

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR
Magistrada Ponente

SP2251-2019
Radicación N.º 53.048
Acta 151

Bogotá D.C., dieciocho (18) de junio de dos mil diecinueve
(2019)

VISTOS

Surtido el trámite previsto en el art. 195 de la Ley 906 de 2004 (en adelante C.P.P.), la Sala decide la acción de revisión formulada por el defensor de CARLOS ALIRIO MONTOYA CASTRO.

I. HECHOS

Así fueron consignados en la sentencia de segunda instancia:

El 9 de enero de 2010, mientras la señora Luz Estela Tafur Oviedo, se encontraba acompañando a un amigo en el paradero de buses del barrio La Floresta, ubicado en la calle 60 de esta ciudad [Ibagué], fue interceptada por su ex compañero permanente, CARLOS ALIRIO MONTOYA CASTRO, procediendo (sic) en el acto a insultarla y luego agredirla físicamente, tomándola del cabello y arrojándola al suelo. El ataque cesó gracias a la oportuna intervención de una de sus hijas de la agraviada.

II. ANTECEDENTES PROCESALES PERTINENTES

Por los mencionados hechos, en audiencia del 21 de febrero de 2013, el señor MONTOYA CASTRO fue acusado como probable autor de *violencia intrafamiliar agravada*¹.

El acusado optó por ejercer su derecho a ser juzgado públicamente. Concluido el debate y emitido sentido de fallo condenatorio, el Juzgado 11 Penal Municipal con función de conocimiento de Ibagué lo declaró responsable por haber cometido dicho delito. En consecuencia, lo condenó a las penas de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 78 meses. Además negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

En respuesta al recurso de apelación interpuesto por el defensor contra el fallo de primera instancia, la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué, mediante sentencia del 8 de febrero de 2016, lo modificó parcialmente para fijar las referidas penas en 72 meses². Esta determinación, por no haberse interpuesto el recurso extraordinario de casación, cobró ejecutoria el 2 de marzo de 2016³.

III. LA DEMANDA DE REVISIÓN

El actor pretende la revisión del fallo de segundo grado, a la luz de la causal prevista en el art. 192-7 del C.P.P., que permite acudir a la revisión *«cuando, mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que*

¹ Por la circunstancia prevista en el art. 229 inc. 2° del C.P. con la modificación que introdujo la entonces vigente Ley 1142 de 2007, según la cual: *“La pena se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes cuando la conducta recae sobre...una mujer”*.

² Al determinar que el *a quo* no llevó a cabo una debida motivación en punto del proceso de individualización de la pena, frente a los criterios de gravedad de la conducta previstos en el art. 61 inc. 3° del C.P.

³ Fl. 23 Cuaderno Corte.

sirvió para sustentar la sentencia condenatoria, tanto respecto de la responsabilidad como de la punibilidad».

En sustento de su pretensión, expone, el señor MONTOYA CASTRO fue condenado por el delito de *violencia intrafamiliar agravada* pese a que en las sentencias se declaró probado que aquél no convivía con la víctima desde hace más de ocho años. De ahí que, en su criterio, *“no existía unidad familiar ni coexistencia pacífica entre los integrantes de la familia”*.

Desde esa perspectiva, solicita a la Corte que aplique al presente caso el criterio adoptado mediante sentencia CSJ SP8064-2017, por cuyo medio la Sala admitió que uno de los requisitos para que se configure la violencia intrafamiliar es que *«...el victimario y la víctima pertenezcan a la misma unidad familiar y convivan en la misma casa»*.

Solicita, bajo ese entendido, que se declare fundada la causal invocada y se varíe la calificación jurídica de la conducta por la que se dictó la sentencia condenatoria a la de *lesiones personales agravadas*, en acatamiento del precedente jurisprudencial traído como soporte de la demanda.

IV. ACTUACIÓN SURTIDA EN LA CORTE

El 18 de julio de 2018 se admitió la demanda y se solicitó el expediente que se pide revisar. No se dispuso el traslado para la práctica de pruebas en atención a la naturaleza de la causal invocada⁴, por lo que se declaró superada esa etapa y se fijó fecha para llevar a cabo audiencia de alegatos de conclusión.

⁴ Como lo dispuso la Sala de Casación Penal en sesión del 3 de junio de 2015.

En ese marco, en audiencia del 25 de septiembre de 2018, tanto el accionante como la Procuradora 3ª Delegada para la Casación Penal y los jueces convocados asistentes a la diligencia se pronunciaron al unísono a favor de la prosperidad de las pretensiones. En ese sentido, sostienen, están dadas las condiciones para la procedencia de la causal 7ª de revisión, pues se acredita que, desde hacía ocho años antes de la comisión de la conducta, el agresor y la víctima habían cesado la relación de pareja.

Por esa razón, pidieron que se aplique al caso la postura decantada a partir de la decisión CSJ SP8064-2017 (rad. 48.047) y, en ese sentido, que se varíe la calificación de la conducta a la de *lesiones personales agravadas*, con el correspondiente ajuste de la dosificación punitiva.

V. CONSIDERACIONES

5.1 Según el art. 192-7 del C.P.P., hay lugar a la revisión de la sentencia cuando, mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria, respecto de la responsabilidad o de la punibilidad.

En relación con el fundamento de dicha causal de revisión, la Sala tiene dicho que la misma propende por la concreción del valor justicia a través de la variación de la jurisprudencia, en acatamiento al principio de igualdad, en cuanto similares situaciones de hecho deben recibir la misma solución en derecho.

La causal propende, entonces, porque se reconozca que la interpretación judicial previa de un determinado aspecto jurídico

pudo ser errada y que, por tanto, debe variar o que, en atención a la variación de las circunstancias fácticas, se impone una diferente hermenéutica que debe ser aplicada a casos que han sido juzgados con fundamento en la interpretación que se varía.

En esos términos, la acción extraordinaria es procedente cuando la autoridad judicial competente modifica los criterios que determinaron, por ejemplo, el reconocimiento de un incremento punitivo, de una agravante, el no reconocimiento de una atenuante o la denegación de un derecho, mientras la nueva interpretación sobreviene en provecho de quien fue juzgado con base en la concepción de la jurisprudencia superada⁵.

5.1.1 En la sentencia contentiva del cambio jurisprudencial (CSJ SP8064-2017) en que el accionante demanda la revisión de la sentencia, la Corte Suprema de Justicia, efectivamente, implementó un criterio, carente de desarrollo expreso hasta ese momento, en relación con la definición del ingrediente normativo «núcleo familiar», que integra el tipo penal de *violencia intrafamiliar*, previsto en el art. 229 del C.P.

Dicho elemento del tipo, que ha de ser comprendido a la luz del ordenamiento extrapenal (constitucional, civil y de familia) es el que cualifica los sujetos activo y pasivo de la conducta sancionada en la violencia intrafamiliar, ya que los maltratos se tornan punibles si el agredido es una persona perteneciente al *núcleo familiar* del agresor.

En esa dirección, la sentencia en comento, a fin de cerrar espacios interpretativos que pudieran conducir a escenarios injustificados de punibilidad, clarificó, en primera medida, que

⁵ Cfr. CSJ SP 11 jul. 2013, rad. 40.208.



los maltratos que recaen sobre cualquier *familiar* no siempre afectan el bien jurídico de la armonía y unidad en la familia, que es el objeto de tutela jurídico penal en el delito de violencia intrafamiliar.

Como punto de partida, el precedente en mención acudió al referente normativo *base* para justificar la punición de la violencia al interior de la familia, a saber, la Ley 294 de 1996, cuyo objeto es el de desarrollar el art. 42 inc 5° de la Constitución, para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar. Alorde con dicha norma constitucional, las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Por ello, el inc. 6° *idem* preceptúa que cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su *armonía y unidad*, por lo que será sancionada conforme a la ley.

En la armonía y unidad familiar la Sala identificó el bien jurídico protegido en el art. 229 del C.P., cuya tutela se limitó a los miembros *nucleares* de la familia, es decir, ese ámbito más entrañable e íntimo de relacionamiento familiar. Y esos integrantes, según el plurimencionado fallo, están enlistados en el art. 2° de la Ley 294, a saber: a) los cónyuges o compañeros permanentes; b) el padre y la madre de familia, aunque no convivan en el mismo hogar; c) los ascendientes o descendientes de los anteriores, así como los hijos adoptivos y d) todas las demás personas que, de manera permanente, se hallaren integrados a la *unidad doméstica*.

La diferenciación de dichos roles familiares llevó a la Sala a precisar cuando los maltratos entre aquéllos podían constituir violencia intrafamiliar, al tiempo que efectuó reducciones teleológicas para determinar cuándo no se realiza

la conducta punible, por no pertenecer el sujeto pasivo de la conducta al núcleo familiar del agresor.

Bajo esa óptica, según el actual entendimiento de la Sala, la violencia intrafamiliar puede tener lugar:

(i) Entre los cónyuges o compañeros permanentes entre sí, siempre que mantengan un *núcleo familiar*.

(ii) En los padres, cuando el agresor es el hijo, sin que importe si ambos progenitores conviven. Si el artículo 2 de la Ley 294 de 1996 establece que son integrantes de la familia "*El padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar*", ello permite concluir que son familia respecto de sus hijos y por siempre, pero si esos progenitores no conviven en el mismo hogar no conforman entre ellos un núcleo familiar.

(iii) En los ascendientes y descendientes si conforman un núcleo familiar, y los hijos adoptivos, porque frente a éstos igualmente el concepto de familia impone deberes más allá de la *vida en común*.

(iv) En uno o varios miembros de la familia en su domicilio o residencia, causada por quien, no siendo miembro del *núcleo familiar*, sea encargado de su cuidado.

Con dicho referente -dadas las particularidades del asunto a resolver en esa ocasión- la Corte entró a definir la problemática originada en escenarios en los que dos personas, pese a tener un nexo *de familia* por el hecho de ser padre y madre de un hijo *común*, no pertenecían a un mismo *núcleo familiar*, por el hecho de no *convivir* juntos. Se mencionaron como ejemplos paradigmáticos los casos de exparejas (antiguos cónyuges o compañeros permanentes) que cesaron su *vida en común* o la situación de quienes nunca convivieron, pero son padres de un mismo hijo.

Para la Sala, tales cláusulas articulan el mundo normativo con la realidad social, "*al reconocer que existen vínculos familiares intemporales que imponen deberes*



infranqueables y, asimismo **convivencias** que, **al terminar**, como las de las parejas pierden la protección especial que el derecho les dispensa cuando existe **vida en común**". Por ello, destacó la Sala, "es necesario ponderar que, si la familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla" (art. 42 Const.), correlativamente también debe reconocerse su voluntad de darla por terminada".

Tales premisas soportan la conclusión en que se funda el criterio desarrollado por la Corte en la comentada sentencia, cifrado en que si no existe convivencia, tratándose de exparejas o de padres de hijos comunes que nunca han convivido, los maltratos no pueden adecuarse típicamente en el delito de violencia intrafamiliar, pues entre personas en tales condiciones no existe un núcleo familiar.

Para la Corte, se extracta de la sentencia en mención, el *contexto nuclear* exigido por el tipo penal implica un *nexo real y no meramente formal* de una familia en su conjunto. El núcleo, según el fallo, supone una verdadera unión y conjunción, desvirtuándose si hay desunión o disyunción entre sus integrantes.

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

A fin de clarificar cuando existe ese núcleo, la Sala acudió al concepto de *unidad doméstica*, determinada, *por lo menos*, a partir de la convivencia de la víctima y el victimario “*bajo un mismo techo*” y las relaciones de afecto existentes en razón de la coexistencia.

Pero más allá de esa alusión al “*mismo techo*”, la Corte enfatizó en que el núcleo familiar ha de definirse a partir de la comunidad de vida, la cual implica, entre otras circunstancias, cohabitación, colaboración económica y personal en las distintas circunstancias de la existencia, así como convivencia permanente, traducida en duración, constancia y perseverancia en esa forma de vida en común.

La comunidad de vida, para la Sala, ha de articularse con el concepto de *unidad doméstica*, pues “*no se trata de asegurar la tranquilidad y armonía de la familia in extenso, sino del hogar en concreto, palabra que se refería al sitio donde se reunía la familia para calentarse y alimentarse*”. Con ello, se lee en la sentencia, la noción de unidad familiar corresponde establecerla a partir de “*reconocer una realidad social constitucionalizada, de modo que se circunscribe a quienes comparten un techo*”, ya que “*no son los vínculos biológicos o consanguíneos los que articulan la unidad familiar doméstica, sino la comunidad integrada*”.

En esencia, acudiendo a argumentos doctrinales extraídos del derecho comparado, la Sala puso de presente que la violencia en el marco doméstico es un escenario de dominación y terror en las relaciones de familia, donde ha de reinar la paz:

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

Lo relevante será constatar si en el 'factum' se describe una conducta atribuida al recurrente que atenta contra la paz familiar y se demuestra en **agresiones que dibujen ese ambiente de dominación y temor sufrido por los miembros de la familia...**

A la luz de las razones hasta aquí reseñadas, la Corte concluyó en ese caso, que sí había unidad doméstica, derivada de que los involucrados -compañeros permanentes y padres de un menor, que vivían en un mismo inmueble, pero en habitaciones separadas, sin mantener vida marital- mantenían una convivencia *cotidiana y permanente*. Este es, en últimas, el criterio preponderante para verificar si existe o no núcleo familiar tratándose de una pareja.

5.2 Ahora, como quiera que la revisión de la sentencia es solicitada con fundamento en los elementos reseñados en precedencia (núm. 5.1.1 *supra*), que aplican a la construcción de la premisa mayor del silogismo en que se basa el juicio de adecuación típica, en la fase de verificación de la tipicidad objetiva, la Sala ha de determinar las condiciones en que vivían CARLOS ALIRIO MONTOYA CASTRO y la señora Tafur Oviedo, a fin de establecer si entre ellos existía o no un núcleo familiar.

5.2.1 Dentro del proceso penal se tuvo conocimiento de que, para el momento en que se materializaron las agresiones, CARLOS ALIRIO MONTOYA CASTRO y la víctima ya no hacían *vida marital como pareja*.

Tal perspectiva fáctica, en efecto, se acreditó en el juicio con el testimonio de la señora Luz Estela Tafur, quien sostuvo:

Fiscalía: ¿Vivió o convivió usted con el señor CARLOS ALIRIO MONTOYA CASTRO?

Víctima: Sí señora, 22 años.

Fiscalía: ¿A esta fecha se encuentra conviviendo con el mismo?

Víctima: No señora.

Fiscalía: ¿Por qué...qué tiempo hace que se separó del señor?

Víctima: Voy a cumplir 12 años de estar separada de él.

Fiscalía: Exactamente indíquenos en qué año se separó de él.

Víctima: en 2006.

[...]

Fiscal: Por favor indíquenos si, para el 9 de enero del 2010, usted ya se hallaba separada del señor CARLOS ALIRIO.

Víctima: Sí señora, hacía cuatro años para atrás ya estaba separada de él.

Fiscal: para esa fecha de enero 9 de 2010 ¿en dónde residía usted?

Víctima: en el barrio La Floresta.

Fiscalía: ¿Con quién residía usted?

Víctima: Con mis tres hijas.

Ello acredita, contrario a lo expuesto por el accionante, que el victimario no había abandonado la residencia para la fecha en que se ocasionaron los maltratos físicos. Y así se constata al ahondar en el contexto fáctico que rodea las agresiones que dieron lugar a la condena del señor MONTOYA CASTRO como autor de violencia intrafamiliar, pues lo que hay que establecer es si la manera en que aquéllos vivían permite verificar la existencia o inexistencia de un núcleo familiar.

5.2.2 Como se verá, del relato de la víctima es dable sostener que si bien su *vida marital* con el señor MONTOYA CASTRO había culminado por razones de violencia -de género-, que más adelante se pondrán de manifiesto, aquél permaneció aposentado en su vivienda, prácticamente establecido en su

hogar, instalado en una cercanía tal, que debió *convivir* con él por mucho tiempo, en condiciones agobiantes, hasta el día en que, con ocasión de la denuncia que dio origen al proceso penal por violencia intrafamiliar, aquél “*se fue*”:

En ese sentido, es relevante traer a colación lo declarado por la señora Tamar Oviedo:

Fiscalía: Para esa fecha del 9 de enero del 2010, ¿dónde residía el señor Carlos Alirio Montoya Castro?

Víctima: ahí seguidita **en un cambuche.**

Fiscalía: Explique un poquito más esa situación, ¿cómo así en un cambuche?

Víctima: lo que pasa es que yo vivo... supongamos aquí y acá la hermana de él invadió unos lotes y le dejó hacer un cambuche, como está metido en la droga entonces a cualquier hora llega todo lleno, consumiendo droga, mantenía todo loco y se quedaba ahí en el piso **a distancia mía es que yo vivo acá y el cambuchito queda acá,**

Fiscalía: ¿A un metro de distancia?

Víctima: No

Sobre tales condiciones de convivencia, igualmente declaró Sandra Rocío Montoya, hija del sentenciado, quien ofreció detalles sobre la unidad doméstica en la que vivía con sus hijas y su mamá, con la presencia permanente de su padre, CARLOS ALIRIO MONTOYA CASTRO, quien mantuvo su aposento en la residencia:

Fiscal: Dice usted que reside en la avenida 60 # 1-A 05 barrio La Floresta. ¿En la actualidad reside allí?

Sandra: Sí señora

Fiscal: ¿con quién reside allí?

Sandra: Con mi mamá y mis dos hijos

Fiscal: ¿cuántos hijos?

Sandra: dos una niña de 11 años y un niño de 7 años.

Fiscal: Indíqueme por favor a la audiencia en dónde reside su padre CARLOS ALIRIO MONTOYA.

Sandra: Puede de ahora los últimos hechos que sucedieron ahí en la casa, él se desapareció porque **él estaba durmiendo al lado de la casa en un cambuche.**

Fiscal: Explíqueme un poco más eso de que **estaba viviendo antes de desaparecer en un cambuche**. ¿A cuánto queda de la casa de ustedes?

Sandra: Acá está la casa, acá queda la casa y **aquí a un ladito queda el cambuche**.

Fiscal: **¿A cuántos metros más o menos?**

Sandra: **Como un metro**.

Es menester destacar que la vivienda en mención no se caracterizaba por unas adecuadas condiciones urbanísticas y arquitectónicas, sino que correspondía a un asentamiento irregular ubicado en las comunas de Ibaqué (La Floresta). Por lo general, ese tipo de establecimientos irregulares son asentamientos que abarcan a comunidades o individuos albergados en viviendas autoconstruidas bajo deficientes condiciones de habitabilidad. Sobre tales condiciones, la víctima dio información en el juicio.

Al relatar los momentos previos en que el sentenciado la agredió, la víctima expuso: ***“yo vivo en zona de alto riesgo, entonces se me cayó un muro encima del morro de tierra, se me cayó toda la cocina, se me cayó completamente la cocina, entonces yo le pedí el favor a un amigo de que por favor me ayudara organizar la cocina, entonces él fue, dijo con mucho gusto, claro Doña Estela yo voy le ayudo; él fue y me arreglo la cocina y todo eso, entonces ya por la tardecita ya él me organizó la cocina me arreglo la puerta”***. En similar sentido, Sandra Montoya indicó: ***“ese día llegó un amigo de mi mamá y arreglo una parte de la cocina, porque se había caído la pared de una fuerte lluvia, había caído un palo y desbarató toda la pared”***.

Ahora bien, de esas condiciones de convivencia es dable identificar tres fases de la relación de familia -bastante disfuncional- sostenida entre la agredida y CARLOS ALIRIO MONTOYA CASTRO. La primera etapa, caracterizada por la vida marital entre aquéllos bajo el mismo techo, perduró pese

a una cotidianidad de maltrato y violencia; la segunda, correspondiente a la ruptura de la relación por tales causas, provocó la instalación del señor MONTOYA CASTRO en la entrada del inmueble, sin dejar el entorno familiar; la tercera fase se identifica con el verdadero abandono del hogar por parte del sentenciado quien atemorizado por las consecuencias penales de la agresión a L.E.T.O., se fue definitivamente.

Sobre la primera etapa de convivencia entre la denunciante y el condenado, en calidad de compañeros permanentes, aquél tuvo problemas de drogadicción y alcoholismo que hicieron problemática la relación, máxime que se presentaron episodios de violencia física y moral que Luz Estela no denunció por temor e intimidación. Sobre el particular, en el juicio, aquélla expuso:

Fiscal: ¿Cuál fue la causa para su separación con el Señor Carlos Alirio Montoya Castro?

Víctima: Que él se metió en las drogas y llegaba borracho a pegarme, insultarme y ultrajarme.

Fiscal: Cuando usted dice que llegaba borracho a pegarle e insultarla, ¿usted denunció esas agresiones?

Víctima: No señora porque me daba miedo porque él me amenazaba.

Fiscal: ¿Qué clase de amenazas le profería él para no haberlo denunciado?

Víctima: Me decía "váyase de sapa con la Policía o a la Fiscalía, usted ya sabe cómo le va, la cojo de plano y le quitó la cabeza".

[...]

Fiscal: Indíquenos, por favor, para el tiempo en el que usted residió con el Señor CARLOS ALIRIO, ¿cómo era el trato de él para usted y para su familia en general?

Víctima: ¿Para con mis hijas?

Fiscal: Sí.

Víctima: Pues siempre...o sea él era cómo a llegar a la casa a meterse a la brava, que le hicieran de comer, pero como yo les decía a mis hijas ¿por qué le van a dar de comer? si yo soy la que trabajo, en este momento ustedes no están trabajando están estudiando ¿cómo le van a dar de comer? no señor, que él trabaje y pues que él mismo cocine su alimentación. Comenzaba a tratar a mis hijas mal diciéndoles "perras", les decía a mis hijas "¿si no se las

"culearon anoche"?, le decía eso mis hijas y comenzaba a ultrajarlas, a madrearlas...

De esa traumática fase de convivencia que se presentaba en la unidad doméstica en mención, igualmente aportó detalles Sandra Montoya:

Fiscal: ¿Cómo era la relación suya con el señor CARLOS ALIRIO y viceversa cuando residía con él?

Sandra: Cuando él vivía con nosotras era cuando él empezó a meterse en las drogas y todo totalmente cambió, porque nosotros cuando estábamos pequeñas él fue buen padre hasta cierto punto. Después, él cogió los vicios con drogas como la marihuana, entonces empezó a agredirnos a nosotras, a tratarnos mal. Yo quede en embarazo, él se reía de mí, él me decía perra y bueno "hijue no sé qué", empezó a cambiar totalmente. Era muy agresivo maltratando a mi mamá, maltratando a mis hermanas, a nosotros (mis dos hijos) también verbal y físicamente.

[...]

Sandra: Mi papá como que siempre había sido adicto al licor, siempre ha sido un borrachín y todo eso. Yo me daba cuenta que si uno salía con él...siempre me agrediendo a mi mamá. También le rompió la cara con una piedra, recuerdo que íbamos para la casa y la agredió con una piedra le rompió toda la cara yo estaba más pequeña arranqué a correr la vecina...él siempre ha sido como agresivo cuando llega tomado y que "perra no sé qué, usted tiene mozo". Yo la voy a matar, siempre las palabras típicas de él han sido esas.

Tales condiciones de violencia doméstica, no denunciadas, ocasionaron que la señora Tafur Oviedo expulsara de la casa a su compañero, situación que dio inicio a la segunda etapa de convivencia. En el contexto fáctico hasta aquí reconstruido, es claro que esa *separación*, a lo sumo, fue de cuerpos -aplicando analógicamente las disposiciones del Código Civil referentes al matrimonio-, pues si bien ya el agresor no compartía lecho con la denunciante, la convivencia entre aquél y ésta, así como con los demás integrantes del núcleo familiar -conformado por las hijas y nietos de aquéllos-, no cesó con la ubicación de CARLOS ALIRIO MONTOYA en la puerta de la



casa. En las ya conocidas condiciones de precariedad de la vivienda y en el marco de tan disfuncional relación de familia, la convivencia con el sentenciado *mutó, pero no cesó*.

Si bien agresor y agredida ya no dormían como pareja, el señor MONTOYA CASTRO se instaló **a un metro de la puerta de su hogar**, en un “cambuche”. En esas circunstancias, no sólo continuó con sus actos de maltrato y agresión, cuyas víctimas eran tanto Luz Estela como sus hijas, sino que, en una típica actitud de hostigamiento propio de la violencia de género contra la mujer, asediaba a aquélla, por entender que “*le pertenecía*”.

Sobre ese particular, la víctima declaró que el sentenciado no asimiló que ella quería separarse de él, pues le decía que no podía verla con otro hombre, porque “*si no era para él, no era para nadie*”. En ese marco de asedio y dominación al que CARLOS MONTOYA CASTRO siguió sometiendo a Luz Estela Tafur, los maltratos continuaron: “*también ha sido así, tratándome mal toda hora, no me puede ver en la calle porque me está diciendo que hubo perra, que hubo zorra, delante de toda la gente diciéndome groserías... ¿ya se la culearon? yo no sé qué, todas esas palabras y todas las groserías, siempre ha usado todo eso*”.

Adicionalmente, se presentaron agresiones físicas motivadas en que el sentenciado se acercaba a pedir comida y ésta le era negada por Luz Estela Tafur.

Pero ese insostenible ciclo de violencia de género de la que aquélla fue víctima finalmente fue denunciado, con ocasión de un especial acto de maltrato físico, acaecido el 9 de enero de 2010, en el que el condenado la sujetó del cabello y la arrastró

por la calle. Esta agresión física y humillación pública marcó la determinación de la agredida de poner fin, definitivamente, a cualquier vínculo con CARLOS ALIRIO MONTOYA CASTRO, a quien denunció por violencia intrafamiliar, dada la magnitud del maltrato, descrito en los siguientes términos:

Fiscal: ¿Qué fue lo que pasó?

Víctima: Pues yo le pedí el favor a un amigo que me ayudara arreglar la cocina...entonces él fue, dijo con mucho gusto, claro doña Estela, yo voy y le ayudo. Él fue y me arregló la cocina, entonces ya por la tardecita él me organizó la cocina me arregló la puerta y todo eso. Entonces, cuando salimos yo le dije: *"bueno muchas gracias fulano de tal, camine lo acompañó a coger la buseta"*...Entonces yo salí con el señor y él empezó: *"que hubo perra"*.

[...]

CARLOS ALIRIO me dijo *"entonces qué perra ¿ya se la culearon?"* Yo le dije *"¡uy! ola, usted si es grosero"* y como al señor que me arregló la cocina no le gustan los problemas, entonces yo subí la escalera y acá a este lado hay un puesto de arepas, que es un puesto de arepas que vende mi mamá que estaba con una hermana. Entonces yo pasé y le dije *"hola mamá"*, entonces dijo *"ah ya se va el señor ¿Ya le arregló la cocina hija?"* y yo le dije *"sí mamá"*. Entonces CARLOS ALIRIO insultóme y madreóme.

Fiscal: ¿Qué le decía exactamente?

Víctima: Me decía *"que hubo perra, ¿entonces qué, ya se la cojieron perra? no sé qué perra, sí sé cuánto, malparida, donde yo sepa que usted es la moza de ese desgraciado le quitó la cabeza"*, entonces el señor no le contestaba nada porque es un señor que no le gustan los problemas ni nada de eso, entonces pasó la buseta número 9 y el señor se fue. Entonces cuando yo sentí fue que me agarró el cabello, yo tenía el cabello largo y me agarró el cabello y me tiró al piso, entonces empezaron a gritar mi mamá y mi hermana, *"auxilio Sandra, Sandra"*. Mi hija estaba ahí, como nosotros para salir nos toca salir y esto queda alto acá y acá queda como un corredor, y ahí estaba Sandra, entonces cuando yo estaba acá este es el puesto de arepas, él estaba a este lado y él me agarró el cabello de acá y me tiró al piso, entonces cuando mi mamá empezó a gritar y dijo Sandra, Sandra, subió la escalera y Sandra le dijo *"papi, ¿usted qué está haciendo por qué trata a mi mamá así, por qué me la tira al piso?"* Entonces, también le echó la madre a ella y la insultó, entonces mi hija subió y yo me paré y me empezó a gritar y mi mamá dijo *"no hija, llame a la Policía para que se lleven a ese tipo, ya se está pasando"*

mija", entonces todo eso se dio nada más porque llevé al señor a que me arreglará la cocina.

Fiscal: Doña Luz Estela, ¿qué pasó después de eso? ¿El Señor Carlos Alirio siguió en el sitio de los hechos o el que hacía?

Victima: No siguió en el sitio de los hechos, porque vea, me soltó el cabello me tiró al piso. Entonces ya mi hija me entró. No, eso se entró ese tipo y comenzó a tirar piedra encima del techo a tirar palos hasta no, no, yo llamé a la Policía porque él empezó a tirar piedras encima del techo y palos y a tratarnos mal a todas.

Desde la perspectiva de Sandra Montoya, lo sucedido el 9 de enero de 2010 fue lo siguiente:

Ese día llegó un amigo de mi mamá y arregló una parte de la cocina, porque en la parte de la cocina se había caído la pared de una fuerte lluvia, había caído un palo y desbarató toda la pared. Entonces, como eso no se puede dejar así, de una vez el señor vino a arreglar eso. Cuando ya salió con él a comprar la buseta, ahí estaba en el corredor de las casas porque ahí vive cerca la familia de mi mamá también y yo estaba sentada y el niño montando triciclo. Mi mamá salió con el señor, se pararon ahí en el paradero a esperar la buseta y mi abuelita, cómo tiene un puesto de arepas ahí, estaba con una de mis tías. Entonces, yo estaba sentada ahí en la parte los escalones... así a este lado está mi mamá en la buseta con el señor, cuando yo escuché los gritos de mi abuelita ¡ay de mi hija, Sandra mi hija, mi hija ayude!" ... entonces yo salí corriendo. El señor cogió la buseta y mi papá le estaba pegando a mi mamá, le tiró del cabello le decía perra hija de puta, que no sé qué, que si ese viejo es un mozo le voy a cortar la cabeza y le gritaba perra, perra. Yo le decía papi, cállese. "¿Usted por qué dice esas palabras? usted no diga eso y menos delante de mi niño...contélese. Y entonces él me empujó y le halaba el pelo a mi mamá. De los vecinos nadie se metió, nada de eso porque siempre son ajenos a los problemas de los demás. Entonces yo le dije papi ya, por favor no haga más eso, se lo suplico papá no haga más eso...Después nosotros caminamos hasta la casa y bajamos y mi papá empezó a tirar palos y piedras. Empezó a reír y a decir perra que no sé qué y eso gritaba.

[...]

Mi mamá psicológicamente siempre está mal, porque mi mamá permanecía llorando ... que estaba desesperada de mi papá, más que todo porque yo tenía los niños y siempre le gritaba a él por favor que no hiciera nada, que por favor

no le pegara más a mi mamá, que no volviera a hacer esas cosas, que ya la relación de ellos había terminado y que ya era verdad, que lo superará y que no dijera tanta grosería delante de mis hijos y siempre que llamaba a mis hijos mi niño salía y yo lo dejaba que lo saludará y siempre decía la perra de su mamá está ahí, le estoy diciendo que si está la perra de la abuela.

Después de tal suceso, además, existió otra agresión física. CARLOS MONTOYA CASTRO, pese a que ya existía una denuncia penal en su contra por violencia intrafamiliar, le pegó a Luz Estela con una botella, antes de retirarse definitivamente del lugar donde estableció su residencia, a un metro de distancia de la víctima:

Sí, ahí nos citaron, teníamos una citación ahorita para el 20 de enero, después del último problema tenía una citación, pero como el mismo día del problema él se fue, entonces no asistió.

Fiscalía: Usted dice doña Luz Estela que el señor CARLOS ALIRIO el día del último problema se fue. ¿Sabe usted dónde se halla en estos momentos?

Víctima: No, yo en realidad no sé dónde se encuentra porque pues yo no le pregunto a mis hijas, de pronto alguna de ellas sabrá, pero no me dice nada, porque no me interesa saber para dónde se fue, me disculpa la palabra, no me interesa dónde está ese tipo por lo que me ha hecho no, no quiero ni recordar nada de eso.

Fiscalía: Después de sucedidos los últimos hechos, ¿no lo ha vuelto a ver?

Víctima: No señora, después de lo del 18 de enero que me pasó que me pegó ese botellazo.

Sobre el hecho de la partida del sentenciado, Sandra Montoya expuso: *“lo que pasa es que agredió a mi mamá con una botella de cerveza, le rompió la cara acá. Entonces mi mamá le puso la demanda. Además de eso, él supo qué hizo eso y como qué iba a pasar con lo que sucedió y mi mamá fue a Medicina Legal y todo. Él **en ese momento se desapareció**, pero en este momento está en Cunday”*.

5.3 Pues bien, contrastados los anteriores enunciados de hecho (num. 5.1.2 *supra*) con los criterios jurisprudenciales con fundamento en los cuales se demanda la revisión de la sentencia (num. 5.1.1 *supra*), la Sala encuentra que no hay lugar a modificar el juicio de adecuación típica que condujo a declarar responsable a CARLOS ALIRIO MONTOYA como autor de violencia intrafamiliar agravada.

Dadas las particulares circunstancias que rodearon la vida familiar entre el señor MONTOYA CASTRO y la señora Tafur Oviedo, en compañía de sus hijas y sus nietos, para la Corte, la separación del sentenciado de ese núcleo familiar apenas se dio cuando, después de haber atacado físicamente a la víctima, abandonó *definitivamente* el sitio donde aquéllos residían, no con la simple ubicación de aquél a la salida de la casa.

Desde luego, se trataba de una unidad doméstica disfuncional y disgregada, en la que las condiciones de marginalidad, sumadas a la drogadicción del sentenciado, condujeron a que éste siguiera *conviviendo* con todos ellos, pese a haber interrumpido su vida marital con Luz Estela. Antes de “*desaparecer*”, CARLOS MONTOYA tan sólo salió de las paredes de la casa familiar, mas no por ello es dable sostener que dejó de convivir con la denunciante, sus hijas y sus nietos.

En el entorno de una vivienda autoconstruida, en un asentamiento irregular y bajo deficientes condiciones de habitabilidad, afirmar que el sentenciado dejó de convivir con su familia, pese a que cesó la vida marital con su compañera, es insostenible.

Convivir significa vivir en compañía de otro u otros; en este caso, en compañía de su familia. Y esa convivencia no pudo haber cesado cuando, estando el señor MONTOYA CASTRO a *un metro* de la casa, la denunciante, así como sus hijas y sus nietos, debieron interactuar diariamente con él, viéndose en la obligación de soportar su presencia y malos tratos. Ni siquiera las paredes de la casa los resguardaban de aquél, pues como se reseñó, los muros solían caerse cuando había fuertes lluvias.

El contexto fáctico arriba descrito no sólo muestra que el accionante se equivoca al afirmar que el condenado y la víctima no vivían bajo el mismo techo, pues en tales condiciones de precariedad no había un resguardo seguro para ninguno. Además, en una cercanía tan próxima en la que se instaló el señor MONTOYA CASTRO, difícilmente puede decirse que éste abandonó el hogar. Antes bien, sus familiares tuvieron que vivir la dura realidad de tener que verlo diariamente -en estado de indigencia- en su hogar. Muestra de esa permanente interacción se evidencia en que aquél se acercaba a pedir comida y se tornaba agresivo cuando le era negada, al tiempo que asediaba a Luz Estela para dejarle en claro -desde su perspectiva-, que *le seguía perteneciendo como mujer*.

Además, en el informe de la perito sicóloga que se introdujo en el juicio oral, se advirtió de la potencial existencia de *«un nivel de riesgo alto para la denunciante y un nivel de peligrosidad alto por parte del señor Carlos Alirio Montoya»*⁶.

Y tan cruda realidad socio-familiar muestra, igualmente, que los conceptos jurisprudenciales también han de ser sometidos a interpretación. Las dinámicas familiares son un

⁶ Folio 84 del C.O.

fenómeno social que evoluciona permanentemente, de la mano de nuevas formas de relacionamiento entre los seres humanos.

La esencia definitoria de un *núcleo* familiar, en tanto ámbito más profundo de las relaciones de familia, es la *convivencia conjunta*. Y ésta viene definida por *múltiples factores* que influyen en la conformación de tan íntimo entorno de relacionamiento, motivo por el cual no es posible que, a fin de identificar cuando dos personas conviven en un escenario de tal naturaleza, se acuda a conceptos rígidos, que lejos de ser equivalentes *-per se-* a un núcleo familiar, son apenas *referentes* para identificar cuando existe tal forma de composición social, sin excluir otros factores que también son pertinentes para entender la constitución de un determinado núcleo familiar.

5.3.1 Por consiguiente, al margen de que los juzgadores de instancia hubieran deducido la pertenencia de víctima y victimario al mismo núcleo familiar en la mera existencia de hijos en común -algo que ciertamente es insostenible a la luz del nuevo criterio jurisprudencial invocado por el accionante-, por las razones aquí expuestas es claro que CARLOS ALIRIO MONTOYA CASTRO, al tiempo de los maltratos denunciados por Luz Estela Tafur, seguía integrado -aunque arbitraria y disfuncionalmente- a la unidad doméstica que aquélla mantenía con sus hijas y nietos. De suerte que la declaratoria de responsabilidad de aquél por violencia intrafamiliar agravada es correcta y ha de mantenerse.

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

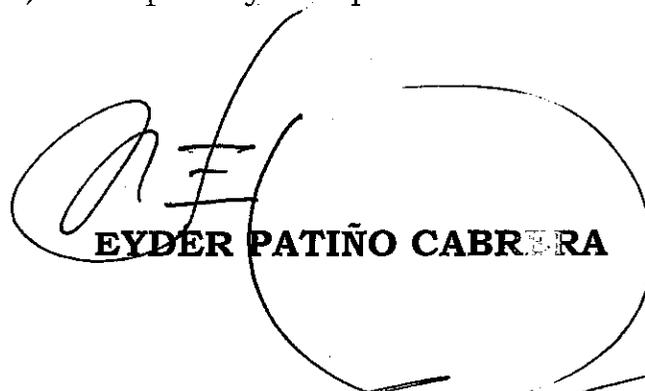


RESUELVE

DECLARAR INFUNDADA la causal de revisión invocada por el defensor de CARLOS ALIRIO MONTOYA CASTRO.

Contra esta decisión no procede ningún recurso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

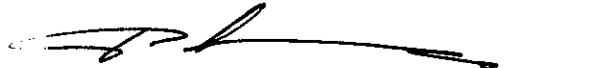

EYDER PATIÑO CABRERA


JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA


EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER


LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA


JAIME HUMBERTO MORENO ACERO


PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR
Con aclaración de voto


LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO


PATRICIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria

ACLARACIÓN DE VOTO
SP -2019
Radicación N.° 53.048

Con el debido respeto por las decisiones mayoritarias de la Sala, a continuación dejo plasmados algunos argumentos que no fueron acogidos por la mayoría, en punto de la comprensión que, *según mi entender*, se le debe dar al precedente invocado por el actor como fundamento de revisión por cambio jurisprudencial. Considero que la Sala dejó pasar una oportunidad importante para fijar lineamientos interpretativos sobre una decisión que como lo ha venido mostrando la práctica judicial, ha sido reducida a un análisis mecánico y fragmentado, consistente en la simple verificación de la residencia común de parejas *al momento* en que se presentan los maltratos constitutivos de violencia intrafamiliar.

Ciertamente, apoyé la tesis planteada en la SP8064-2017, pues comparto la lectura consistente en *limitar* el ámbito de aplicación del mencionado delito a las agresiones que se presentan entre personas pertenecientes al mismo núcleo familiar, sin cobijar *cualquier nexo* que, si bien puede fundamentarse en vínculos *de familia*, no corresponde a ese entorno más íntimo y cercano que es objeto de tutela jurídico penal. Empero, en mi sentir, la Sala nunca quiso establecer unos parámetros de análisis rígidos e inflexibles para establecer, como si se tratara de una ecuación matemática, que si los integrantes de una pareja no residen juntos al momento de las agresiones, automáticamente los hechos encuentran adecuación típica en el delito de lesiones personales y no en el de violencia intrafamiliar.

Esa es la lectura *-a mi modo de ver insostenible-* que fundamentó la presente acción. Por ello, soy de la convicción que la Corte ha debido advertir sobre esa comprensión equivocada del precedente jurisprudencial en comento, que si bien fijó unos parámetros genéricos para determinar circunstancias que permiten identificar la existencia de un núcleo familiar de ninguna manera agotó ni quiso definir taxativamente las *posibilidades* de convivencia que lo originan.

Más allá de la situación particular que describe este caso, el criterio de vivir *“bajo un mismo techo”* se ve desafiado por la evolución de la familia contemporánea en un mundo globalizado, donde la movilidad de los integrantes de un núcleo familiar no puede valorarse bajo el concepto de *hogar*, entendido como *“palabra que se refería al sitio donde se encendía el fuego, alrededor del cual se reunía la familia para calentarse y alimentarse”* (SP8064-2017).

Al haber utilizado tal alegoría, entendí que la Sala apenas quería mostrar los orígenes de la institución de la familia, sin pretender reducir la comprensión de un núcleo familiar a esa forma más *básica* de constitución de un hogar *-bajo el mismo techo-*, como si fuera única. Según mi juicio, tampoco puede entenderse como una cláusula taxativa para afirmar la existencia de una unidad doméstica que, a su vez, permita verificar si alguien pertenece o no a un núcleo familiar. El juez ha de analizar, *caso a caso*, si hay una relación *nuclear* de familia, basada en una convivencia permanente o sistemática que permita afirmar un propósito de co-existencia derivada de nexos de familia (naturales, jurídicos o de solidaridad), que son el sustrato para tutelar penalmente la unidad y armonía familiar.

Por apenas citar un ejemplo, la experiencia enseña que muchas parejas estables, con la condición de compañeros permanentes, a veces, separan su sitio de residencia, en los que comparten alternativamente en la cotidianidad sin “*dormir juntos*”, pese a que, entre otros aspectos, llevan una vida de intimidad, a los ojos de la sociedad son compañeros, viajan juntos, se auxilian mutuamente, etc. Otras personas, por cuestiones laborales, tienen un núcleo familiar, pero residen en otro lugar, compartiendo el mismo techo sólo por algunos días.

De otro lado, la cesación de la convivencia no es un asunto determinable *a priori* ni limitado a una simple verificación cifrada en que, para el momento en que se dieron los maltratos a la pareja, el agresor no residía con ésta. Tal análisis ha de ser más complejo, implica que el operador jurídico establezca y pondere una multiplicidad de condiciones influyentes en el diagnóstico sobre la terminación definitiva del vínculo que da lugar a la pertenencia al núcleo familiar. Entre esas variables puede considerarse, apenas enunciativamente, el paso del tiempo, la cercanía, los ámbitos y frecuencia de interacción, los asuntos comunes que los unen, la permanencia de nexos jurídicos o patrimoniales, las separaciones temporales o intermitentes, las rupturas seguidas de reconciliaciones, entre tantos otros.

El no estar resguardados por el mismo techo al momento en que se presentan los actos de maltrato, que es la visión simplista con que el accionante pretendía, con una lectura equivocada de la jurisprudencia, lograr la revisión de la sentencia, no diluye *per se* la convivencia. Como lo ejemplifica el asunto bajo examen, fue sólo hasta que el agresor *desapareció* del lugar donde se estableció el núcleo familiar, quizás determinado por la acción penal que se promovió en su

contra, que cesó la interacción cotidiana con aquélla, sus hijas y sus nietos.

Invocando otro ejemplo sobre la indebida aplicación de etiquetas fijas e inamovibles para juzgar si unos hechos encuentran adecuación típica en el delito de violencia intrafamiliar, quiero llamar la atención en que las valoraciones fácticas no pueden reducirse a establecer *única y exclusivamente* dónde viven las personas al momento de *una agresión o acto de maltrato en particular*. Si el bien jurídico protegido es la unidad y la armonía familiar en el *contexto* de núcleos familiares, el análisis sobre la existencia de ese ámbito de relacionamiento, por ende, ha de ser contextual, ponderando diversos factores de la convivencia en un lapso más amplio que el mero momento de las agresiones en particular. En ese entendido, por ejemplo, es claro que las separaciones temporales no rompen ni extinguen el núcleo familiar desde la óptica de la protección penal. Mas si el análisis del operador jurídico es aislado, una residencia común suspendida por unos días podría ser valorada incorrectamente para descartar la afectación del bien jurídico armonía y unidad familiar.

En esa dirección, la Sala ya ha venido advirtiendo la necesidad de ponderar múltiples factores, a fin de verificar si, en casos particulares, se identifican los ingredientes normativos que dan lugar a la aplicación de sanciones punitivas por violencia intrafamiliar. Al respecto, se lee en la CSJ SP964-2015, rad. 46.935:

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

i) *Las características de las personas involucradas en el*

hecho. Más allá de la constatación de que los sujetos activo y pasivo de la conducta cumplen con la condición requerida por el tipo del artículo 229 del Código Penal (es decir, pertenecer ambos al mismo núcleo familiar), se deben estimar los rasgos que los definan y vinculen ante la institución social objeto de amparo (la familia). En tal sentido, serán relevantes factores como la edad, posición dentro de la institución, relación que tengan 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. 31392. 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.

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 aspicas 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.

En esos términos dejo sentada mi aclaración de voto.



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada