referirse a lo afectivo agravada por la connotación devaluada de la virilidad de un hombre al que la mujer le pega.

La opresión psíquica del maltratante es una de las agresiones que sufren a menudo los hombres. La explotación económica entendida como la instrumentalización vulnera los derechos del hombre al reducirlo al papel de proveedor.

*La violencia contra los hombres ... se hace evidente a manera de vulneración de derechos, **cuando se le prohíbe ver a sus hijos**. El 53% de los casos de custodia y visitas de los juzgados son iniciados por hombres, el 32% de los casos de custodia y visitas en defensoría y el 21 en comisarías, son consultados por hombres.*

*Debe entonces concluirse, como lo hace el texto tantas veces mencionado, que ...los actores sociales cohabitan de acuerdo con los roles que le han sido asignados por la cultura y por aquellos que le son propios al individuo **y que se van construyendo en la especificidad de su intimidad (la familia). La violencia es entonces uno de los hilos que atraviesa lo social y que se manifiesta en lo general y lo particular**⁴, de acuerdo con los estatutos de dominación que caracterizan cada especie de la vida social, la ejercen aquellos que manejan el poder y la sufren aquellos a quienes se les ha asignado la condición de debilidad y vulneración.*

Todo para proponer que el agravante punitivo, acoja el criterio de que la violencia sea ejercida, además de los casos previstos,

⁴ Negrillas fuera del texto original

*contra quien se encuentre en condición de debilidad e indefensión. En consecuencia el texto del inciso segundo del artículo deberá decir: la pena se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes cuando el maltrato recaiga sobre un menor, mujer, anciano o discapacitado o en contra de quien se encuentre en estado de debilidad o indefensión*⁵.

En cuanto al rol del juez, se resaltó que:

*Se entrega a manos del intérprete y del juzgador las notas concretas que indiquen el grado de indefensión o las condiciones de indefensión del caso concreto y con ello se sigue el criterio (...) de interpretación dinámica y razonable de la Carta*⁶.

De lo anterior se extrae: **i)** el inciso segundo del artículo 229 del Código Penal está orientado a proteger a las mujeres y, en general, a las personas que se encuentren en situación de indefensión, tanto por su edad o condición física o mental, como por la dinámica propia de las relaciones familiares, **ii)** el legislador estructuró la norma de tal manera que le corresponde a los funcionarios judiciales definir en cada caso si se dan las condiciones que justifican la mayor penalización y **iii)** ello reafirma la importancia de investigar acerca del contexto en el que ocurren los hechos.

Por consiguiente, la circunstancia de agravación prevista en el inciso segundo del artículo 229 del Estatuto Sustantivo Penal consagra diferentes eventos, que deben ser estudiados según sus particularidades, ya que, a la luz de los debates

⁵ Ponencia primer debate Cámara de Representantes.

⁶ Ídem.

que antecedieron la expedición de esta norma, se resaltó que en la misma se consagraron presupuestos diferentes para la imposición de una pena mayor, pues una cosa es proteger a las mujeres frente al fenómeno histórico de discriminación que las ha afectado, y otra muy distinta la salvaguarda de los derechos de personas vulnerables por sus características físicas o porque se encuentren en proceso de formación, como acontece con los ancianos y los niños.

Si no se hace esta distinción, se afianza la idea infundada de debilidad o incapacidad de la mujer, que, en buena medida, ha sido la base de la discriminación que la ha afectado históricamente.

La inconveniencia de afianzar ese tipo de estereotipos ha sido analizada de tiempo atrás por la Corte Constitucional. A manera de ilustración, en la sentencia C-964 de 2003 se aludió:

En materia de género, por ejemplo, esta Corporación ha identificado varias normas y conductas discriminatorias. Así, ha encontrado que viola la igualdad, el consagrar una causal de nulidad del matrimonio que sólo se predica de la mujer⁷; el negar de plano a la población femenina el acceso a la única escuela de cadetes del país⁸; que una entidad de seguridad social permita a los hombres, y no a las mujeres, afiliarse a sus cónyuges⁹; el exigir que el matrimonio se celebre exclusivamente en el domicilio de la mujer¹⁰; que a ésta se le prohíba trabajar en horarios nocturnos.¹¹

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-082 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-624 de 1995. M.P. Jose Gregorio Hernández Galindo.

⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-098 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-112 del 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-622 de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara.

En todos estos eventos, la Corte ha concluido que las diferencias en el trato, lejos de ser razonables y proporcionadas, perpetúan estereotipos culturales y, en general, una idea vitanda, y contraria a la Constitución, de que la mujer es inferior al hombre.¹²

Expresa y suficiente se advierte la posición de la Corte, en cuanto demanda de la fiscalía adelantar una investigación amplia y suficiente, que no se limite a determinada agresión episódica, a efectos de delimitar una circunstancia de agravación que no surge automática y debido a la necesidad de visibilizar un tipo de delito que reclama especial atención.

Es por ello que, más adelante, en la sentencia citada anteriormente (SP4135-2019, 1 jun. 2019, rad. 52394) se reclama del ente instructor:

En síntesis, aunque la correcta delimitación de la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes es presupuesto natural de la realización de un verdadero proceso, la adecuada presentación de pruebas suficientes que la respalden determina la posibilidad de una respuesta judicial eficiente. Ambos aspectos están a cargo de la Fiscalía, según la distribución constitucional y legal de funciones referida en los apartados anteriores.

Igualmente, debe tenerse en cuenta que, acorde con lo establecido por la Sala en la tantas veces citada sentencia de casación (SP4135-2019, 1 jun. 2019, rad. 52394), aun cuando el derecho a la igualdad y la consecuente prohibición de

¹² Ver otros casos de discriminación en razón del sexo, en las sentencias T-326 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), T-026 de 1996 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), C-309 de 1996 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), C-410 de 1996 (M.P. Hernando Herrera Vergara).

discriminación fueron protegidas en el delito de feminicidio, así como en el inciso segundo del artículo 229 del Código Penal, ello se hizo de forma diferente, ya que: **i)** en el delito de feminicidio, el legislador incluyó expresamente un elemento **subjetivo**, **ii)** ese elemento no fue incorporado en la circunstancia de agravación prevista en el inciso segundo del artículo 229 del Código Penal y **iii)** para la materialización de la circunstancia de agravación, cuando la violencia intrafamiliar recae sobre una mujer, debe establecerse un elemento **objetivo**, atinente a la lesividad de la conducta, en lo que respecta al bien jurídico de la igualdad y el consecuente derecho a no ser discriminado.

Así, entonces, mientras la nota distintiva del delito de feminicidio la constituye la intención con la que actúa el sujeto activo -**elemento subjetivo**: el sujeto mata a la víctima por el hecho de ser mujer-, en el caso de violencia intrafamiliar la misma se reduce a un **aspecto objetivo** –concerniente a la lesividad-, que consiste en que en la agresión se inserta o reproduce la pauta de comportamiento social de sumisión de las mujeres respecto de los hombres y, en general, de las diversas formas de discriminación por el sexo.

Lo anterior se resaltó al interior del Congreso de la República y lo reiteró la Corte Constitucional al estudiar la demanda presentada en contra de dicha agravante de la violencia intrafamiliar. En efecto, mientras esta última Corporación anotó que “*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”, el Congreso, tras referirse a la misma situación histórica de discriminación, hizo hincapié en la necesidad de que los jueces verifiquen cómo suceden en cada caso estas “*relaciones de poder*”, sin que pueda descartarse la posibilidad de que, en ocasiones, el hombre sea la parte débil de las mismas.

Es más, una cosa es que **un elemento del tipo penal sea objetivo o subjetivo** y otra, muy diferente, que se presuma o deba ser demostrado. De ahí que la Sala, en ese momento -1° de octubre de 2019- se sirviera del derecho comparado, para ilustrar sobre las diferentes posturas existentes al respecto, advirtiéndose que el tema podía resolverse de tres maneras: **i)** presumirse que siempre que el hombre golpea a su pareja, ello corresponde a la pauta cultural de dominación de éste sobre la mujer, **ii)** concluirse que opera esa presunción, pero que el procesado puede demostrar lo contrario (como lo concluyó la mayoría del Tribunal Supremo de España, en la sentencia STS 4353 del 28 de noviembre de 2018) y **iii)** radicarse en el Estado la carga de demostrar que la agresión ocurrió en ese contexto (como lo propusieron los cuatro magistrados de la Corporación foránea que salvaron el voto).

La Sala se inclinó por la tercera postura -el Estado, por conducto de la Fiscalía, debe demostrar ese elemento objetivo-, en

esencia por las siguientes razones: **i)** el derecho a la presunción de inocencia tiene como efecto principal que la carga probatoria está en cabeza del Estado, **ii)** máxime cuando se trata de una causal de agravación que implica, como mínimo, la imposición de 2 años más de prisión adicionales y **iii)** liberar al Estado de esta carga implicaría mantener ocultas las causas, las circunstancias y la gravedad de la violencia ejercida sobre las mujeres, lo cual resulta contrario al principio de debida diligencia, reiterado por la Corte Constitucional en varias sentencias, y **iv)** visibilizar ese fenómeno, es presupuesto de su erradicación.

Lo primero, especialmente, porque no se trata de una carga sobredimensionada, que implique la práctica de pruebas complejas o sofisticadas, ya que, en ocasiones, basta incluir en los interrogatorios algunas preguntas sobre esta temática y, de ser el caso, obtener las respectivas pruebas de corroboración.

Con base en lo anterior y descendiendo al presente caso, con absoluta identidad fáctica respecto del asunto examinado en la jurisprudencia que sirve de referencia, es claro que la fiscalía nunca delimitó en los hechos jurídicamente relevantes algún tipo de contexto de subyugación, discriminación o dominación de tipo machista, simplemente porque entendió que la agravación despejada surgía automática de la condición de mujer de la afectada.

Tampoco desarrolló alguna investigación, ni presentó pruebas dirigidas a verificar ese aspecto de contexto, aunque, sobre el particular, en su declaración jurada la afectada señaló, sin ningún soporte diferente a su afirmación, que los hechos se verificaban reiterados, aunque nunca denunció agresiones anteriores.

No cabe duda, así, que la agravante despejada por las instancias carece de soporte procesal –no se consignó en su adecuada delimitación, dentro de los hechos jurídicamente relevantes objeto de acusación-, probatorio –no se adelantó investigación al respecto y la referencia de la víctima acerca de un elemento que puede configurar el contexto, opera aislada y con un fin diferente- y jurídico –acorde con la jurisprudencia de la Corte, la causal no opera automática por el género de la afectada-.

No ignora la Sala, eso sí, que en el fallo de segundo grado se buscó significar probada la agravación en estudio, a partir de la siguiente argumentación:

De la agresión probada en este asunto, se logra desprender una actitud de dominación por parte de Pérez Petro, respecto de su compañera sentimental, pues basta reparar el motivo de la embestida para entender cómo existía en verdad un contexto de subyugación de Ivón Astrid Díaz respecto de su compañero, como quiera que ella tan solo intentó hacerle un reclamo a Pérez Petro y la respuesta de este fue atacarla violentamente, tirarla contra el piso, golpearle su cabeza y taparle la nariz y boca, limitando su respiración, lo que dejó entrever que la mujer no podía ni tenía derecho alguno a mostrar cualquier inconformidad con su compañero, so pena de que este la sometiera violentamente para

que se mantuviera callada sin posibilidad alguna de hacer un reclamo a su pareja sentimental.

Se hace bastante evidente el contenido meramente retórico del párrafo en cuestión, pues, en lugar de señalar las pruebas que determinan el contexto de dominio, subyugación y discriminación, gira en círculos respecto del único hecho probado: la agresión, y pretende que a partir de la superlativización de lo ejecutado, sin más, se extraigan dichos factores, que ata, así mismo, a una muy especulativa conclusión respecto de las razones que gobernaron el ataque.

Por lo demás, esa deducción última del Tribunal no justifica ni valida el hecho demostrado que la acusación limitó la causal de agravación de la violencia intrafamiliar, a la condición de mujer de la afectada, en desbordamiento evidente del Ad quem, que afecta, además del principio de congruencia fáctica, el debido proceso y el derecho de defensa del acusado.

Es más, aun cuando en el escrito de acusación, en idénticos términos fácticos y jurídicos a los relacionados en la formulación de imputación, se dijo que se atribuía a PÉREZ PETRO el delito de *Violencia intrafamiliar*, agravado, “*por haberse cometido estos hechos de maltrato hacia una mujer Y UN MENOR DE EDAD*”, lo cierto es que, en relación a esto último, tampoco la fiscalía acreditó que, la noche del 9 de

octubre de 2012, alguno de los dos menores¹³ que residían con la pareja PÉREZ-DÍAZ hubiera sido objeto de algún tipo de agresión física o verbal, sino que todo lo circunscribió a los golpes propinados a IVONNE ASTRID.

Y aun cuando la susodicha señora relató que, al huir de la casa a refugiarse o pedir ayuda a donde su vecina, en el hogar quedó “llorando” la niña I.V.P.D., de un año de edad, no se demostró si ello fue porque a las once de la noche –hora del suceso juzgado- la infante se despertó a raíz del ruido producido por el altercado o porque, en verdad, JUAN CARLOS PÉREZ PETRO la hubiera golpeado o agredido de alguna otra manera.

Incluso, ha de tenerse en cuenta que, en el escrito de acusación, la Delegada de la Fiscalía General de la Nación solamente señaló como víctima a “IVONNE ASTRID DIAZ BERROTERAN”, mas nunca a un menor de edad, situación que igualmente se vio reflejada en las audiencias de formulación de acusación, preparatoria y juicio oral.

Por tanto, esa agravante, en razón a que los “*hechos de maltrato*” lo fueron hacia “UN MENOR DE EDAD”, se quedaron en el solo enunciado, sin ninguna demostración por parte de la fiscalía, como tampoco fueron objeto de análisis por los falladores de primera y segunda instancia, por lo que tampoco

¹³ Un niño de 12 años y una infante de 1 año.

en este punto hay lugar al incremento punitivo, pues, ha de iterarse, la fiscalía no concretó un actuar contrario a la ley por parte del acá acusado, cuya víctima fuera alguno de los menores de edad que residían en la vivienda de JUAN CARLOS e IVONNE ASTRID, la una, hija en común de estos dos -I.V.P.D.- y, el otro, de esta última -J.A.V.D.-.

De ahí que, 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.

Ahora bien, en su calidad de no recurrente, la Procuraduría Delegada ante la Corte pide, en una especie de aplicación ultractiva, que se haga valer la postura anterior de la Sala, vigente para cuando ocurrieron los hechos y se adelantó gran parte del trámite, que aceptaba la condición automática de la agravante tantas veces reseñada.

Para el efecto, indica que para el momento de adelantarse el proceso, las partes cumplieron con su cometido de manera adecuada, en cumplimiento de la jurisprudencia vigente, razón por la cual debe acudir a una especie de

excepción a la regla general que impone aplicar de inmediato la jurisprudencia expedida por la Corte.

Lo consignado por el Ministerio Público es verdad, esto es que, para el momento de formularse la acusación y adelantarse la audiencia de juicio oral, no se exigía demostrar algún contexto material respecto de la agravación consignada en el inciso segundo del artículo 229 del C.P.

Sin embargo, ello por sí mismo no autoriza a dejar de lado la actual jurisprudencia, pues el tema en discusión supera con mucho lo procedimental y se inserta en aspectos del debido proceso y legalidad o estricta tipicidad, que no pueden ser desconocidos o esquilmados al procesado.

Mucho más, si ello implica aplicar la jurisprudencia superada, en contra de los intereses del acusado –una especie de favorabilidad inversa-, sin tomar en cuenta que la variación implica, en estricto sentido, que la Sala ha adelantado un estudio profundo del tema y encuentra una mejor manera de examinar el contenido del tipo penal y sus efectos, circunstancia que de suyo advierte la impropiedad o error de la tesis anterior, misma que, por razones obvias, no puede seguir prolongando sus efectos.

Huelga anotar que en el fallo de casación a través del cual la Corte modificó su postura, esta nueva interpretación tuvo plenos efectos –pese a que, resulta evidente, el trámite se

adelantó dentro de la posición anterior de la Sala-, al punto que obligó expurgar de la calificación jurídica de la conducta, la causal de agravación en estudio.

En consecuencia, la Corte debe casar la sentencia para advertir que el delito ejecutado es el de *Violencia intrafamiliar* consignado en el inciso primero del artículo 229 del C.P., sin la agravación referida a la condición de víctima de la mujer.

Ello implica, sin embargo, que se decrete la extinción de la acción penal, por prescripción, dado que entre el momento en el que se formuló la imputación y aquel en el cual se emitió el fallo de segundo grado -incluso antes de proferirse la sentencia de primera instancia-, discurrió un lapso superior a la mitad de la pena máxima dispuesta para el punible.

Despojado de su agravación, el delito de *Violencia intrafamiliar* comporta pena máxima de 8 años, acorde con lo dispuesto en el artículo 229 del C.P.

El artículo 292 de la Ley 906 de 2004 advierte que el término de prescripción se interrumpe con la formulación de imputación y, a partir de aquí, corre por la mitad del lapso máximo de prisión instituido en el tipo penal, sin que sea inferior a 3 años.

De esta manera, los 4 años que gobiernan el término máximo para adelantar el trámite se cumplieron el 2 de

septiembre de 2018 -la formulación de imputación operó el 2 de septiembre de 2014-, cuando no había sido emitida ni siquiera la sentencia de primer grado.

La Corte, entonces, decretará la extinción de la acción penal, por prescripción, y dispondrá que se dejen sin efecto las medidas u órdenes que hayan sido impartidas en contra del acusado, en particular, la captura dispuesta en la sentencia de primer grado.

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

RESUELVE

Primero: CASAR la sentencia, acorde con lo consignado en el primer cargo de la demanda presentada por el defensor de JUAN CARLOS PÉREZ PETRO, para eliminar la agravante que, respecto del delito de *Violencia intrafamiliar*, contempla el inciso segundo del artículo 229 del C.P.

Segundo: Declarar la extinción de la acción penal, por prescripción, en este asunto.

Cancélese las medidas y órdenes emitidas en contra del acusado por razón de este proceso.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

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



FABIO OSPITIA GARZÓN

Presidente



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Salvamento de voto



MYRIAM ÁVILA ROLDÁN
SALVAMENTO DE VOTO



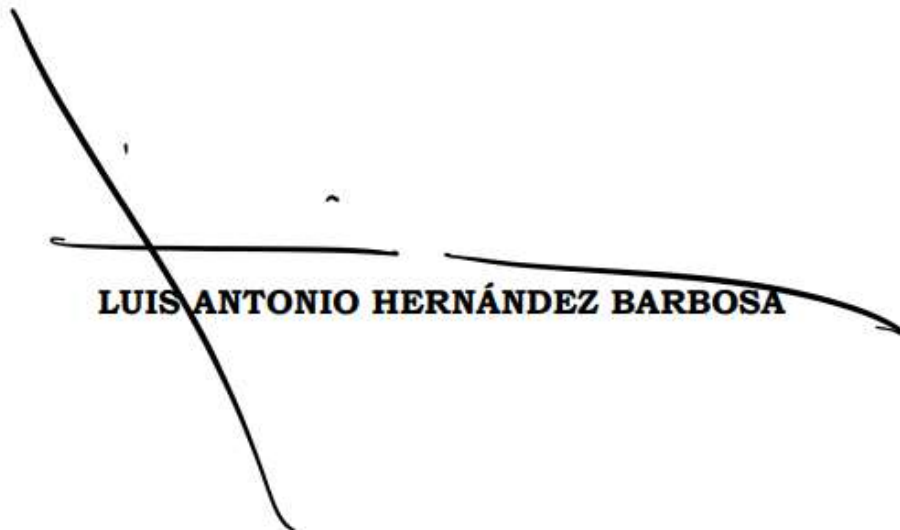
FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS



GERSON CHAVERRA CASTRO



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



HUGO QUINTERO BERNATE



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Nubia Yolanda Nova García
Secretaria