



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada ponente

SP4135-2019

Radicación n° 52394

(Aprobado Acta n° 253)

Bogotá D.C., primero (1) de octubre de dos mil diecinueve (2019).

1. VISTOS

Se resuelve sobre la demanda de casación presentada por el defensor de JAVIER VILLATE ZÁRATE en contra del fallo proferido el 19 de diciembre de 2017 por el Tribunal Superior de Bogotá, que revocó la sentencia absolutoria emitida el 16 de marzo del mismo año por el Juzgado Doce Penal Municipal de esta ciudad y, en su lugar, condenó al procesado por el delito de violencia intrafamiliar.

2. HECHOS

JAVIER VILLATE ZÁRATE y Fanny Constanza Bustos Moreno estuvieron casados durante varios años y procrearon dos hijas. Para el nueve de julio de 2009, la relación de pareja se había deteriorado, la sociedad conyugal estaba disuelta y habían decidido iniciar el trámite de divorcio, aunque aún vivían bajo el mismo techo. En esa fecha, en horas de la noche, Fanny Constanza le entregó al procesado el poder otorgado a una abogada, cuyos términos al parecer no fueron compartidos por este, quien procedió a romperlo, lo que dio lugar a una escaramuza durante la cual el procesado la asió de un brazo y le introdujo los dedos en la boca, causándole una lesión en el frenillo sublingual, que le generó una incapacidad médico legal de 12 días. Los hechos ocurrieron en el inmueble de esta familia, ubicado esta ciudad.

3. ACTUACIÓN RELEVANTE

Por estos hechos, el 28 de mayo de 2015 la Fiscalía le imputó a VILLATE ZÁRATE el delito de violencia intrafamiliar agravado, previsto en el artículo 229, inciso segundo, del Código Penal. Lo acusó bajo los mismos presupuestos fácticos y jurídicos.

El 22 de marzo de 2017 el Juzgado Doce Penal Municipal de Bogotá profirió sentencia absolutoria, bajo el argumento principal de que existe duda razonable acerca de las circunstancias que rodearon las lesiones sufridas por

Fanny Constanza Bustos Moreno y JAVIER VILLATE ZÁRATE.

El recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la víctima activó la competencia del Tribunal Superior de Bogotá, que decidió revocar la sentencia absolutoria y, en su lugar, condenó al procesado a las penas de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 72 meses, tras hallarlo penalmente responsable del delito incluido en la acusación. Consideró improcedentes la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

4. LA DEMANDA DE CASACIÓN

El impugnante sostiene que la sentencia condenatoria emitida por el Tribunal es producto de la violación indirecta de la ley sustancial, por error de hecho, en la modalidad de falso juicio de existencia, pues el juzgador de segundo grado omitió valorar los testimonios de María Fanny Moreno de Bustos, Aída Luz Flórez Martínez y Anay Dover Cadena Bustos, así como los documentos contentivos del *“fallo dentro de la medida de protección 103 de 2009 solicitada por JAVIER VILLATE ZÁRATE en contra de la señora Fanny Constanza Bustos Moreno”*, y el video de lo acontecido el 9 de junio de 2009, grabado por la hermana de la víctima.

De haber valorado las pruebas en su conjunto, como sí lo hizo el juzgador de primera instancia, el Tribunal hubiera

concluido que existe la duda razonable a que se hizo alusión en el fallo absolutorio.

Basado en lo anterior, solicita a la Corte casar el fallo impugnado y emitir uno de reemplazo, de carácter absolutorio.

5. AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN Y RÉPLICAS

El defensor se remitió a lo expuesto en la demanda. Reiteró que las pruebas que no valoró el Tribunal son útiles para establecer la credibilidad de los testigos de cargo y, por tanto, para decidir si existe duda razonable sobre la responsabilidad penal de VILLATE ZÁRATE, toda vez que: (i) no es cierto, como lo asegura la víctima, que el procesado no fue agredido; (ii) es igualmente falso que este haya confesado que golpeó a su cónyuge, como lo asevera la hermana de aquella; y (iii) luego de ocurridos los hechos, la señora Bustos Moreno no presentaba heridas sangrantes, como claramente lo aseveró su progenitora durante el contrainterrogatorio.

El delegado de la Fiscalía, el apoderado de las víctimas y la representante del Ministerio Público solicitaron desestimar las pretensiones del demandante. Coincidieron en que el Tribunal sí valoró las pruebas referidas por el censor, aunque en un sentido diferente al pretendido por este. Al unísono, expresaron que la materialidad de la agresión se demostró con el testimonio de la víctima y el dictamen médico legal, las que encuentran respaldo en las demás pruebas de cargo. Bajo estos presupuestos,

concluyeron que la censura por error de hecho, en la modalidad de falso juicio de existencia, es infundada.

El delegado del ente investigador se refirió, además, al hecho de que el Tribunal valoró las pruebas con apego a la sana crítica, y resaltó que el documento contentivo del trámite administrativo, mencionado por el impugnante, resulta intrascendente, no solo porque corresponde a una actuación diferente, sino además porque el policial Hurtado declaró en este proceso en el mismo sentido en que lo hizo en dicha actuación.

El apoderado judicial de la víctima hizo énfasis en que el Tribunal analizó adecuadamente las pruebas de los hechos jurídicamente relevantes, mientras que el impugnante se refiere a supuestos factuales que no tienen dicha calidad. Tras mencionar algunos errores técnicos de la demanda, resaltó lo siguiente: (i) la adecuada valoración de las pruebas no está supeditada a la mención expresa de cada una de ellas; (ii) las testigos presentadas por la defensa no dan cuenta de lo sucedido el 9 de julio de 2009, pues solo tuvieron conocimiento de agresiones verbales recíprocas ocurridas antes de esa fecha; (iii) la agresión se demostró suficientemente, con la versión de la víctima, el dictamen pericial y los testimonios de los familiares de esta; y (iv) la defensa no aportó prueba científica orientada a demostrar la imposibilidad de que la herida sufrida por Fanny Bustos Moreno no hubiera empezado a sangrar inmediatamente después de la agresión, pero sí lo estuviera cuando fue evaluada por el médico legista.

Finalmente, la delegada del Ministerio Público hizo notar que los juzgadores se centraron en la agresión física, pero dejaron de lado el maltrato verbal y psicológico que el procesado le infligió a la víctima, según el testimonio de esta. Resaltó que la jurisprudencia de la Corte Constitucional dispone que estos casos deben evaluarse en el contexto de la violencia ejercida sobre las mujeres.

6. CONSIDERACIONES

6.1. Delimitación del debate

No se discute que: (i) JAVIER VILLATE ZÁRATE y Fanny Constanza Bustos Moreno estuvieron casados durante varios años y procrearon dos hijas; (ii) el vínculo matrimonial estaba vigente para el 9 de julio de 2009 y convivían bajo el mismo techo; (iii) para esa fecha habían liquidado la sociedad conyugal y la mujer había otorgado poder a una abogada para iniciar el trámite de divorcio; (iv) VILLATE ZÁRATE rompió el referido poder; (v) esa noche, se presentó un altercado entre la denunciante y el procesado; (vi) al día siguiente, la señora Bustos Moreno presentaba una lesión en el frenillo lingual, que le generó una incapacidad médico legal de 12 días; y (vii) para ese mismo momento, VILLATE ZÁRATE presentaba lesiones superficiales en el cuello, que dieron lugar a una incapacidad médico legal de 4 días.

El debate se contrae a las circunstancias bajo las cuales se produjeron las referidas lesiones. La denunciante

asegura que prácticamente desde el inicio del vínculo matrimonial fue sometida a violencia física y psicológica por el procesado, de lo que es una muestra más lo sucedido la noche del 9 de julio de 2009, cuando su esposo la golpeó fuertemente en la cabeza y le introdujo los dedos en la boca con la intención de ahogarla, al tiempo que la escupía e insultaba, simplemente porque ella le pidió que firmara el referido poder. Por su parte, el procesado asegura que el vínculo matrimonial transcurrió normalmente hasta que Fanny Constanza tuvo el segundo embarazo, pues a partir de ese momento se volvió agresiva, lo que se vio reflejado en la referida fecha, cuando le propinó cachetadas y arañazos porque el no estuvo de acuerdo con los términos del poder, especialmente porque en el mismo se limitaba el contacto con sus hijas y lo supeditaba a la vigilancia de la madre, razón por la cual se vio obligado a asirla de los brazos. Ambos niegan haber agredido a su pareja.

El Estado tenía ante sí un caso complejo, pues ambas partes se atribuyen haber realizado actos de agresión injustificados y se endilgan mutuamente la generación de un contexto de violencia que se extendió durante varios años, con la consecuente afectación de la pareja y de las niñas que procrearon. Se tiene, además, que los dos esposos se denunciaron penalmente y promovieron procesos administrativos orientados a la protección de su integridad personal.

A pesar de la existencia de mutuas imputaciones sobre violencia sistemática, la Fiscalía centró su atención

en los hechos ocurridos el 9 de julio de 2009. Para sustentar su teoría del caso, presentó el testimonio de la víctima y de los familiares de esta, el respectivo dictamen médico legal, un video de lo sucedido instantes después del altercado, al tiempo que hizo alusión a los resultados de los procesos administrativos adelantados a raíz de estos hechos.

Por su parte, la defensa ofreció el testimonio del procesado, el dictamen médico legal que le fue practicado, las declaraciones de dos personas que prestaron servicios domésticos y de asistencia a las hijas de la pareja Villate Bustos y el testimonio de uno de los policiales que atendió el caso. Igualmente, trajo a colación los procesos administrativos promovidos a raíz de estos hechos.

Bajo estas condiciones, el debate se redujo a la credibilidad de los testimonios ofrecidos por las partes y al respaldo que los mismos encuentran en las otras pruebas practicadas durante el juicio oral.

El Juzgado concluyó que existe duda razonable sobre lo sucedido aquella noche, por lo que decidió absolver al procesado.

Por su parte, el Tribunal encontró bases suficientes para concluir que JAVIER VILLATE ZÁRATE fue agredido por su esposa la noche del 9 de julio de 2009, pero desestimó que este haya actuado en legítima defensa cuando la señora Bustos lo lesionó en el cuello, motivo por

el cual lo condenó por el delito de violencia intrafamiliar, agravado porque afectó a una mujer.

El censor sostiene que el Tribunal dejó de valorar varias pruebas relevantes para establecer la credibilidad de los testimonios de cargo. Por su parte, los no recurrentes hacen énfasis en que la materialidad del delito se demostró ampliamente y que el Tribunal valoró los testimonios y los documentos mencionados por el impugnante, solo que en un sentido diferente al pretendido por este. La delegada del Ministerio Público solicita que se acoja la jurisprudencia de la Corte Constitucional, orientada a que este tipo de casos se analicen en el contexto de la violencia de género.

Para resolver este asunto, la Sala delimitará las reglas aplicables al caso y, luego, se ocupará de la controversia propuesta por las partes e intervinientes.

6.2. Las reglas aplicables al caso

6.2.1. La importancia del contexto en los delitos de violencia intrafamiliar

La actuación judicial que debe adelantarse frente al delito previsto en el artículo 229 del Código Penal, implica auscultar las dinámicas propias de cada familia, a efectos de establecer la forma como se interrelacionan sus integrantes, lo que constituye el ineludible telón de fondo de los episodios de agresión. Esta premisa adquiere mayor relevancia en un escenario de transformación y ampliación de los modelos familiares, dado que, en la actualidad, se

reconocen y protegen las familias formadas por personas del mismo sexo y se acepta que estas “*células sociales*” pueden tener múltiples formas.

Aunque es una realidad inocultable que las mujeres han sido las víctimas más frecuentes de la violencia doméstica, lo que se inserta en una cultura machista acuñada a lo largo de los años, no puede perderse de vista que las relaciones de poder, las dinámicas de subyugación y el aprovechamiento de las condiciones de indefensión de algunos integrantes del núcleo familiar van mucho más allá de las típicas relaciones de poder entre hombres y mujeres, tal y como se reconoce y regula en el inciso segundo del artículo 229 del Código Penal, que será analizado en el próximo acápite.

Bajo este entendido, y como quiera que la Sala debe pronunciarse acerca de la violencia ejercida sobre una mujer, se hará énfasis en la importancia del contexto en la investigación y juzgamiento del delito de violencia intrafamiliar cuando el sujeto pasivo pertenece a ese grupo poblacional, pero debe asumirse que ese tipo de indagación es igualmente relevante cuando el sujeto pasivo es un niño, un anciano, una persona discapacitada e, incluso, en los casos donde el hombre es quien se encuentra en estado de indefensión. Este tema será retomado en el próximo numeral.

La Corte Constitucional se ha referido en múltiples oportunidades a la obligación de abordar con enfoque o

perspectiva de género los procesos judiciales atinentes o asociados a la violencia física, psicológica, económica o de cualquier otra índole, ejercida en contra de las mujeres¹ dentro o fuera del ámbito familiar. Ha resaltado que esta obligación debe superar el plano nominal o formal, pues su relevancia práctica depende de las acciones concretas que se realicen para cumplir el objetivo de erradicar todas las expresiones de violencia de género, que constituye el propósito central de varios tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por Colombia, entre ellos:

la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (1967); la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, en adelante CEDAW (1981)²; la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia en contra de la Mujer (1993) y; la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995). Todos estos emanados de diversas dependencias de la Organización de Naciones Unidas (ONU). En el marco del Sistema Interamericano, la Organización de Estados Americanos (OEA), en las Convenciones Americana sobre Derechos Humanos³ e Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, “Convención de Belém do Pará” (1995)⁴, también ha adoptado este tipo de medidas que buscan la protección integral de los derechos de la mujer y la eliminación de todo tipo de discriminación. Algunas de estas normas han sido incorporadas al bloque de constitucionalidad⁵.

La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) es uno de los

¹ Aunque es claro que este enfoque también puede predicarse frente a otros grupos sociales, tal y como se ha resaltado en la jurisprudencia relacionada en este apartado.

² Ratificada por Colombia mediante la Ley 51 de 1981.

³ Ratificada por Colombia mediante la Ley 16 de 1972.

⁴ Ratificada por Colombia mediante la Ley 248 de 1995.

⁵ Esta Corporación ha reconocido tal valor en las sentencias C-355 y C-667 de 2006 y sentencia T-878 de 2014. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

instrumentos internacionales más importantes en esta materia, pues es una norma que recoge las principales obligaciones que los Estados miembros de la ONU deben cumplir, evitando la reproducción de distintos tipos de discriminación en contra de la mujer. Es a partir de ahí que organizaciones y tribunales internacionales han establecido los estándares de protección de las mujeres en el ámbito público y privado.

De acuerdo con lo anterior, el artículo 1 de la Convención define discriminación en contra de la mujer como “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas políticas, económicas, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”⁶.

(...)

Por otra parte, la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia en contra de la Mujer, aprobada por las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1993, indicó que “todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada”⁷, constituyen actos de violencia en contra de las mujeres. Esa declaración, entonces, constituye una pauta de interpretación que llena de contenido, tanto las normas internas al tiempo que las internacionales pues reconoce, además, que la discriminación en contra de la mujer se trata de una verdadera vulneración de los derechos humanos.

⁶ Artículo 1.

⁷ Artículo 1.

En el mismo sentido, en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en Beijing (1995) se reconoció “que la eliminación de la violencia contra la mujer es esencial para la igualdad, el desarrollo y la paz y atribuye por primera vez responsabilidades a los Estados por dichos actos”⁸. Así, los Estados establecieron que la violencia efectuada con base en patrones de género tiene efectos físicos, sexuales, psicológicos, en la vida pública y privada. En consecuencia, esas prácticas constituyen la “manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, que han conducido a la dominación de la mujer por el hombre, la discriminación contra la mujer y la interposición de obstáculos contra su pleno desarrollo” (...) (T-012 de 2016, T-027 de 2017, T-514 de 2017, T-462 de 2018, entre muchas otras).

Como ineludible punto de partida, se tiene que históricamente las mujeres han sido víctimas de dominación, subordinación y discriminación, y que esa situación de desigualdad se manifiesta en las agresiones de las que suelen ser víctimas, lo que hace parte de un fenómeno de violencia estructural, que debe ser erradicado.

La Corte también se ha referido a las múltiples formas de violencia a que son sometidas las mujeres. A la par de las agresiones físicas, naturalmente reprochables, coexisten la violencia psicológica y económica, que suelen generar un daño tan grave como silencioso y que, por tanto, deben ser enfrentadas con determinación por el Estado. Al respecto se ha resaltado:

⁸ Sentencia T-878 de 2014. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

La violencia psicológica se ocasiona con acciones u omisiones dirigidas intencionalmente a producir en una persona sentimientos de desvalorización e inferioridad sobre sí misma, que le generan baja autoestima. Esta tipología no ataca la integridad física del individuo sino su integridad moral y psicológica, su autonomía y desarrollo personal, y se materializa a partir de constantes y sistemáticas conductas de intimidación, desprecio, chantaje, humillación, insultos y/o amenazas de todo tipo⁹.

*Al estudiar este tema, la Organización Mundial de la Salud presentó el Informe titulado “Estudio multipaís de la OMS sobre salud de la mujer y la violencia doméstica contra la mujer (2005)”¹⁰. De los resultados de las investigaciones se destacan las conclusiones referentes al **maltrato psíquico** infligido por la pareja a la mujer, pues se establece que el mismo es sistemático y en la mayoría de los casos es más devastador que la propia violencia física.*

Allí se identificaron los actos específicos, que para la OMS son constitutivos de dicho maltrato psicológico¹¹, así:

Cuando la mujer es insultada o se la hace sentir mal con ella misma;

cuando es humillada delante de los demás;

cuando es intimidada o asustada a propósito (por ejemplo, por una pareja que grita y tira cosas);

⁹ Según el artículo 3° de la Ley 2157 de 2008, el daño psicológico es el “proveniente de la acción u omisión destinada a degradar o controlar las acciones, comportamientos, creencias y decisiones de otras personas, por medio de intimidación, manipulación, amenaza, directa o indirecta, humillación, aislamiento o cualquier otra conducta que implique un perjuicio en la salud psicológica, la autodeterminación o el desarrollo personal.”

¹⁰ Dentro del cual se incluyen varias investigaciones realizadas en algunos países seleccionados como Brasil, Perú, Montenegro, República Unida de Tanzania y Japón, entre otros.

Fuente: http://www.who.int/gender/violence/who_multicountry_study/summary_report/chapter1/es/

¹¹ Según el informe: “En todos los países objeto del Estudio, entre el 20% y el 75% de las mujeres había experimentado, como mínimo, uno de estos actos, en su mayoría en los últimos 12 meses previos a la entrevista. **Los que más se mencionaron fueron los insultos, la humillación y la intimidación.** Las amenazas con daños físicos fueron menos frecuentes, aunque casi una de cada cuatro mujeres en los entornos provinciales de Brasil y Perú declaró que había sido amenazada. Entre las mujeres que informaron haber sido objeto de este tipo de violencia, al menos dos tercios había sufrido la experiencia en más de una ocasión.” Pág. 10.

cuando es amenazada con daños físicos (de forma directa o indirecta, mediante la amenaza de herir a alguien importante para ella).

(...)

*Como se evidencia, de las conductas descritas como constitutivas de violencia psicológica por la OMS, se pueden sintetizar las siguientes conclusiones sobre la **violencia psicológica**:*

Se trata de una realidad mucho más extensa y silenciosa, incluso, que la violencia física, y puede considerarse como un antecedente de ésta.

Se ejerce a partir de pautas sistemáticas, sutiles y, en algunas ocasiones, imperceptibles para terceros, que amenazan la madurez psicológica de una persona y su capacidad de autogestión y desarrollo personal.

Los patrones culturales e históricos que promueven una idea de superioridad del hombre (machismo – cultura patriarcal), hacen que la violencia psicológica sea invisibilizada y aceptada por las mujeres como algo “normal”.

Los indicadores de presencia de violencia psicológica en una víctima son: humillación, culpa, ira, ansiedad, depresión, aislamiento familiar y social, baja autoestima, pérdida de la concentración, alteraciones en el sueño, disfunción sexual, limitación para la toma de decisiones, entre otros.

La violencia psicológica a menudo se produce en el hogar o en espacios íntimos, por lo cual, en la mayoría de los casos no existen más pruebas que la declaración de la propia víctima.

De esta manera queda claro que la violencia psicológica contra la mujer, como una de las formas de violencia más sutil e invisibilizada, tiene fuertes implicaciones individuales y sociales que contribuyen a perpetuar la discriminación histórica contra las mujeres. Por tanto, es necesario darle mayor visibilidad a este fenómeno para que desde lo social, lo económico, lo jurídico y lo político, entre otros escenarios, se incentiven y promuevan nuevas

formas de relación entre hombres y mujeres, respetuosas por igual, de la dignidad de todos los seres humanos en su diferencia y diversidad (T-462 de 2018).

En el ámbito penal, el abordaje de los casos con un enfoque de género implica, entre otras cosas, la indagación por el contexto en el que ocurre un episodio de violencia en particular, toda vez que: (i) es posible que la agresión física haya estado precedida de violencia psicológica, económica o de cualquier otra índole, que también deba ser incluida en los cargos; (ii) permite establecer el nivel de afectación física o psicológica de la víctima; (iii) facilita la determinación de las medidas cautelares que deban tomarse, especialmente las orientadas a la protección de la víctima; (iv) brinda mayores elementos de juicio para analizar la credibilidad de las declaraciones y, en general, para valorar las pruebas practicadas durante el proceso; y (v) fraccionar la realidad, puede contribuir al clima de normalización o banalización de la violencia de género, lo que puede dar lugar a la perpetuación de estas prácticas violatorias de los derechos humanos.

Sumado a lo anterior, la determinación de los contextos que rodean los episodios de violencia resulta útil para: (i) establecer si otras personas han resultado afectadas con la acción violenta, como suele suceder con los niños que son expuestos a las agresiones perpetradas por sus padres; (ii) determinar el nivel de afectación del bien jurídico y, en general, la relevancia penal de la conducta; y (iii) finalmente, porque solo a partir de decisiones que correspondan a la realidad, en toda su

dimensión, es posible generar los cambios sociales necesarios para la erradicación del flagelo de violencia contra las mujeres, en general, y la violencia intrafamiliar, en particular.

En los casos de agresiones mutuas (*que es la hipótesis aceptada por el Tribunal en el presente caso*), la determinación del contexto resulta fundamental para establecer si la acción violenta de la mujer constituyó una reacción o mecanismo de defensa frente a las agresiones sistemáticas a que había sido sometida, o si, por el contrario, constituye un comportamiento injustificado, que incluso puede ser relevante desde la perspectiva penal, sin que pueda descartarse la coexistencia de conductas violentas atribuibles a los integrantes de la pareja, que eventualmente puedan conducir a la penalización de cada uno de ellos. Lo anterior a título simplemente enunciativo, porque es claro que, en la práctica, pueden presentarse situaciones diferentes, lo que implica que cada caso deba ser abordado según sus particularidades.

6.2.2. Las reglas orientadas a desarrollar la perspectiva de género y su articulación con la presunción de inocencia y otros derechos del procesado

En los fallos atrás relacionados, y en muchos otros, la Corte Constitucional se ha referido a las implicaciones prácticas de la aplicación de la perspectiva de género en la solución de los conflictos asociados a la violencia contra las mujeres. Así, por ejemplo, en la sentencia T-012 de 2016

estudió un proceso de divorcio donde se ventilaron agresiones mutuas, pero, finalmente, los juzgadores no tuvieron en cuenta la violencia generalizada a la que había sido sometida la cónyuge. En la sentencia T-027 de 2017 analizó la actuación concerniente a las medidas cautelares solicitadas por la demandante en contra de su compañero sentimental, y concluyó que las autoridades administrativas y judiciales sometieron el caso a estándares probatorios exagerados, lo que dio lugar a que pasaran por alto la evidencia de maltrato sistemático ejercido por el supuesto victimario. En un sentido semejante se pronunció en la sentencia T-462 de 2018, mencionada en precedencia.

En el ámbito penal, lo anterior debe armonizarse con los derechos y las garantías del procesado, muchos de ellos consagrados, igualmente, en tratados internacionales sobre derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos (Art. 8) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 14), entre los que cabe destacar la presunción de inocencia y las diferentes facetas del debido proceso. No sobre advertir que este aspecto también ha sido objeto de un copioso desarrollo por los Tribunales Internacionales, por la Corte Constitucional y por esta Corporación.

Así, resulta claro 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.

Este, sin duda, no es un postulado novedoso, pues sobre el mismo descansa, en buena medida, la exclusión de pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, prevista en el artículo 29 de la Constitución Política. El mismo ha sido reivindicado recientemente por esta Corporación, para concluir que la prevalencia de los derechos de los niños y los deberes de protección a cargo del Estado no pueden dar lugar a la violación de los derechos del procesado (CSJSP, 11 jul. 2018, Rad. 50637).

Quien comparece a la actuación penal en calidad de víctima, tiene derecho a que el Estado actúe con diligencia, según la distribución constitucional y legal de funciones, de tal manera que se adelante un **verdadero proceso**, orientado a esclarecer los hechos y, a partir de ello, a la toma de las decisiones que en derecho correspondan. En todo caso, no resulta suficiente la alusión formal o genérica a que la actuación se adelantará con perspectiva de género; lo fundamental es que ello se traduzca en acciones concretas, orientadas a los fines referidos en el acápite anterior.

Finalmente, debe resaltarse que ese tipo de desvíos en el cumplimiento de las obligaciones del Estado frente la erradicación de la violencia de género, suele dar lugar al desconocimiento de la investigación como mecanismo para

obtener la información y al juicio como escenario de concreción y depuración de las pruebas, con lo que los prejuicios y otros vicios del pensamiento pueden ganar terreno como soporte de la decisión judicial.

6.2.3. El sentido y alcance de la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el inciso segundo del artículo 229 del Código Penal

La norma en mención dispone que: *“la pena se aumentara de la mitad a las tres cuartas partes cuando la conducta recaiga sobre un menor, una mujer, una persona mayor de sesenta y cinco (65) años o que se encuentre en incapacidad de disminución física, sensorial y psicológica o quien se encuentre en estado de indefensión”*.

Para la solución del presente caso resulta imperioso establecer los presupuestos de la aplicación de esta circunstancia de agravación.

En la decisión CSJSP, 7 jun. 2017, Rad. 48047 la Sala analizó este mismo asunto. En esa oportunidad concluyó lo siguiente:

Ahora, dentro del principio de tipicidad estricta se tiene que la circunstancia de agravación punitiva establecida en el artículo 229 del Código Penal para el delito de violencia intrafamiliar, procede “cuando la conducta recaiga sobre un menor, una mujer, una persona mayor de sesenta y cinco (65) años o que se encuentre en incapacidad o disminución física, sensorial y psicológica o quien se encuentre en estado de indefensión”, es decir, no está dispuesta para asegurar la protección de la mujer cuando es maltratada por el

hecho de ser mujer, como sí fue expresamente establecido en el artículo 26 de la Ley 1257 de 2008 para agravar la sanción del homicidio y las lesiones personales, “11. Si se cometiere contra una mujer por el hecho de ser mujer”.

Entonces, la agravación para la violencia intrafamiliar no requiere que el maltrato a los niños sólo ocurra cuando se produjo por ser niños, a los ancianos por ser ancianos, a los incapacitados o disminuidos por su condición o a quien se encuentre en estado de indefensión por su circunstancia, pues por voluntad del legislador basta que recaiga sobre esos sujetos pasivos que reclaman protección reforzada, entre los cuales, como se advirtió, se encuentra la mujer.

En esa oportunidad se hizo énfasis en que la circunstancia de agravación objeto de análisis no incluye un elemento subjetivo especial semejante al consagrado para el delito de feminicidio (*se mata a la víctima por su condición de mujer o por motivos de su identidad de género*). Aunque ello es cierto, deben incluirse otros puntos de vista en el análisis, en orden a precisar si, como se concluyó en esa oportunidad, para la aplicación del incremento punitivo es suficiente con demostrar que la conducta recayó sobre una mujer, o si, por el contrario, debe acreditarse que los hechos ocurrieron en un contexto de subyugación o discriminación, que reproduzca la violencia estructural que históricamente ha afectado a las mujeres, e, incluso, si la conducta, aisladamente considerada, permite concluir que se inserta en la *“pauta cultural que gira en torno a la idea de inferioridad o sumisión de la mujer respecto del hombre”*.

6.2.3.1. Los antecedentes de la norma

En la exposición de motivos del proyecto que dio lugar a la Ley 882 de 2004, a través de la cual se adicionó la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el inciso segundo del artículo 229 del Código Penal¹², se hizo énfasis en que el incremento punitivo, cuando la conducta recae sobre una mujer, se justifica porque la violencia ejercida sobre estas 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*”.

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 –*se incrementó el número de eventos en los que la calidad del sujeto pasivo da lugar a la imposición de una pena mayor*–, está orientado a la protección de personas que, por diversas razones, se encuentran en circunstancias de mayor vulnerabilidad. Al efecto, 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 constituye una herramienta idónea para proteger el derecho a la

¹² En principio solo era procedente cuando el sujeto pasivo es menor de edad, y, a raíz de la reforma, se incluyeron los casos de mujeres, personas mayores de 65 años o “*quien se encuentre en estado de indefensión*”.

igualdad y hacer efectiva “la prohibición expresa de discriminarla”. 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 (...)¹³.

Para comprender mejor este asunto, debe resaltarse que en el proyecto inicial solo se adicionó el numeral segundo del artículo 229 en lo que atañe 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.

¹³ Exposición de motivos.

*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***¹⁴, 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, 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*¹⁵.

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*¹⁶.

¹⁴ Negrillas fuera del texto original

¹⁵ Ponencia primer debate Cámara de Representantes.

¹⁶ Ídem.

De lo anterior se extrae lo siguiente: (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 operadores 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, en los términos expuestos a lo largo de este proveído.

6.2.3.2. El estudio de constitucionalidad de la reforma

En la sentencia C-368 de 2014 la Corte Constitucional analizó la proporcionalidad de las penas previstas para el delito de violencia intrafamiliar. Al referirse a las circunstancias de mayor punibilidad previstas en el inciso segundo del artículo 229, explicó que las mismas se justifican para brindar protección a personas especialmente vulnerables, lo que se aviene a lo expuesto en la exposición de motivos y durante el debate al interior del Congreso de la República. Frente a las razones que justifican la mayor sanción cuando el sujeto pasivo de la violencia es una mujer, expuso:

*En relación con las **mujeres** el artículo 13 prohíbe cualquier forma de discriminación por razón del género al tiempo que*

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

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

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 1º, párrafo primero establece el compromiso de los Estados a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos sexo. A ello cabe añadir que de acuerdo con el artículo 7 de la Convención Belem do Pará, inspirada en la preocupación porque “la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres”, consagró que:

“[l]os Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir,

sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:

(...)

b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;

c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso;

d. adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad;

e. tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer;”

En la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2001/49: La eliminación de la violencia contra la mujer. Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2002/54: La eliminación de la violencia contra la mujer; Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2003/45: La eliminación de la violencia contra la mujer, la Comisión señaló que:

“La violencia física, sexual y psicológica que tiene lugar en la familia y que abarca, sin limitarse a estos actos, las palizas, los abusos sexuales de mujeres y niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación marital, el infanticidio de niñas, la mutilación genital femenina, los delitos cometidos contra la mujer por cuestiones de honor, los delitos pasionales, las prácticas tradicionales nocivas para la mujer, el incesto, los matrimonios precoces y forzados, la

violencia no conyugal y la violencia relacionada con la explotación sexual comercial y la explotación económica”.

En relación con el deber estatal de investigar y sancionar las distintas formas de violencia contra la mujer en el ámbito doméstico, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso González y otras ("campo algodnero") vs. México, sentencia de 16 de noviembre de 2009, indicó:

“258. De todo lo anterior, se desprende que los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres. En particular, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer. Asimismo, los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia. Todo esto debe tomar en cuenta que en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará.”

Y luego añadió:

“287. De la obligación general de garantía de los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal deriva la obligación de investigar los casos de violaciones de esos derechos; es decir, del artículo 1.1 de la Convención en conjunto con el derecho sustantivo que debe ser amparado, protegido o

garantizado¹⁷[297]. Asimismo, México debe observar lo dispuesto en el artículo 7.b y 7.c de la Convención Belém do Pará, que obliga a actuar con la debida diligencia¹⁸[298] y a adoptar la normativa necesaria para investigar y sancionar la violencia contra la mujer.

288. En su sentencia de fondo emitida en el caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, la Corte estableció que, conforme al deber de garantía:

[e]l Estado está [...] obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención¹⁹”.

De igual forma, en el caso *Fernández Ortega y otros Vs. México. Excepción Preliminar, Sentencia de 30 de agosto de 2010*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos enfatizó:

“193. En casos de violencia contra la mujer las obligaciones generales establecidas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana se complementan y refuerzan, para aquellos Estados que son Parte, con las obligaciones derivadas del tratado interamericano específico, la Convención de Belém do Pará. En su artículo 7.b dicha Convención obliga de manera específica a los Estados Partes a utilizar la debida diligencia

¹⁷ Cfr. *Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*, supra nota 261, párr. 142; *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 115, y *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*, supra nota 22, párr. 298.

¹⁸ Cfr. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*, supra nota 248, párr. 344.

¹⁹ *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Fondo*, supra nota 257, para. 176, y *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras*, supra nota 190, párr. 76.

para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. De tal modo, ante un acto de violencia contra la mujer, resulta particularmente importante que las autoridades a cargo de la investigación la lleven adelante con determinación y eficacia, teniendo en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y las obligaciones del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección”.

6.2.3.3. La igualdad y la consecuente prohibición de discriminación por razón del sexo o por la identidad de género, como un bien jurídico adicional en los delitos de feminicidio y de violencia intrafamiliar

Según se acaba de indicar, la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el inciso segundo del artículo 229 del Código Penal, en lo que concierne a la mujer como sujeto pasivo de la violencia doméstica, está orientada a garantizar la igualdad, a combatir la discriminación en razón del sexo y a erradicar la violencia ejercida contra este sector de la población.

En la misma línea, en la Ley 1761 de 2015 se creó el delito de feminicidio (*Art. 104 A del Código Penal*). En la sentencia C-297 de 2016 la Corte Constitucional analizó los elementos estructurales de este delito, al conocer la demanda presentada en contra del literal e del artículo 2° de la ley en mención. En esa oportunidad, el alto tribunal estableció parámetros importantes para comprender el sentido y alcance de esta disposición, que pueden resultar útiles para dilucidar los presupuestos de la circunstancia

de agravación prevista en el inciso segundo del artículo 229 ídem. Por su importancia para el asunto que ocupa la atención de la Sala, cabe resaltar los siguientes: (i) además de la protección de la vida, con la consagración de este delito se pretende salvaguardar la igualdad y hacer efectiva la prohibición de discriminación; (ii) no todo acto de agresión en contra de una mujer puede catalogarse como violencia de género; y (iii) en estos casos, la investigación del contexto en el que ocurre la conducta resulta determinante para establecer si el sujeto atacó a su víctima por el hecho de ser mujer. Al efecto precisó que

El objeto material del delito en sentido estricto se trata de la vida de la mujer o la persona identificada como mujer. Como lo señala la exposición de motivos de la ley, este es un tipo pluriofensivo que busca proteger diversos bienes jurídicos, a saber: la vida, la integridad personal, la dignidad humana, la igualdad, la no discriminación y el libre desarrollo de la personalidad.

La conducta corresponde a dar muerte a una mujer por el hecho de serlo, por lo tanto el verbo rector es matar a una mujer. No obstante, como lo advierte la exposición de motivos de la ley, este delito se diferencia del homicidio en el elemento subjetivo del tipo. Es decir, la conducta debe necesariamente estar motivada “por su condición de ser mujer o por motivos de su identidad de género”, móvil que hace parte del tipo (dolo calificado). A su vez, el tipo penal describe algunos elementos concurrentes o que han antecedido a la muerte de la mujer como circunstancias que permiten inferir la existencia del móvil. En el caso particular del inciso acusado, se trata de la existencia de “antecedentes o indicios de cualquier tipo de violencia o amenaza en el ámbito doméstico, familiar, laboral o escolar por parte del sujeto activo en contra de la víctima o de violencia de género cometida por el

autor contra la víctima, independientemente de que el hecho haya sido denunciado o no”.

[l]a finalidad de la tipificación del feminicidio como delito responde a la protección, mediante el derecho penal, de diversos bienes jurídicos más allá de la vida de la mujer. Esto constituye una respuesta a condiciones de discriminación estructurales que hacen de su homicidio una consecuencia de patrones de desigualdad imbuidos en la sociedad. Dichos patrones se manifiestan en diversas formas de violencia, que pueden tener un carácter sistemático o no. Esta violencia se evidencia tanto en elementos de periodicidad como en tratos que suponen una visión de roles de género estereotipados o arraigados en la cultura que posicionan a la mujer como un objeto o una propiedad desechable con ciertas funciones que se ven inferiores a las del hombre. La realidad indica que las condiciones de discriminación que sufren las mujeres no siempre son abiertas, explícitas, y directas, no porque no estén presentes, sino porque hacen parte de dinámicas culturales que se han normalizado. Así, su identificación no es evidente, pues permea todos los niveles sociales, incluso los de la administración de la justicia. Un factor que devela esta realidad corresponde a los altos niveles de impunidad de la violencia contra las mujeres en todas sus formas, que comienza por la incapacidad del Estado de reconocerla y la falta de herramientas para investigarla y reaccionar de forma acorde para garantizar los derechos de las mujeres.

De este modo, el feminicidio busca visibilizar unas circunstancias de desigualdad donde el ejercicio de poder en contra de las mujeres culmina con su muerte, generalmente tras una violencia exacerbada, porque su vida tiene un lugar y valor social de última categoría. Por tanto, el elemento central del hecho punible, independientemente de cómo haya sido tipificado, responde al elemento subjetivo del tipo, que reconoce unas condiciones culturales discriminatorias como la motivación de su asesinato.

*En este orden de ideas, la intención de dar muerte por motivos de género, al descubrir patrones de desigualdad intrincados en la sociedad y tener el potencial de tomar tantas formas resulta **extremadamente difícil de probar bajo esquemas tradicionales que replican las desigualdades de poder. Por lo tanto, la garantía del acceso a la justicia para las mujeres supone un cambio estructural del derecho penal que integre una perspectiva de género tanto en los tipos penales que lo componen como en su investigación y sanción.** Lo anterior, se concreta, entre otros, en una flexibilización del acercamiento a la prueba en el feminicidio que permita que el contexto conduzca a evidenciar el móvil. Esto no implica que la valoración del hecho punible como tal abandone los presupuestos del derecho penal, el debido proceso o el principio de legalidad, **pero sí que su apreciación tenga la posibilidad de reconocer las diferencias de poder que generan una discriminación sistemática para las mujeres que desencadena una violencia exacerbada y cobra sus vidas en la impunidad.** Lo contrario supondría que el feminicidio constituya un tipo penal simbólico desprovisto de eficacia, lo cual convertiría los bienes jurídicos que tutela en una protección de papel.*

(...)

[n]o toda violencia contra una mujer es violencia de género y aun cuando se trate de violencia de género no todas las acciones previas a un hecho generan una cadena o círculo de violencia que cree un patrón de discriminación que pueda demostrar la intención de matar por razones de género. Por ejemplo, el homicidio de una mujer después de un altercado sobre límites de propiedad de vecinos, no necesariamente evidencia un elemento de discriminación en razón del género que pueda configurar un trato bajo patrones de desigualdad y estereotipos de género,

pero sí constituye un antecedente de violencia. De la misma forma, el homicidio de una mujer después de abusos sexuales, mutilaciones y tratos crueles y degradantes sí constituyen un antecedente claro que evidencia un móvil de matar en razón del género.

Para los fines de esta decisión, debe resaltarse el énfasis que hace la Corte Constitucional en la importancia de la determinación del contexto en el que ocurre la conducta, como presupuesto ineludible para precisar si se trata o no de violencia de género. De hecho, se hace hincapié en que el contenido del literal e del artículo 2° de la Ley 1761 de 2015 apunta a ese propósito, en cuanto consagra aspectos contextuales que pueden resultar útiles para inferir el dolo específico consagrado en esta norma y que, precisamente, permite diferenciar el feminicidio del homicidio previsto en los artículos 103 y siguientes del Código Penal.

El hecho de que la mayor sanción prevista para el feminicidio –si se le compara con la reglamentación del homicidio– no opere automáticamente por la simple constatación de que la víctima sea una mujer, es relevante desde diferentes puntos de vista. Desde la perspectiva del sujeto activo, implica que la mayor penalización se justifica por la necesidad de proteger, además de la vida, la igualdad y la consecuente prohibición de discriminación, lo que, en buena medida, explica la proporcionalidad de la respuesta punitiva. A la luz de los derechos de la víctima, cabe destacar el esclarecimiento de la verdad, la justa retribución, la reparación de los perjuicios y la garantía de

no repetición, para lo que resulta determinante establecer los motivos de la agresión, puntualmente, si la misma es expresión de la violencia estructural que históricamente ha sido ejercida sobre las mujeres. Y, finalmente, el interés de la sociedad en que el flagelo de la violencia de género –en este caso la ejercida sobre las mujeres- se visibilice, pues ello constituye el punto de partida para las transformaciones orientadas a la igualdad material. Por las razones expuestas en los párrafos anteriores, estas conclusiones le son aplicables a la circunstancia de agravación prevista en el inciso segundo del artículo 229 del Código Penal.

6.2.3.4. Los presupuestos para que opere la circunstancia de agravación prevista en el inciso segundo del artículo 229 del Código Penal

Se trata de un tema controversial, que debe analizarse con cuidado, en orden a mantener un punto de equilibrio entre los intereses en juego. Para ilustrar mejor esta problemática, resulta pertinente traer a colación la forma como ha sido abordada recientemente en el derecho español, dada la similitud de estas dos legislaciones, toda vez que, al igual que en Colombia, allí se optó por regular el tipo básico de violencia e incluir una circunstancia de mayor punibilidad cuando la conducta recae sobre una mujer²⁰.

²⁰ La similitud en la forma de regulación contrasta con las notorias diferencias en el ámbito punitivo, pues la pena para el delito base es de tres meses a un año, y para el delito agravado lo es de seis meses a un año, sin perjuicio de otras penas accesorias.

En la decisión STS 4353 del 28 de noviembre de 2018 el Tribunal Supremo de ese país analizó el caso de una pareja que se agredió recíprocamente, dando lugar a “*lesiones menores*”. El debate se centró en si se trataba de una falta de lesiones (*que no podía ser judicializado por la ausencia de denuncia*), o de un caso de violencia doméstica. Además, si era procedente aplicar la circunstancia de mayor punibilidad por haber recaído la conducta –*del hombre*- sobre una mujer. Finalmente, el Tribunal decidió imponer la pena de seis meses de prisión –*y otras accesorias*-, tras considerar que el acto de agresión física encaja en el delito de violencia doméstica, independientemente de que los integrantes de la pareja hayan decidido participar en la confrontación. Sobre la circunstancia de agravación, concluyó que es suficiente con demostrar que la violencia doméstica recayó sobre una mujer, aunque resaltó que el procesado puede probar que no se trató de violencia de género. En esencia, hizo énfasis en que de la exposición de motivos de dicha reforma legislativa, centrada en la violencia de género, no puede extraerse un elemento del tipo penal –*el actuar con una determinada intención*- que no fue incluido finalmente en el texto legal, sin que pueda perderse de vista que el mayor desvalor de la conducta se explica en el acto de agresión del hombre hacia la mujer y el significado que ello tiene en un ámbito social caracterizado por esas formas de violencia y de discriminación.

La decisión no fue unánime. Cuatro integrantes del Tribunal expresaron su “*voto particular*”, por considerar que para la imposición de la circunstancia de agravación

punitiva es imperioso demostrar que la agresión tuvo lugar en un contexto de dominación del hombre hacia la mujer, que pueda insertarse en la pauta cultural de machismo y violencia estructural ejercida en contra de este grupo poblacional. Al efecto, hicieron hincapié en los precedentes judiciales donde se concluyó que (i) la circunstancia de agravación está orientada a erradicar la violencia de género, entendida como “*manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres*”; y (ii) no todo acto de violencia contra la mujer puede ser catalogado como violencia de género, en la medida en que no siempre corresponden a esa pauta cultural. Asimismo, señalaron que

[e]l artículo 153.1 se refiere solamente a la violencia de género. Existirá violencia de género cuando la agresión (la violencia) tenga lugar en el marco de las relaciones de pareja, actuales o ya finalizadas, y cuando se produzca dentro de una pauta cultural, que puede identificarse como un contexto de dominación, en el que se atribuyen a la mujer unos roles personales y sociales que la sitúan en una posición de inferioridad y subordinación respecto de su pareja o expareja masculina, que con su actitud y forma de comportarse la cosifica tratándola como un objeto de su propiedad, incapaz como ser humano de adoptar decisiones libres que deban ser respetadas.

Este contexto de dominación tiene carácter objetivo y se manifiesta o resulta de las características de la acción y de las circunstancias que la rodean, y no de la intención del autor, aunque esta pueda ser relevante para la valoración de aquellas.

El delito no requiere un dolo específico, bastando que el sujeto activo conozca el significado de su conducta y que, con ese conocimiento,

decida ejecutarla. La concurrencia del contexto de dominación, es decir, de las características y circunstancias de la conducta que provoquen la colocación de la mujer en aquella inadmisibles posición de inferioridad y de su subordinación a su pareja o expareja masculina, no puede presumirse en contra del reo. Debe ser acreditado por las pruebas de cargo, aportadas por la acusación, y debe figurar de forma expresa en los hechos probados en la sentencia condenatoria.

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 1º*), 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 mujeres²¹; (iii) este incremento punitivo se justifica en la medida en que se verifique que el sujeto activo realizó la conducta en un contexto de discriminación, dominación o subyugación de la mujer, independientemente de la finalidad con la que haya actuado; (iv) de esta forma, se garantiza que el daño inherente a una pena mayor esté justificado por la

²¹ 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.

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.

6.2.4. El enfoque de género en la delimitación de la hipótesis factual por parte de la Fiscalía

Sobre el rol de la Fiscalía en el sistema de enjuiciamiento criminal regulado en la Ley 906 de 2004 la Sala ha precisado que: (i) la Constitución Política le asignó la función de investigar los hechos que revistan las características de un delito y acusar, cuando haya mérito para ello, a los presuntos responsables; (ii) para tales efectos, el ordenamiento jurídico le otorga amplias facultades investigativas orientadas a desarrollar el programa metodológico, independientemente de que las mismas deban ser objeto de control previo y/o posterior por parte de los jueces; (iii) bajo el concepto de “*discrecionalidad reglada*”, el ente investigador puede decidir autónomamente sobre la formulación de imputación y la procedencia de la acusación, sin que los jueces puedan ejercer control material sobre esas actuaciones, sin perjuicio de las labores de dirección de la audiencia, orientadas a que la formulación de cargos se haga conforme los lineamientos formales previstos en la ley; (iv) para tales efectos, la Fiscalía debe estructurar la respectiva

hipótesis de hechos jurídicamente relevantes y verificar que la misma encuentra respaldo suficiente en las evidencias recopiladas, según los estándares establecidos por el legislador; (v) esa hipótesis debe ser presentada de manera sucinta y clara en las audiencias reguladas en los artículos 286 y siguientes y 338 y siguientes de la Ley 906 de 2004, sin que le sea dable entremezclarla con los contenidos de las evidencias ni con otra información impertinente para esas fases de la actuación; y (vi) esta autonomía, asociada a la ausencia de controles materiales, se traduce en una mayor responsabilidad en el ejercicio de las funciones asignadas a los fiscales, pues de las mismas depende, en buena medida, la eficacia de la administración de justicia, toda vez que el contenido de la imputación y la acusación determinan el tema de prueba y, en virtud del principio de congruencia, limita la posibilidad decisional del juez (*CSJSP, 23 nov. 2017, Rad. 45899; CSJSP, 5 jun. 2019, Rad. 51007; entre muchas otras*).

Según lo indicado en el numeral 6.2.1, en los casos de violencia intrafamiliar, como una de las expresiones de la violencia de género, es determinante el contexto en el que ocurren los actos de agresión, no solo porque ello facilita el entendimiento del caso y la valoración de las pruebas, sino además porque la existencia de escenarios sistemáticos de violencia y discriminación pueden hacer parte de los hechos jurídicamente relevantes, toda vez que: (i) en sí mismos, pueden ser subsumidos en la norma que penaliza la violencia ejercida contra las integrantes de la Familia y dispone la agravación de la pena cuando la misma recae

sobre una mujer o sobre otras personas que deben ser objeto de especial protección (*niños, ancianos, etcétera*), como cuando constituyen violencia física, psicológica u otras formas de agresión; (ii) esos ámbitos de dominación y discriminación deben ser visibilizados, como presupuesto de su erradicación, que es, precisamente, uno de los objetivos principales de la penalización de la violencia de género y, puntualmente, de la ocurrida en el seno de la familia; (iii) desestimar el contexto en el que ocurre la violencia de género y analizar aisladamente las agresiones puede dar lugar a su banalización, punto de partida para que este flagelo sea perpetuado, lo que, desde esta perspectiva, vacía de contenido las normas penales orientadas a sancionar este tipo de atentados contra los derechos humanos; y (iv) ese contexto hace parte de las circunstancias que rodean el delito, cuya relevancia jurídica puede ser más notoria cuando encajan en alguno de los presupuestos previstos en los artículos 54 a 58 del Código Penal, sin perjuicio de que puedan ser subsumidas en cualquiera de las normas de la parte especial de esa codificación, independientemente de que resulten favorables o no al procesado.

La Sala debe aclarar que el incumplimiento de este deber no se traduce automáticamente en la imposibilidad de emitir una condena, pues es posible que una determinada conducta, considerada aisladamente, pueda ser subsumida en el artículo 229 del Código Penal. Lo que se quiere resaltar es que el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado en virtud de los

tratados internacionales y demás instrumentos relacionados en precedencia, implica la verificación de los contextos en los que ocurren ese tipo de agresiones, no solo para establecer su verdadera gravedad, sino, además, para facilitar el acopio de pruebas suficientes para que se tomen las decisiones en el ámbito penal, bajo el entendido de que, precisamente, las dificultades para obtener la información sobre los hechos ocurridos en la intimidad de la familia constituye uno de los principales obstáculos para combatir el referido flagelo. Lo anterior, sin perjuicio de que los datos obtenidos puedan resultar favorables al procesado, lo que bajo ninguna circunstancia se contrapone a la idea de una justicia pronta y eficaz.

La investigación del contexto puede resultar determinante para establecer la relevancia jurídico penal de cierto tipo de agresiones, que pueden no tenerla si los hechos se analizan aisladamente²², pero pueden ser de la mayor gravedad cuando corresponden a patrones sistemáticos de agresión, lo que adquiere mucha más relevancia en los casos de violencia psicológica o económica, pues no se discute que el herimiento físico, causado con dolo a otro integrante del núcleo familiar, encaja en el delito previsto en el artículo 229 del Código Penal, sin perjuicio de que puedan demostrarse circunstancias de atenuación punitiva e, incluso, eximentes de responsabilidad. Sin embargo, incluso en estos casos es importante establecer el contexto en el que ocurrieron los hechos, para decidir sobre la circunstancia de agravación

²² Sin perjuicio de que el hecho individualmente considerado, por su gravedad, constituya violencia intrafamiliar.

prevista en el inciso segundo de la norma en mención y, en general, para establecer la gravedad de la conducta, lo que debe tenerse en cuenta, entre otras cosas, para la determinación de la pena.

6.2.5. La recolección y presentación de pruebas suficientes para sustentar la hipótesis factual incluida en la acusación

A la par de la importancia de delimitar correctamente la hipótesis factual, la Fiscalía tiene el deber de presentar pruebas suficientes para soportar la pretensión de condena, para lo que resulta determinante, entre otros, el concepto de mejor evidencia (*CSJ AP, 08 nov. 2017, Rad. 51410, entre otros*).

Además de lo expuesto sobre la importancia de la inclusión del contexto en la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes, debe considerarse que la demostración del mismo puede cumplir la función de hacer “*más probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias*”, lo que constituye uno de los factores de pertinencia previstos en el artículo 375 de la Ley 906 de 2004. Sin perjuicio de la obligación de considerar las particularidades de cada caso, en principio puede afirmarse que la existencia de un contexto sistemático de violencia sobre una mujer hace más probable la real ocurrencia de una agresión en particular.

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.

6.2.6. La impugnación de la credibilidad de los testigos de cargo y de descargo

La prueba testimonial sigue siendo determinante para la solución de los casos penales, bien porque el declarante haga alusión directa a los hechos jurídicamente relevantes, porque se refiera a un dato a partir del cual (*aisladamente o en conjunto con otros*) pueda inferirse un aspecto que encaje en la respectiva norma penal, o porque resulte útil para la autenticación de un documento o una evidencia física, etcétera.

Así, resulta elemental que un testigo que se mantenga fiel a la verdad realiza la mejor contribución para que la administración de justicia funcione adecuadamente, y uno que se aparte de ella puede causarle daños incalculables.

Bajo ese presupuesto, la Sala ha hecho hincapié en la importancia del sistema de impugnación de la credibilidad de los testigos y se ha referido puntualmente a las reglas que gobiernan esta actividad. Al respecto ha señalado que: (i) es una de las principales expresiones del derecho a la

confrontación; (ii) para tales efectos, en el contrainterrogatorio se le otorgan prerrogativas a la parte, entre las que se destacan la posibilidad de hacer preguntas sugestivas; (iii) con ese propósito, se pueden utilizar declaraciones rendidas por el testigo antes del juicio oral, siempre y cuando se establezcan los presupuestos para que su uso sea legítimo; y (iv) agotados los trámites legales, es posible la presentación de prueba de refutación. Frente a esto último ha resaltado que:

[e]stas herramientas deben utilizarse razonablemente, en orden a materializar la referida garantía con el menor uso posible de declaraciones anteriores u otro tipo de información que no haya sido decretada como prueba, precisamente para evitar la desestructuración del modelo procesal. Por tanto, se ha dicho que antes de introducir el contenido de declaraciones anteriores al juicio oral, se le debe dar la oportunidad al testigo de aceptar las contradicciones o las omisiones en sus relatos, pues, si las reconoce, ya no tendría sentido hacer dicha incorporación ni, por ende, asumir las dilaciones y los riesgos que la misma implica - entre ellos, que el juez acceda a información por fuera de las reglas del debido proceso- (ídem).

Igualmente, en el ámbito de la impugnación de la credibilidad de los testigos, ha precisado que la utilización de pruebas de refutación constituye una herramienta adicional, que opera excepcionalmente cuando el testigo, en el contrainterrogatorio, persiste en un dato que el interrogador considera mendaz, y la parte cuenta con evidencia relacionada directamente con el aspecto objeto de impugnación. Por ejemplo, si el testigo asegura que pudo presenciar los hechos y la parte pretende demostrar que para esa fecha estaba en una ciudad diferente, debe hacer uso del contrainterrogatorio, pues si el mismo es suficiente para

acreditar ese aspecto, se hace innecesaria la introducción de “evidencia externa” acerca del mismo (CSJSP, 5 jun. 2019, Rad. 55337).

Por su importancia para la solución del presente asunto, deben resaltarse otros aspectos de la impugnación de la credibilidad de los testigos: (i) por el carácter adversativo del sistema de enjuiciamiento criminal, esa labor le está confiada a las partes, máxime si se tienen en cuenta los límites legales que tienen los jueces en materia de iniciativa probatoria; (ii) las pruebas atinentes a la credibilidad de los testigos pueden ser objeto de los errores de hecho y de derecho susceptibles de ser corregidos en el ámbito el recurso extraordinario de casación (CSJSP, 25 oct 2017, Rad. 44819); (iii) la credibilidad de los testigos es un tema pertinente en el conainterrogatorio, independientemente de que la misma haya sido abordada en el interrogatorio directo, simple y llanamente porque las posibilidades de impugnación no pueden depender de la parte que solicitó la prueba; y (iv) el artículo 403 de la Ley 906 de 2004 consagra diversas facetas de la impugnación de la credibilidad, entre los que cabe resaltar el “*carácter o patrón de conducta del testigo en cuanto a la mendacidad*”. Frente a este último tema, se ha resaltado lo siguiente:

La Sala ha abordado en múltiples oportunidades el derecho a la confrontación como una de las principales expresiones del debido proceso, consagrado en tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por Colombia (Convención Americana de Derechos Humanos y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), así como en las normas rectoras de la Ley 906 de 2004 y las reglas específicas sobre prueba testimonial (CSJ AP 5785, 30 Sep. 2015, Rad. 46153, entre otras).

También ha resaltado que el derecho a la impugnación de los testigos es una de las principales expresiones de dicho derecho (ídem).

Sin embargo, como suele suceder, ese derecho no es absoluto, como quiera que también deben considerarse, entre otras cosas, los derechos del testigo, que comparece al proceso para cumplir su deber de colaborar con la administración de justicia.

En todo caso, el proceso penal no se puede convertir en un escenario para cuestionar cualquier aspecto de la personalidad del testigo, sus gustos, preferencias, etcétera, más allá de lo estrictamente necesario para permitirle a la defensa (o, en su caso, a la Fiscalía) impugnar su credibilidad.

En la Ley 906 de 2004, el legislador reguló esa temática de la siguiente manera:

Artículo 403. Impugnación de la credibilidad del testigo. La impugnación tiene como única finalidad cuestionar ante el juez la credibilidad del testimonio, con relación a los siguientes aspectos:

- 1. Naturaleza inverosímil o increíble del testimonio.*
- 2. Capacidad del testigo para percibir, recordar o comunicar cualquier asunto sobre la declaración.*
- 3. Existencia de cualquier tipo de prejuicio, interés u otro motivo de parcialidad por parte del testigo.*
- 4. Manifestaciones anteriores del testigo, incluidas aquellas hechas a terceros, o en entrevistas, exposiciones, declaraciones juradas o interrogatorios en audiencia ante el juez de control de garantías.*
- 5. Carácter o patrón de conducta del testigo **en cuanto a la mendacidad**²³.*

²³ Negrillas fuera del texto original.

6. *Contradicciones en el contenido de las declaraciones.*

Es evidente la intención del legislador de permitir cuestionar el carácter o patrón de conducta del testigo, sólo en lo atinente a su mendacidad, precisamente porque el juicio no puede convertirse en un escenario para cuestionar los gustos, las tendencias u otros aspectos de la personalidad del declarante.

El tema ha sido regulado de forma semejante en el derecho comparado. Al efecto, resultan ilustrativas las aclaraciones hechas por un sector de la doctrina internacional sobre el sentido y alcance del artículo 609 A de las Reglas de Evidencia de Puerto Rico (equivalente al artículo 403 de la Ley 906 de 2004), en cuanto se precisa que

El apartado (A) (1) establece una regla de exclusión de evidencia de carácter del testigo, para fines de impugnar o sostener su credibilidad, que no sea carácter de persona veraz o mendaz. Todo otro rasgo de carácter queda excluido, por más que se trate de un rasgo de carácter que denote o sugiera que se trata de una mala persona. No es permisible, para impugnar credibilidad de un testigo, que es persona violenta, mala, cruel, irrespetuosa y cuanto otro vicio pueda señalarse. Igualmente, para sostener o rehabilitar la credibilidad de un testigo sólo se permite evidencia de que es una persona veraz; no se permite evidencia de otros rasgos virtuosos del testigo²⁴. (CSJAP, 8 feb. 2017, Rad. 49405, entre otras).

No se discute la importancia de la impugnación de los testigos de cargo, pues, según se indicó, constituye una de las expresiones más importantes de la confrontación, erigida como garantía judicial mínima en la Convención Americana de Derechos Humanos (Art. 8) y el Pacto

²⁴ Chiesa, Luis. Reglas de Evidencia de Puerto Rico. San Juan: Luiggi Abraham Ed., 2009.

Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 14), sin perjuicio de su desarrollo en las normas rectoras de la Ley 906 de 2004 (artículos 8 y 16) y en la reglamentación del interrogatorio cruzado.

Por su importancia para el caso, debe resaltarse que la impugnación de la credibilidad de los testigos puede tener variaciones en virtud de la aplicación de la perspectiva de género, entre ellas: (i) además de las reglas generales sobre el “*carácter o patrón de conducta del testigo en cuanto a su mendacidad*”, debe considerarse la prohibición expresa de aludir a temas que puedan afectar la intimidad e integridad de la víctima (T-453 de 2005, T-458 de 2007, entre otras), lo que se aviene a lo expuesto en el artículo 38 de la Ley 1146 de 2011 acerca de las inferencias sobre la “*credibilidad y honorabilidad de la víctima*”²⁵; (iii) en el mismo sentido y por las mismas razones, deben tenerse presente los límites que establece esta disposición sobre la inferencia del consentimiento en casos de delitos sexuales²⁶, lo que, naturalmente, incide el contenido del contrainterrogatorio y, en general, el sistema de impugnación; y (iv) cuando resulte necesario proteger a la víctima, el juez puede limitar la publicidad del procedimiento, bajo los presupuestos del artículo 149 de la Ley 906 de 2004.

²⁵ Art. 38, numeral 4º: “la credibilidad, honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo”.

²⁶ “El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre”.

Bajo la misma lógica, la Fiscalía tiene la carga de realizar las labores investigativas y tomar las medidas procesales pertinentes para la impugnación de los testigos de la defensa. Esta obligación aplica para todos los casos penales, pero adquiere una dimensión especial cuando puede establecerse razonablemente que, en casos de violencia de género, los declarantes podrían distorsionar la verdad, bien porque se trate de ocultar agresiones puntuales o sistemáticas, o se pretenda presentar a la víctima como victimaria, sin ser ello cierto, lo que podría dar lugar a la victimización secundaria en el ámbito judicial, que puede tener profundas repercusiones en el proceso de abolición de dicho fenómeno. Lo anterior, claro está, sin que se pierda la objetividad en el manejo del caso (Art. 115 de la Ley 906 de 2004), porque si se establece que quien comparece en calidad de víctima está mintiendo, ello no puede ocultarse bajo ninguna circunstancia.

6.2.7. Las decisiones tomadas por otros funcionarios, en trámites diferentes, frente a los hechos objeto de juzgamiento

Sobre el particular, la Sala ha resaltado lo siguiente:

Es común que frente a unos mismos hechos el Estado intervenga a través de diferentes entidades. Por ejemplo, si una persona fallece a raíz de las lesiones sufridas en un percance automovilístico, las autoridades de tránsito realizan el proceso administrativo, es posible que se presente una demanda ante la jurisdicción civil y, además, debe adelantarse la respectiva actuación penal.

Por regla general, la manera como otros funcionarios hayan resuelto los asuntos sometidos a su competencia, atinentes a los mismos hechos ventilados en el proceso penal, no constituye tema de prueba en este escenario, simple y llanamente porque el juez debe resolver con independencia y autonomía sobre la procedencia de la sanción (CSJ SP 3864, 15 marzo 2017, Rad. 46788). Lo mismo puede predicarse de los alegatos que las partes o intervinientes presenten en esos escenarios (AP 5785, 30 Sep. 2015, Rad. 46153).

Lo anterior sin perjuicio de que las pruebas que sirvieron de fundamento a las decisiones tomadas en otros trámites puedan ser llevadas al proceso penal, siempre y cuando se respete el debido proceso (ídem).

Si las partes pretenden que ese tipo de decisiones se lleven como medio de prueba al proceso penal, deben explicar su pertinencia, lo que implica precisar si las mismas tienen una relación directa con el hecho jurídicamente relevante, o si son pertinentes en cuanto sirven de soporte a un dato o “hecho indicador” del aspecto factual que puede subsumirse en la respectiva norma penal.

En el mismo sentido, si el juzgador opta por fundamentar la sentencia en las decisiones tomadas por otros funcionarios frente a los mismos hechos, debe explicar la conexión de las mismas con la premisa fáctica del fallo, según los parámetros expuestos en el numeral 1.1. (CSJSP, 8 mayo 2017, Rad. 48199, entre otras).

6.3. Análisis del caso sometido a conocimiento de la Sala

6.3.1. No se tuvo en cuenta el contexto en el que ocurrieron las agresiones acaecidas el 9 de julio de 2009

Desde el 10 de julio de 2009 la víctima puso en conocimiento de las autoridades que la noche anterior fue golpeada por su esposo, JAVIER VILLATE ZÁRATE. En el trámite adelantado ante las autoridades administrativas y judiciales competentes, se ventiló que dicho episodio ocurrió en el contexto de la violencia sistemática que el procesado venía ejerciendo sobre su compañera, que incluía continuos maltratos físicos y psicológicos. Una de las testigos, hermana de la denunciante, se refirió a la ocurrencia de abusos sexuales.

A pesar de que la imputación se formuló mucho después (año 2015), y aunque es claro que el delegado de la Fiscalía conocía los procesos en mención, finalmente solo hizo alusión a las agresiones ocurridas el 9 de julio de 2009, sin sentar mientes en la violencia sistemática denunciada. Ello se vio reflejado en la premisa fáctica del escrito de acusación:

Se origina la investigación como consecuencia de la denuncia que presentara la señora FANNY CONSTANZA BUSTOS MORENO (...) ante la Comisaría 13 de Familia donde pone en conocimiento unos hechos ocurridos el pasado 09/07/09 en la calle (...), en la que señala que a eso de las 9:00 P.m., su esposo y aquí acusado con el que estaba en proceso de divorcio, al no estar de acuerdo con el escrito de poder para la abogada, procedió a romper el mismo tirándoselo en la cara y golpeándola en la cabeza señala que le metió los dedos a la boca y le lesionó

el frenillo lingual, que la tomó del brazo y le produjo un edema, además señala que se refirió a ella con palabras soeces e indignantes, hasta de su comportamiento sexual, señala que la amenazó con dejarla sin trabajo, sin hijas y sin bienes, amén de haberla amenazado de muerte, lo que hizo delante de sus dos menores hijas. Es del caso señalar que por estos hechos en la valoración realizada a la víctima por medicina legal, 10 de julio de 2009 con el que se dio una incapacidad definitiva de 12 días sin secuelas médico legales.

Cabe agregar que desde el año 2009 se sabía que el procesado formuló denuncia en contra de la señora Bustos Moreno, por el mismo delito, y, sin embargo, al parecer ni siquiera se evaluó la posibilidad de ventilar estos asuntos en un solo proceso.

Esa omisión, además, dificultó el acopio de pruebas, según lo explicado en los numerales anteriores. Sin embargo, como allí se indicó, ello no es óbice para que se evalúe si existe mérito para emitir la condena por el delito de violencia intrafamiliar.

6.3.1. La práctica probatoria se redujo a los hechos ocurridos el 9 de julio de 2009

Como la premisa fáctica de la acusación se redujo al referido tema, ello se tradujo en la ausencia de pruebas sobre el contexto en que ocurrieron las agresiones descritas en la acusación, a pesar, se insiste, de que la señora Bustos Moreno hizo énfasis en que fue sometida a violencia física y psicológica durante varios años e incluso aseguró que varios moretones que tenía en su cuerpo eran producto

de lesiones anteriores causadas por el procesado. Aunado a ello, VILLATE ZÁRATE también se refirió a la violencia sistemática ejercida por su esposa a lo largo de los años e, incluso, dijo que el poder que le exhibió su esposa contenía términos agraviantes, ya que prácticamente le impedía el contacto con sus hijas.

Así, aunque se mencionó un dictamen médico legal que da cuenta del origen de esas huellas de violencia, el mismo no se presentó, y un supuesto informe sobre las afectaciones psicológicas sufridas por las hijas de la víctima a raíz de estos episodios de violencia, corrió la misma suerte. Es más, ni siquiera se aportó el referido poder, a pesar de su importancia para conocer las circunstancias que rodearon la conducta del procesado.

Finalmente, se practicaron las pruebas enunciadas en la primera parte de este apartado, que serán analizadas más adelante.

6.3.2. Los yerros en el proceso de impugnación de la credibilidad de los testigos

Las partes no escatimaron esfuerzos para cuestionar la credibilidad de los testigos, pero no agotaron los respectivos procedimientos legales. Finalmente, la impugnación se redujo a comentarios extemporáneos y carentes de fundamento, lo que privó a la Judicatura de mejores elementos de juicio para resolver este asunto. Ello, sin perjuicio de los errores cometidos por el juez de primera instancia.

En efecto, la defensa pretendió impugnar la credibilidad de la víctima, entre otras cosas porque, según dijo, esta mintió al decir que los moretones que se observaban en su cuerpo eran producto de los golpes que le propinó el procesado, cuando, en realidad, esas lesiones se las causó en un accidente de tránsito. No obstante, este tema no fue incluido en el contrainterrogatorio y, por tanto, no se abrió la posibilidad para presentar pruebas de refutación en el evento de que la testigo negara la situación planteada por el defensor (*además de reportes de tránsito o la historia clínica, el defensor mencionó a una testigo de esos hechos*).

Por su parte, la Fiscalía, durante el contrainterrogatorio del policial que atendió este caso, intentó cuestionar su credibilidad, indagándole por las razones por las que fue removido de la Policía Nacional. Se alcanzó a conocer que fue por un asunto penal, más no de qué se trataba, pues el juez consideró procedente una objeción que presentó la defensa en ese sentido. Según se indicó en el numeral 6.2.2.3, el artículo 403 permite impugnar la credibilidad respecto del “*carácter o patrón de conducta del testigo en cuanto a la mendacidad*”, por lo que era pertinente auscultar por los motivos de ese retiro, con los límites analizados en ese apartado.

El apoderado de las víctimas se refirió, igualmente, a un video que supuestamente da cuenta de una reunión del procesado con este policial, supuestamente orientada a consumir un soborno. No obstante, el referido documento

fue allegado extemporáneamente, tal y como sucedió con un dictamen sobre el video de lo sucedido momentos después de ocurrida la agresión del 9 de julio de 2009.

En esa misma lógica, el mismo abogado mencionó la relación sentimental que al parecer existía entre el procesado y una de las testigos de la defensa, pero esa información tampoco se introdujo por el cauce legal, razón suficiente para que no pueda ser valorada.

Finalmente, aunque el procesado se refirió al contenido agravante del poder que le enseñó su esposa, el tema no fue abordado en el contrainterrogatorio. Además, se insiste, esa evidencia documental no fue presentada por ninguna de las partes. Debe aclararse que la relevancia de esa prueba no se asocia a la justificación del proceder del procesado, sino al entendimiento de las circunstancias bajo las cuales se produjo la agresión, lo que es determinante para establecer la concurrencia de la mencionada circunstancia de mayor punibilidad.

6.3.2. La incorporación de documentos concernientes a otros trámites administrativos o judiciales sobre los mismos hechos

Ambas partes introdujeron copia de los trámites que adelantaron ante las respectivas autoridades administrativas y judiciales con el propósito de obtener medidas de protección.

Al respecto, no tuvieron en cuenta que las conclusiones a que arribaron los respectivos funcionarios no pueden tomarse como verdades apodícticas en este proceso, no solo por las razones expuestas en el numeral 6.2.2.4, sino además porque las mismas corresponden a estándares de conocimiento y probatorios sustancialmente diferentes, pues es sabido que los mismos son mayores en el proceso penal, precisamente porque puede dar lugar a la afectación grave de la libertad y de los derechos que le son conexos.

De esta manera, si los testigos que declararon en el juicio oral también lo habían hecho en esas actuaciones, sus versiones anteriores podían ser utilizadas para refrescar la memoria, impugnar la credibilidad o como testimonio adjunto. Si alguno de ellos no estaba disponible para declarar en este proceso, su declaración anterior podía ser incorporada como prueba de referencia, siempre y cuando, para cualquiera de estos eventos, se agotara el debido proceso (CSJSP, 25 ene. 2017, Rad. 44950, entre muchas otras). Lo mismo puede predicarse de las pruebas documentales o periciales practicadas en esas otras actuaciones.

6.3.3. Lo que declaró probado el Tribunal

Para el Tribunal es creíble que la noche del 9 de julio de 2009 Fanny Constanza Bustos Moreno le exhibió un poder a JAVIER VILLATE ZÁRATE, lo que generó un

escenario de agresión mutua, en el que la primera le arañó el cuello al segundo, y este le causó lesiones a su compañera en el frenillo lingual. Al respecto, resaltó que si bien es cierto en el video aportado por la Fiscalía (*sobre lo acaecido instantes después de la agresión*) no se observan lesiones en la parte izquierda del cuello del procesado, de las mismas dan cuenta el testimonio del policial Humberto Hurtado, así como el informe rendido por el médico legista, quien, tras describirlas, concluyó que dieron lugar a una incapacidad médico legal de 4 días.

Sin embargo, desestimó la legítima defensa a que hizo alusión el Juzgado en la sentencia absolutoria, en esencia porque: (i) este caso debe analizarse en el contexto de violencia estructural contra la mujer, en el que es inadmisibles el estereotipo de la “*mujer débil que no se defiende*”, tal y como lo dejó sentado la Corte Constitucional en la sentencia T-027 de 2017; (ii) el desequilibrio de fuerzas entre Fanny Bustos y JAVIER VILLATE es evidente, pues la primera es una mujer de 1.55 metros de estatura, mientras el hombre mide 1.82 metros, tiene un notorio desarrollo muscular y es experto en boxeo; (iii) no es creíble que el procesado le haya introducido “*espontáneamente*” los dedos a la boca a su esposa, pues si quería alejarla para que se calmara, le hubiera bastado con sujetarle las manos; (iv) la lesión bucal sufrida por la víctima se demostró con su testimonio, y con lo expuesto por el médico legista que le practicó el respectivo reconocimiento, quien hizo alusión a una herida aún sangrante y, por ende, reciente; (v) la versión de la víctima

también encuentra respaldo en el video ya mencionado, pues allí se observan los fragmentos del poder que dio lugar a la agresión, así como su consternación a raíz de estos hechos; (v) el procesado asegura que se limitó a asir a su esposa de los brazos, pero no explicó de qué forma esta resultó lesionada en la boca; (vi) instantes después de ocurrido el incidente, la víctima llamó a su hermana para contarle que Javier la había agredido; y (vii) poco después de ocurrido el incidente los policiales trasladaron a la víctima a Medicina Legal, lo que descarta que la lesión en la boca tengan una causa diferente a la agresión denunciada.

Sobre el testimonio de la señora Bustos Moreno, concluyó:

Así las cosas, se concluye que el testimonio de la ofendida es coherente y creíble frente a la forma de ocurrencia de los hechos, así como frente al núcleo central de la situación fáctica; además, no reporta ningún aditamento extraordinario que sugiera la imposibilidad de comisión de los acontecimientos investigados, ni mucho menos aparece evidenciada una intención dolosa tendiente a perjudicar injustamente al procesado. Eso tampoco se probó por la defensa, ni lo percibe el Tribunal.

En lugar de eso se observa que la denunciante anidaba sentimientos de amor hacia VILLATE ZÁRATE, toda vez que no tenía la intención de separarse de él; por el contrario, fue muy difícil que aquella accediera a iniciar los trámites judiciales respectivos, pues así lo dijo Tatiana Bustos, quien actuó como su abogada.

Adicionalmente, Tatiana Bustos también refirió que su hermana simplemente no quería iniciar ninguna actuación legal contra el

acusado, a pesar de existir fundamento para ello, puesto que la agredió múltiples veces y, en alguna oportunidad, la obligó a sostener relaciones sexuales con él.

En este orden de ideas, “si la víctima lo golpeó, ello no le daba derecho a él de agredirla también; lo correcto era proceder a denunciarla, mas no responder al ataque, mucho menos de la forma en la que lo hizo”.

En los acápites siguientes, el Tribunal se refirió a varios de los argumentos que expuso el Juzgado para sustentar la absolución. En esencia, resaltó que no puede minarse la credibilidad de la víctima por el hecho de haber propiciado la convivencia bajo el mismo techo con su cónyuge (*en una época laboró en otro municipio*), o no haber denunciado las agresiones anteriores, entre otras cosas porque: (i) para cuando la pareja estaba distanciada, se dio el primer embarazo, por lo que es natural que la víctima quisiera unir a la familia; (ii) el juez “*pasó por alto que las mujeres víctimas de maltrato generalmente no denuncian a sus parejas por variadas razones, entre ellas, amor, paciencia, miedo, resignación, dependencia económica, revictimización, pena, etc*”; y (iii) el juez no le creyó a la víctima que los moretones que presentaba fueran producto de otras agresiones del procesado, **lo que no es trascendente porque en este caso únicamente se analiza lo ocurrido el 9 de julio de 2009**²⁷.

6.3.4. Respuesta a los alegatos del impugnante y los no recurrentes

²⁷ Negrillas fuera del texto original.

Contrario a lo que insinuaron la Fiscalía y el Ministerio Público en la audiencia de sustentación del recurso de casación, la valoración de las pruebas –o parte de ellas- atinentes a la credibilidad de los testigos puede dar lugar a errores de hecho y de derecho, que, según las particularidades del caso y el nivel de argumentación expuesto por el demandante, pueden ser relevantes en el ámbito del recurso extraordinario de casación, tal y como se explicó en el numeral 6.2.2.3. Frente a este aspecto, debe otorgársele la razón al demandante.

Sin embargo, los argumentos que presenta el censor para establecer que existe duda sobre la ocurrencia de los hechos y la responsabilidad penal de VILLATE ZÁRATE son inadmisibles, por las razones que se indican a continuación.

6.3.5.1. Las lesiones sufridas por la víctima

Frente a este aspecto, el impugnante cuestiona la valoración probatoria realizada por el Tribunal, especialmente porque omitió testimonios y documentos que ponen en tela de juicio que la señora Bustos Moreno haya sido lesionada en su boca esa noche, toda vez que: (i) según el testimonio de su progenitora, para ese momento no presentaba heridas sangrantes, como la que describió el médico legista; (ii) esa noche, la cónyuge no le mencionó a los policiales que había sido lesionada en la boca; y (iii) no es cierto que el policial que compareció al juicio haya dicho

que la acompañó a que se le practicara el respectivo reconocimiento médico.

Aunque es cierto que el Tribunal dio por sentado que los policiales acompañaron a la víctima al Instituto Nacional de Medicina Legal, sin ser ello cierto, ese yerro es intrascendente, porque existe prueba suficiente de que la señora Fanny Bustos Moreno efectivamente fue víctima de violencia la noche del 9 de julio de 2009, por las razones que se indican a continuación:

Tal y como sucede con el vínculo matrimonial y la convivencia que sostenían los esposos VILLATE BUSTOS, en este caso no se discute que la noche del 9 de julio de 2009 existió entre ellos una confrontación. Esa situación fue reconocida por ambos en sus declaraciones y de la misma da cuenta el video aportado por la Fiscalía. Tampoco se discute que la mujer le entregó al hombre un poder, y que este lo rompió en varios pedazos, como bien se observa en la referida grabación, lo que, a su manera, fue mencionado por ambas partes. Durante el juicio oral no se aportaron suficientes elementos de juicio para establecer por qué el procesado rompió el poder.

Tampoco se discute que ese altercado generó un gran impacto en la señora Bustos Moreno, pues el mismo se advierte con claridad en el video tomado poco tiempo después de ocurridos los hechos, sin que pueda perderse de vista que esa situación fue referida por los testigos que

comparecieron al juicio oral, tanto los de cargo como los de descargo.

En el video en mención se observa que la víctima y sus familiares se enfrascaron en una acalorada discusión con el procesado, que se caracterizó por los múltiples reclamos que le hicieron a este por la violencia que venía ejerciendo sobre su esposa. La defensa tiene razón en cuanto afirma que el Tribunal no se detuvo a analizar con mayor detalle esta prueba, aunque las conclusiones que se derivan de ese estudio minucioso son diferentes a las que se plantean en la demanda, por las razones que se indican a continuación.

En medio del llanto y de su notoria conmoción, la señora Bustos Moreno se refirió a la violencia de que fue víctima y, puntualmente, señaló que había resultado afectada en su boca (*minuto 2:49*). Ante ello, VILLATE ZÁRATE, quien siempre se mostró dispuesto a refutar las acusaciones que se le hacían, le preguntó que, si ello fue así, por qué no procedió a morderlo.

Así, se tiene que desde esa oportunidad (*momentos después de ocurridos los hechos*) y bajo una alteración psíquica que difícilmente es compatible con la ideación de historias falsas con ese nivel de detalle, la víctima se refirió a la afectación en esa parte del cuerpo, lo que luego fue refrendado por el médico legista. No puede pasar inadvertido que esas manifestaciones las hizo **frente a los policiales**, como bien se aprecia en la grabación, lo que,

aunado a otras razones que se expondrán más adelante, permiten poner en tela de juicio el testimonio del agente Hurtado Otálvaro.

Esta versión encuentra respaldo en el testimonio de la señora María Fanny Moreno de Bustos, madre de la afectada, pues durante el interrogatorio directo (minuto 47) dijo que esa noche Fanny Constanza le mostró las heridas que tenía en la boca. Durante el contrainterrogatorio hizo hincapié en que su hija estaba “*totalmente maltratada*” debajo de la lengua y que, según la versión de esta, ello ocurrió porque el procesado le metió los dedos a la boca. Con tranquilidad, aceptó que no le vio sangre en esa parte del cuerpo, aunque resaltó que la misma estaba roja. Este testimonio es creíble no solo por la riqueza de los detalles, sino además porque, como se resaltó en la sentencia absolutoria, no se evidencia ánimo de perjudicar al procesado. De hecho, aunque esta testigo acompañó a su hija al reconocimiento médico legal, y es evidente que ha estado al tanto del desarrollo de este asunto, expuso que no vio sangre en el frenillo lingual de la demandante, lo que confirma su propósito de limitar su versión a lo que pudo percibir.

El hecho de que la madre de la víctima no le haya visto sangre en el frenillo lingual, no descarta la existencia de esta lesión. Ello pudo haber ocurrido por múltiples razones, por ejemplo, que en medio del desenfreno que caracterizó el encuentro posterior a los hechos, no la haya auscultado suficientemente, que el sangrado fuera poco y,

por ende, difícil de advertir a simple vista, la ubicación de la lesión (frenillo lingual) puede obstaculizar su adecuada apreciación, etcétera.

Lo que se tiene claro es que momentos después de ocurridos los hechos, en medio de una notoria alteración emocional y en presencia de los policiales, la víctima se refirió a la agresión que afectó su boca, lo que permite descartar que se trate de una invención de última hora. También está demostrado que al día siguiente presentaba una herida sangrante en el frenillo lingual, tal y como lo certificó el médico legista, y que poco después de ocurridos los hechos tenía una lesión en esa parte del cuerpo, como lo expresó la testigo Moreno de Bustos.

Así, resulta poco probable que ella misma se haya causado esa herida (*lo que parece insinuar el censor*), exactamente en el frenillo lingual (*ubicado debajo de la lengua*), o que haya agravado la lesión que le fue causada, pues ello implicaría aceptar que, desde la noche misma de los hechos, en medio de su notoria alteración, luego de que su esposo rompiera en varias partes el poder otorgado a una abogada, ideó una historia falsa con el fin de perjudicarlo. De hecho, la ubicación de la lesión es mucho más compatible con su testimonio (*VILLATE ZÁRATE le metió los dedos a la boca*), que con un relato fabricado, pues no se avizoran razones para que hubiera elegido esa parte del cuerpo para auto lesionarse.

6.5.3.2. Las lesiones que presentaba el procesado

En la grabación de lo sucedido poco después de ocurridos los hechos se observa a JAVIER VILLATE ZÁRATE mucho más tranquilo que su esposa, a lo que también se refirieron los testigos que declararon en el juicio oral. En esa condición, les hizo frente a las incriminaciones que le hacían los familiares de la víctima, por haberla golpeado ese día y por supuestamente haberla sometido a una violencia sistemática.

Aunque se hizo notorio el propósito del procesado de justificar la situación, pues incluso se refirió a que la señora Bustos Moreno “*le pegó patadas*” –*minuto 1:17-*, en ningún momento mencionó un dato que no tenía por qué pasar desapercibido, esto es, que ella le causó arañazos en el cuello. De haber sido cierto que la denunciante causó esa agresión, lo razonable es que VILLATE ZÁRATE lo hubiera mencionado, pues la misma le permitía explicar con mayor solvencia que fue Fanny Constanza, y no él, quien realizó la conducta agresiva.

Aunado a lo anterior, se tiene que prácticamente todo el tiempo la cámara fue ubicada en un ángulo que permitía captar la parte izquierda del cuerpo del procesado (*el médico legista se refirió a lesiones en la parte izquierda del cuello*). Sin embargo, por más que se ausculte el contenido de la grabación, no se observan lesiones en esa parte del cuerpo, aunque, según el policial Hurtado Otálvaro, las mismas eran ostensibles.

Frente al testimonio de este último, cabe resaltar, además, que aseguró que la víctima hizo alusión a agresiones mutuas, mientras que en el video se observa a la señora Bustos, en presencia de los policiales, aseverando repetida y vehementemente que su esposo fue quien la maltrató.

Lo anterior pone en tela de juicio la credibilidad de Hurtado Otálvaro, quien, además, durante el contrainterrogatorio aceptó que fue retirado de la Policía Nacional por un “*problema penal*”, tema que no se aclaró suficientemente, por las razones ya indicadas.

Finalmente, cabe advertir que es cierto, como lo afirma el impugnante, que VILLATE ZÁRATE, durante el episodio que quedó registrado en el video, no confesó haber agredió a su compañera. Sin embargo, este dato resulta poco trascendente, porque fueron la misma víctima y sus familiares quienes obtuvieron y aportaron la grabación, y es claro que la misma constituye mejor evidencia de lo acontecido en esa oportunidad, de tal manera que es suficiente observarla para saber qué fue exactamente lo que dijo el procesado y establecer si esas manifestaciones pueden tomarse como una “*confesión*”.

6.5.3.3. El contexto en el que ocurrieron los hechos

La defensa presentó en el juicio oral a dos mujeres que laboraron en la residencia de la víctima y el procesado. Con ellas se pretendió demostrar el mal carácter de la

señora Bustos Moreno y, al parecer, las lesiones que en una ocasión esta le causó al procesado. Asimismo, se refirieron a la reacción de la víctima y los familiares de esta luego de ocurridos los hechos del 9 de julio de 2009.

De otro lado, la denunciante, su hermana y su progenitora se refirieron al unísono a la violencia sistemática a la que el procesado sometió a la primera durante varios años, que, según esos relatos, incluyó agresiones físicas y psicológicas, así como abuso sexual.

La precaria información aportada por las partes sobre este tema impide establecer si existieron patrones de violencia sistemática de parte de uno o ambos cónyuges. Igualmente, limita el análisis acerca de las circunstancias que rodearon el herimiento que el procesado le causó a su esposa.

De un lado, las manifestaciones acerca del carácter de la señora Bustos, y la mención a algunas heridas en el cuerpo de VILLATE ZÁRATE, así como la espontánea manifestación que este le hizo a su empleada acerca de que su esposa lo golpeó en la boca, no pasan de ser datos insulares, que no fueron sometidos a corroboración y debate.

Incluso si se aceptara, para la discusión, que estos hechos realmente ocurrieron, no se explica de qué manera justifican lo sucedido el 9 de julio de 2009, toda vez que, como lo precisó el Tribunal, el procesado tenía derecho a

denunciar esas agresiones, pero bajo ninguna circunstancia a maltratar a su esposa, máxime si se tiene en cuenta su notoria superioridad física.

Lo mismo puede predicarse de la violencia sistemática que se le atribuye al procesado. No existen bases suficientes para concluir que la misma se presentó, ni sería posible un pronunciamiento de fondo frente a las mismas, porque ese tema no se incluyó en la acusación.

Además, aunque el relato de la señora Bustos Moreno merece credibilidad y denota solidez en cuanto a la lesión que le causó su esposo la noche del 9 de julio de 2009, no sucede lo mismo con lo que expresó acerca de la violencia sistemática, pues la Fiscalía omitió incorporar las pruebas atinentes al origen de las lesiones que la denunciante presentaba en otras partes del cuerpo, a pesar de la supuesta existencia de un dictamen médico legal, que tampoco fue solicitado por la víctima o su apoderado judicial. No puede olvidarse que durante el proceso se expuso otra posible causa de esas lesiones (un accidente de tránsito), tema que no fue profundizado por ninguna de las partes.

Lo mismo sucedió con el informe del dictamen practicado a las hijas del procesado, donde estas, según se insinuó, se refirieron a la actitud violenta del procesado.

Frente a estas pruebas, el apoderado judicial de la víctima se refirió a supuestas omisiones por parte de la Fiscalía. Al respecto, debe resaltarse que el ordenamiento

jurídico le otorga a la víctima la posibilidad de solicitar pruebas, lo que seguramente era conocido por la denunciante, dada su formación en el área penal y su amplia experiencia como fiscal. Esta actitud procesal contrasta con la notoria iniciativa que tuvo la denunciante o sus colaboradores para realizar los seguimientos que permitieron descubrir la reunión clandestina del procesado con uno de los policiales, lo que se ventiló extemporáneamente en el proceso.

La Sala advierte que la alusión que se hace a la formación jurídica y la función judicial de la denunciante no está orientada a descartar de antemano su vulnerabilidad ni, bajo ninguna circunstancia, a discriminarla por el hecho de ser mujer. Lo único que se pretende resaltar es el poco interés de la Fiscalía para el esclarecimiento del contexto en el que ocurrieron los hechos, lo que no pudo ser corregido con la oportuna intervención de la víctima. Esa misma actitud se vio reflejada en la inactividad frente a los testigos de la defensa, quienes coincidieron al referirse a los continuos aportes que hizo la señora Bustos para el deterioro de la relación matrimonial, aunque, según se indicó, este tema tampoco fue desarrollado suficientemente.

6.5.3.4. Los argumentos expuestos en el fallo absolutorio, que fueron retomados por el demandante

En la demanda de casación se transcribieron varios de los argumentos que sirvieron de fundamento al fallo de primera instancia.

El Juzgado hizo énfasis en que las lesiones que la víctima presentaba en el brazo no tenían la apariencia de haber sido causadas el 9 de julio de 2009. Estas conclusiones son acertadas, si hacen alusión a los moretones que se observan en la grabación. No obstante, dichas aseveraciones se avienen a lo expuesto por el Tribunal, pues en el fallo impugnado se hizo hincapié en que la condena se emitió por las heridas que le fueron causadas a la señora Bustos Moreno en el frenillo lingual, y se dejó en claro que las lesiones que se hubieran causado en otras oportunidades no fueron objeto de debate, lo que también tenía claro el Juez en cuanto afirmó que *“nunca en la acusación se habló de las agresiones anteriores hacia la señora Fanny sino de las causadas únicamente el 9 de julio”*.

De otro lado, el Juzgado resaltó que la hermana de la víctima se refirió a la supuesta confesión hecha por el procesado, cuando ello no corresponde a la realidad. Lo cierto es que esta testigo fue quien facilitó la obtención del video, que permite establecer con precisión qué fue lo que le preguntaron al procesado y qué fue lo que este respondió, lo que le resta trascendencia a la interpretación que la declarante haya hecho de ese cruce de palabras, pues la Judicatura puede formarse su propia opinión a partir del estudio de la grabación.

En cuanto al testimonio de la señora María Fanny Moreno de Bustos, el Juzgado resaltó su espontaneidad y

falta de ánimo vindicativo. El censor hizo notar que, según el Juzgado, la madre de la víctima *“es la única testigo que pudo observar la cavidad bucal de la señora Fanny Constanza Bustos Moreno, en el mismo lugar de los hechos, habiendo pasado aproximadamente una hora de los supuestos actos de agresión y refiere de forma categórica que no vio sangre en el sitio que ella señaló y que corresponde al frenillo lingual”*. Sin embargo, el memorialista acepta que la declarante señaló que *“en la boca tenía muy colorado, dentro de la parte del paladar, del paladar no, sino de la parte aquí debajo de la lengua sí tenía muy rojo, y ella cuando me lo mostró, mire mamá”*.

Si este testimonio es creíble, como se señala en el fallo absolutorio, se erige en un importante factor de corroboración de la versión de la víctima, pues permite confirmar que, desde el principio, poco después de ocurridos los hechos, Fanny Constanza se refirió a la lesión en la boca y, además, presentaba huellas de violencia en esa parte del cuerpo.

Ahora bien, el hecho de que una lesión que lucía *“muy roja”* una hora después de ocurridos los hechos, se encontrara sangrando horas después, al momento del reconocimiento médico legal, no descarta su existencia ni su causa, como tampoco permite inferir que la víctima haya agravado su situación, como parece insinuarlo el censor.

Lo que parece cuestionar el Juzgado (*y, por remisión, el impugnante*), es que la herida estuviera sangrando al

momento del examen médico legal, y no presentara esa característica para cuando la madre de la víctima la auscultó. En el campo especulativo, al que el censor trasladó el debate, pueden plantearse múltiples explicaciones de esta situación. Sin embargo, al proceso no se aportó ningún dato técnico científico (o de otro orden) que lleve a concluir que la víctima hizo algo irregular para perjudicar al procesado. Por el contrario, esa situación no varía los datos que le otorgan credibilidad al relato de la denunciante, esto es, que la afectación en la boca siempre hizo parte del relato, incluso el que entregó cuando estaba afectada emocionalmente, que su progenitora, cuyo testimonio fue calificado por el Juzgado como espontáneo y carente de ánimo vindicativo, describió una lesión, “*muy roja*”, en esa parte del cuerpo, y que el médico legista describió con precisión las características y consecuencias de la misma.

Finalmente, el Juzgado manifestó que en la grabación aportada al proceso se advierte que el procesado fue insultado y que se le negó cualquier posibilidad de explicar los hechos. Ello no coincide con la realidad, porque claramente se advierte que existieron dos momentos diferentes en la interacción de los familiares de la víctima y JAVIER VILLATE ZÁRATE. En el primero, los parientes de la señora Bustos Moreno le pidieron que explicara el origen de las lesiones, obteniendo como respuesta que fue la denunciante quien le propinó patadas y que él se limitó a asirla de los brazos, al tiempo que le dijo a su esposa que si fue cierto que él le metió los dedos a la boca, entonces por

qué no lo mordió. En la segunda parte, se advierte una actitud mucho más hostil, y fue allí cuando se produjeron los insultos.

6.5.3.4. Conclusiones

La Fiscalía no abordó este caso con enfoque de género, lo que se tradujo en la imposibilidad de establecer si Fanny Constanza Bustos Moreno efectivamente fue sometida a violencia física, psicológica y sexual durante varios años, y si sus dos hijas resultaron afectadas con esos hechos. Por la forma como el ente acusador estructuró su teoría del caso, el debate se redujo a los hechos ocurridos el 9 de julio de 2009.

A pesar de esta omisión, pudo acreditarse que en esa fecha el procesado agredió a su esposa y le causó las lesiones ya conocidas, lo que constituye el delito de violencia intrafamiliar, previsto en el artículo 229 del Código Penal.

Está igualmente claro que la sentencia condenatoria no se fundamenta en la mayor credibilidad que, a priori, deba otorgársele a la versión de la víctima por su género o por la calidad en la que comparece al proceso. En este caso se privilegió su relato sobre el del procesado, por los factores internos de credibilidad y por el respaldo que encuentra en las otras pruebas practicadas durante el juicio oral.

En sentir de la Sala, las conclusiones del Tribunal acerca de las lesiones que sufrió JAVIER VILLATE ZÁRATE a manos de su esposa fueron apresuradas, pues si bien es cierto existe un dictamen que da cuenta de que el 10 de julio de 2009 el procesado presentaba heridas superficiales en su cuello y el policial que declaró en el juicio dijo haber visto esos signos de violencia, porque eran ostensibles, los mismos no se aprecian en la grabación ya mencionada, a pesar de que la cámara enfocaba esa parte de su cuerpo, ni el procesado se refirió a ellas para explicar la situación ante los reclamos que le hicieron los familiares de la víctima, lo que va en contravía de su evidente intención de mostrar a su esposa como la agresora. Además, el juzgador de segundo grado no tuvo en cuenta las notorias inconsistencias del relato del policial Hurtado, si le compara con el contenido del video, pues allí se observa con claridad que la víctima, en su presencia, se refirió a la agresión en la boca y sostuvo con vehemencia que los actos de violencia fueron ejercidos por su esposo.

De otro lado, las pruebas que el censor echa de menos en la valoración del Tribunal no tienen la entidad suficiente para cambiar el sentido de la decisión, pues la víctima, bajo un notorio estado de afectación emocional, desde ese momento se refirió a la agresión en la boca, lo que fue corroborado por el médico legista algunas horas después. No se avizoran razones para concluir que la denunciante decidió lesionarse el frenillo lingual para incriminar a su esposo, y que toda esta historia la fraguó en medio del

debate que se suscitó porque VILLATE ZÁRATE rompió en varios pedazos el poder elaborado por una abogada.

Es razonable que las lesiones sufridas por la señora Bustos, por su ubicación, no se aprecien en el video. Igualmente, el hecho de que la madre de la víctima no haya observado sangre en la boca de esta no descarta que las lesiones existieran, por las razones atrás indicadas.

Lo declarado por el policial Hurtado en otros procesos no podría ser valorado en este juicio. Pero, si así fuera, la versión de este ex servidor público resulta poco creíble, porque buena parte de su relato se contrapone a la evidencia filmica aportada por la Fiscalía.

En cuanto al testimonio rendido por el policial John Fernando Riaño Martínez en el mismo trámite administrativo, resulta aplicable lo expuesto en el párrafo anterior. Sin embargo, si en gracia de discusión se admitiera la posibilidad de valorarlo, debería considerarse que, según la transcripción realizada por el censor, este testigo dijo que *“don Javier también tenía como marcas de arañazos en el cuello, pero **no parecían que fueran recientes sino de tiempo atrás el hematoma y los arañazos**”*²⁸. Esta descripción de las lesiones que presentaba el procesado no coinciden con lo expuesto por el otro policial, ni con las conclusiones del médico legista, pues no es compatible con las lesiones que supuestamente sufrió aquella noche.

²⁸ La misma da cuenta de lo declarado por el policial en ese trámite administrativo, según se observa en el folio 152.

Y, adicionalmente, las pruebas sobre los comportamientos anteriores de los ex esposos no son concluyentes, en ninguno de los sentidos indicados por las partes. En lo que concierne a los supuestos maltratos sufridos anteriormente por JAVIER VILLATE ZÁRATE, así se dieran por probados, no justificarían su comportamiento del 9 de julio de 2009.

Por último, se tiene que el procesado, en su calidad de testigo, ni la defensa en general, presentaron una hipótesis alternativa acerca del origen de las lesiones que la señora Fanny Constanza sufrió en la boca la noche del 9 de julio de 2009, tal y como lo resaltó el Tribunal. Así, existiendo elementos de juicio suficientes para concluir que la denunciante efectivamente fue maltratada por su esposo en esa oportunidad, encuentra la Sala que la duda razonable que invoca el censor no fue debidamente sustentada (CSJSP, 12 oct. 2016, Rad. 37175, entre otras).

El hecho de que se haya probado la agresión, no implica que también se hayan demostrado, más allá de duda razonable, los presupuestos fácticos de la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el inciso segundo del artículo 229 del Código Penal, tal y como se explicará en el siguiente numeral.

Por tanto, no se casará el fallo impugnado por las razones expuestas por el demandante.

6.6. Casación de oficio

Al establecer la premisa fáctica de la condena el Tribunal se limitó a relacionar los hechos ocurridos la noche del 9 de julio de 2009. En la misma lógica, al analizar las pruebas dijo expresamente que no se ocuparía de otros episodios de violencia relacionados por la víctima, el procesado y los testigos, porque los mismos no fueron objeto de acusación.

Bajo esa lógica, al estudiar la circunstancia de agravación prevista en el inciso segundo del artículo 229 del Código Penal, hizo hincapié en que para ello resulta suficiente con demostrar la calidad del sujeto pasivo (niño, mujer, persona mayor de 65 años, etcétera). Para tales efectos, trajo a colación lo expuesto por esta Corporación en la decisión CSJSP, 7 jun. 2017, Rad. 48047, analizada en precedencia.

A la luz de ese precedente, para ese momento era razonable concluir que había lugar a la mayor penalización, por el simple hecho de haberse demostrado que la conducta recayó sobre una mujer, a pesar de que la precaria actividad investigativa de la Fiscalía y la forma como estructuró su teoría del caso impidieron establecer si entre aquel entrenador de gimnasio y la fiscal que resultó lesionada existía una relación de subyugación, si ese comportamiento se ajusta a la pauta cultural que gira en torno a la idea de la inferioridad o sumisión de la mujer respecto del hombre, o si, en términos generales,

constituyó un acto de discriminación en razón del sexo de la víctima, pues solo se acreditó que la relación estaba deteriorada, al punto que la sociedad conyugal estaba disuelta y el trámite de divorcio era inminente, sin que haya sido posible establecer las causas de dicha situación, pues ambos se atribuyeron la responsabilidad al endilgarse mutuamente conductas anteriores que no fueron demostradas durante el juicio. Incluso, ni siquiera se demostró suficientemente el contenido del ya referido poder, que se ventiló como posible detonante de la conducta agresiva por la que el procesado es llamado a responder penalmente.

Ante las aclaraciones hechas en el numeral 6.2.3 acerca de la interpretación de la circunstancia de agravación prevista en el inciso segundo del artículo 229 del Código Penal, es claro que la misma fue indebidamente aplicada en este caso, porque para ello no basta con demostrar que la conducta recayó sobre una mujer, sino que, además, resulta imperioso constatar la necesidad de proteger un bien jurídico adicional –a la familia-, en este caso consistente en la igualdad y la consecuente prohibición de discriminación.

En consecuencia, como está demostrada la violación directa de la ley sustancial, la Sala casará parcialmente y de oficio el fallo impugnado, en orden a declarar que la condena procede por el delito de violencia intrafamiliar, sin la referida circunstancia de agravación.

Sobre la tasación de la pena, la misma será reducida a cuatro años de prisión, habida cuenta de que el Tribunal consideró procedente la aplicación del mínimo previsto por el legislador, por razones que no admiten discusión. En la misma proporción se disminuirá la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Se mantendrá incólume lo resuelto sobre la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, por las mismas razones expuestas por el fallador de segunda instancia, toda vez que, en efecto, el artículo 68 A del Código Penal prohíbe expresamente estos beneficios frente al delito de violencia intrafamiliar.

Finalmente, la Sala considera que el estudio de los fundamentos fácticos y jurídicos de la condena es suficiente para garantizar el derecho a la doble conformidad.

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

Segundo: Casar parcialmente y de oficio el fallo impugnado, en orden a declarar que la condena procede

por el delito de violencia intrafamiliar (Art. 229 del Código Penal), sin la circunstancia de agravación prevista en el inciso segundo de dicha norma. En consecuencia, al procesado se le imponen las penas de prisión y de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de cuatro (4) años.

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

Contra la presente decisión no proceden recursos.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

EYDER PATIÑO CABRERA
Magistrado

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA
Magistrado

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER
Magistrado

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA
Magistrado

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO
Magistrado

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR
Magistrada

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO
Magistrado

JULIO ANDRÉS SAMPEDRO ARRUBLA
Conjuez

FRANCISCO JOSÉ SINTURA VARELA
Conjuez

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria