

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Radicado: 050016000206201445627  
Procesado: Alexander Domicó Higuita  
Delito: Violencia intrafamiliar agravada  
Asunto: Apelación de Sentencia –ordinaria-  
Sentencia: No. 22 Aprobada por acta No. 153 de la fecha  
Decisión: Revoca y condena  
Lectura: Martes, 9 de noviembre de 2021

Magistrado Ponente

Dr. LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

### 1. ASUNTO A DECIDIR

Habiendo sido derrotada la ponencia presentada por el Magistrado sustanciador, procede la Sala Mayoritaria a resolver el recurso de apelación presentado por la defensora de la víctima en contra de la sentencia proferida el 24 de agosto de 2020 por el Juzgado Cuarenta y Siete Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Medellín, que condenó al señor **Alexander**

**Domicó Higuita** del delito de lesiones personales y declaró la prescripción de la acción penal con ocasión dicho punible.

## 2. ACONTECER FÁCTICO

El 15 de abril del año 2013, el señor **Alexander Domicó Higuita**, quien tenía la custodia de su hija de 11 años de edad A.D.G., se dirigió con ella hasta la institución donde ella estudiaba con la finalidad de recibir el correspondiente informe académico, enterándose allí del bajo rendimiento escolar de la menor, derivado en la reprobación de 8 materias. Por este motivo y una vez llegaron a su vivienda, el señor **Domicó Higuita** propinó a su hija 8 correazos, por cada materia perdida.

Producto de esa agresión, el 18 de abril de 2013 A.D.G. fue valorada en Medicina Legal y recibió incapacidad definitiva de 10 días, sin secuelas.

Como consecuencia de estos sucesos, la Comisaria de Familia del barrio Villa Hermosa, le otorgó la custodia de la menor a su progenitora, quien había convivido por espacio de 3 años con el encartado y se había separado de este por los malos tratos que recibía.

ADG informó que durante todo el tiempo que convivió con su progenitor, los maltratos físicos y psicológicos recibidos por parte de este fueron recurrentes.

## 3. RECUENTO PROCESAL

El 04 de julio de 2017, ante el Juzgado Trece Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín, la Fiscalía formuló imputación al señor

**Alexander Domicó Higuita** por el delito de violencia intrafamiliar agravada, sin que este se allanara a los cargos.

El escrito de acusación fue presentado el 31 de enero de 2017, correspondiéndole conocer del proceso, por reparto, al Juzgado Cuarenta y Siete Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de la ciudad, quien adelantó las audiencias de formulación de acusación<sup>1</sup>, preparatoria<sup>2</sup> y juicio oral<sup>3</sup>. Clausurado el debate probatorio y escuchadas las alegaciones de partes e intervinientes, la *a quo* emitió sentido de fallo condenatorio, pero por el delito de lesiones personales contemplado en los artículos 111, 112 inc. 1 y 119 inc. 2, del C.P.

El 24 de agosto de 2020, profirió sentencia declarando la extinción de la acción penal por prescripción en favor del procesado por el delito de lesiones personales dolosas, decisión que fue impugnada por la representante de la víctima.

#### **4. DE LA SENTENCIA RECURRIDA**

La juez de primera instancia, indicó que si bien ese correctivo aplicado por **Domicó Higuita** a su hija rebasó el umbral de la corrección y constituyó un acto de violencia física en disfavor de la menor, no se pudo demostrar el actuar doloso del acusado encaminado a afectar la armonía y unidad familiar y tampoco se comprobó cómo se dio la afectación de este bien jurídico tutelado, pues su intención era sancionar o reprender a su hija ante su mal desempeño académico.

---

<sup>1</sup> Audiencia del 30 de mayo de 2017 folio66

<sup>2</sup> Llevada a cabo el 24 de octubre de 2017 folio 79

<sup>3</sup> Sesiones del 16 de enero, 7 de marzo 2019 y 15 de mayo de 2018, (folios 96, 101 y 104)

Así mismo, indicó que ese exceso en su deber de corrección, desencadenó en un evento lesivo de la integridad física, mas no en una afectación a la armonía y unidad familiar, siendo viable imponer la sanción por la conducta de lesiones personales dolosas agravadas, en calidad de autor y a título de dolo; empero, al haber transcurrido 36 meses desde la formulación de la imputación a la fecha de la emisión de la sentencia, se tenía que la acción penal por ese punible lesivo de la integridad personal se encontraba prescrito.

En consecuencia, declaró la extinción de la acción penal en favor del acusado por el cargo de lesiones personales.

## 5. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión, la representante judicial de la víctima interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia en comento considerando que si se debía condenar al encartado por el delito de violencia intrafamiliar agravada.

La recurrente indicó que se probó en el juicio que **Alexander Domicó Higuita** sabía que estaba siendo duro y desconsiderado con su hija, conocía y quería tratarla con crueldad, dureza, desconsideración y en forma brusca; así mismo, quedó probado que el acusado conocía que A. era su hija, que era una niña de 10 años vulnerable frente a él como hombre mayor y padre, dependiente de él, que era miembro de su núcleo familiar, que 9 correazos la lastimarían en su integridad física y que, como lo narra la víctima en juicio oral, constantemente la insultaba y degradaba con expresiones como que era una cualquiera, que no servía para nada, que era una inútil, situaciones que daban por demostrado el aspecto subjetivo del delito de violencia intrafamiliar.

Expresa la abogada que fue tal la afección a la unidad y armonía familiares, que debido al hecho ocurrido el 15 de abril de 2013 ocurrió la fragmentación total de la relación entre padre e hija, misma que ya era débil por el abandono del padre durante la infancia de la víctima, aspectos que quedaron evidenciados de los dichos de A.D.G. y del encartado, lo que da por sentada la antijuridicidad de la conducta desplegada por Domicó Higuita.

Con ocasión del análisis que la *a quo* realizó a las pruebas practicadas en el juicio, cuestionó el valor que le dio la funcionaria a la declaración del procesado y los eventos previos a la agresión en contra de su hija, haciendo ver al procesado como un buen padre, situación que considera la recurrente no desestructuran dogmáticamente la ocurrencia del delito de violencia intrafamiliar. En ese mismo sentido, señaló que no se pueden desestimar las testigos de cargo al punto de anular completamente su credibilidad, porque hay prueba de corroboración en las estipulaciones probatorias celebradas entre fiscalía y defensa, así como en el propio testimonio de **Alexander Domicó Higuita**.

En consecuencia, solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia y que, en su lugar, se condene al acusado por el delito de violencia intrafamiliar, restaurando los derechos a la verdad y a la justicia que tiene la joven víctima y rescatándola de la impunidad respecto de una acción prescriptiva por el delito de lesiones personales.

## **6. LOS NO RECURRENTES**

Los sujetos procesales no recurrentes, guardaron silencio en el traslado que se les diera para pronunciarse sobre la censura propuesta.

## **7. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Conforme lo reglado por el artículo 34 numeral primero de la Ley 906 de 2004, es competente la Sala para conocer el recurso de alzada en tanto es superior funcional del Juzgado Cuarenta y Siete Penal Municipal de Medellín, despacho que profirió la providencia apelada.

A tono con lo propuesto por la apelante en su escrito, el problema jurídico a resolver, es del siguiente tenor:

- ¿Se pudo demostrar más allá de toda duda razonable, con base en las pruebas practicadas en la audiencia de juicio oral, la existencia del punible de violencia intrafamiliar y la responsabilidad del acusado en su ejecución, respecto de los hechos ocurridos el 15 de abril de 2013?

Para un debido abordaje del problema jurídico, la Sala, realizará una breve reseña sobre el delito de violencia intrafamiliar, los requisitos para su estructuración, los avances jurisprudenciales y cambios que se han presentado en torno a la dogmática de este delito, además de un breve exordio acerca de la valoración de la prueba testimonial. Todo, para descender al análisis del caso concreto.

### **6.1. Del delito de violencia intrafamiliar**

Lo primero que habrá de precisarse es que los hechos endilgados dentro del presente asunto datan del año 2013, por lo que, en razón del principio de legalidad, habrá de considerarse y analizarse el tipo penal de violencia intrafamiliar vigente para esa época, esto es sin las modificaciones introducidas por las Leyes 1850 de 2017 y 1959 de 2019.

Así, el artículo 229 del Código Penal, modificado por la Ley 1142 de 2007, estableció:

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

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

PARÁGRAFO. A la misma pena quedará sometido quien, no siendo miembro del núcleo familiar, sea encargado del cuidado de uno o varios miembros de una familia en su domicilio o residencia, y realice alguna de las conductas descritas en el presente artículo.

Este tipo penal fue consagrado por el legislador penal colombiano con el ánimo de proteger y defender la institución de la familia reconocida constitucionalmente, sancionando cualquier tipo de agresión que se pudiera ocasionar a sus integrantes, en aras de mantener intacta la armonía familiar.

De la ubicación y del texto de la norma se puede inferir que este tipo penal va dirigido a proteger la integridad física y emocional de los miembros de la familia para con ello a su vez preservar la armonía del núcleo familiar; es decir, que es una prescripción normativa bifocal, en el entendido que no solo pretende proteger a la institución de la familia sino de igual manera a cada miembro de ella individualmente considerado.

Se trata, pues, de un tipo penal de sujeto activo y pasivo calificados, en tanto ambos deben hacer parte del mismo núcleo familiar o, en gracia de discusión, del concepto extendido diseñado por el legislador; su verbo rector esta

descrito como “maltratar” y lo que se protege con dicha norma penal es, como se señaló, a la familia, entendida esta última como la unidad domestica creada con el fin de cohabitar y apoyarse moral, física y económicamente, dentro de un contexto de cariño, amor y respeto recíprocos, con vínculos de solidaridad, lealtad y objetivos comunes propios.

En efecto, la institución familiar ha sido entendida como un grupo de personas unidas por lazos de sangre, civiles o simplemente afectivos, que comparten y permanecen unidos bajo un proyecto de vida común y una convivencia permanente, aunque no necesariamente medie una cohabitación física estable, pues muchas veces ocurre que una pareja o un grupo familiar tienen un proyecto de vida plenamente concebido, con intereses en común y ánimo de permanecer juntos, pero por razones laborales, académicas o de otra índole no pueden vivir bajo el mismo techo todo el tiempo y ello no desestructura la unidad familiar porque esa unión o ánimo de conformar la familia, permanece.

La definición de familia es, por demás importante, de cara a la línea jurisprudencial<sup>4</sup> que ha desarrollado la Corte Suprema en punto a la configuración de la antijuridicidad de este específico delito, pues esta Corporación ha señalado que en este caso la tipicidad y la antijuridicidad van necesariamente ligadas para verificar la estructuración del punible, porque el hecho de que ocurra una agresión entre los integrantes de una familia, no constituye, *por se* un delito de violencia intrafamiliar, ya que la tipificación del mismo está necesariamente ligado al contexto en que se dio la agresión y la afectación que la misma causó en la armonía del núcleo familiar.

---

<sup>4</sup> Véase el contenido de las decisiones SP50899-2020, SP468-2020, SP964-2019, SP4135-2019 y SP5932-2019.



Lo anterior, no significa, de ninguna manera, que para determinar si se trata o no de violencia intrafamiliar, se requiera sistematicidad de la agresión, pues en nuestro ordenamiento penal un solo acto violento, verbal o físico, puede generar el delito de violencia intrafamiliar si llega a establecerse que el mismo fue lesivo para la unidad familiar. Es decir, para que se configure el delito de violencia intrafamiliar se pueden dar una o varias conductas maltratadoras, siendo lo importante la incidencia que tengan las mismas en la armonía y unidad del hogar.

En esa línea de pensamiento, para la Sala de Casación Penal el contexto en el que se desarrolla la conducta o las conductas maltratadoras es muy importante a la hora de hacer los respectivos análisis de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad y para ello, a manera de derrotero, ha elaborado una lista, meramente enunciativa, de factores de ponderación que se deben tener en cuenta al momento de estudiar este tipo de casos:

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

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

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

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

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

**Y (v) la probabilidad de repetición del hecho.** Por obvias razones, si el peligro de volver a presentarse el incidente que se predica como maltrato es nulo o cercano a cero, la lesión a la unidad de las relaciones de la familia, o la armonía que se predica en esta, deberá tener similar o idéntica trascendencia. Son tales escenarios los que en últimas pueden calificarse de “aislados” o “esporádicos” y serán valorables de acuerdo con datos como el estado actual de la relación de los sujetos de la conducta, la forma en que se haya resuelto el conflicto, las medidas adoptadas para no reincidir, etc.<sup>5</sup>

Véase, pues, según ya se señaló, como el delito de violencia intrafamiliar es uno donde tipicidad y antijuridicidad deben analizarse conjunta y estrechamente, para lograr determinar si el maltrato causado por un integrante de la familia a otro logró o no afectar la armonía familiar, porque en caso negativo la acción podrá enmarcarse en otro tipo penal, pero no como violencia intrafamiliar, puesto que en este reato, y esto es importante recalcarlo, no se protege, como se dijo, de manera exclusiva la integridad personal o emocional de una persona, sino esencialmente la armonía de la familia entendida esta como la unidad doméstica creada con el fin de cohabitar y apoyarse moral, física y económicamente, con vínculos de solidaridad, amor, lealtad y objetivos comunes.

---

<sup>5</sup> SP964-2019, página 15 y sgte.

En este sentido habrá de entenderse que la determinación de la afectación del bien jurídico tutelado es un aspecto que debe analizarse de cara a cada caso en particular, sin que exista un criterio general para establecer dicho quebrantamiento, **de ahí que sea muy importante auscultar el contexto desde las dinámicas propias de cada familia, las condiciones de subyugación y de dominación y el origen del conflicto**, para con ello establecer la forma como se interrelacionan sus integrantes y la relevancia de los posibles episodios de agresión que se presenten en su interior.

Así, pues, determinar si se causó la afectación al núcleo familiar y su grado, es indispensable para concretar uno de los elementos estructurales de la conducta punible, concretamente su antijuricidad material.

La violencia física y moral como herramienta correccional de los padres a los hijos está proscrita en nuestro ordenamiento jurídico desde hace mucho tiempo en razón de la sentencia C-371 de 1994; pero ello no implica, en razón de todo lo antes dicho, que cualquier castigo corporal o moral estructure automáticamente un delito de violencia intrafamiliar, por lo que en cada caso en particular el juez tendrá que analizar el contexto en medio del cual se dio el supuesto maltrato para determinar si se está en presencia de un delito de violencia intrafamiliar, de otro afectatorio de la vida o integridad corporal o psíquica del ofendido o si la conducta no es típica, antijurídica y/o culpable.

## **6.2. De la valoración probatoria**

Es importante señalar que en la Ley 906 de 2004, se ha consagrado un sistema de libertad probatoria<sup>6</sup>, pero a la vez de persuasión racional, lo que implica que para la demostración de los hechos, salvo poquísimas excepciones, no existe una tarifa legal; sin embargo, las conclusiones probatorias a las que llegue el funcionario judicial deben estar debidamente argumentadas, lo cual implica que la valoración de cada tipo de prueba debe estar acorde con su estándar científico, técnico o experiencial.<sup>7</sup>

Como la prueba que se introdujo en este juicio es eminentemente testimonial, en torno a la misma se dirá que esta por su especial condición debe ser sometida tanto a un examen interno como externo. En el primero se analizará sobre todo su consistencia, en tanto que, en lo segundo, su armonía con el resto del acervo probatorio.

Respecto del primer nivel de análisis, es la misma Ley 906 de 2004 que ordena al funcionario judicial tener en cuenta los principios técnico-científicos sobre la percepción y la memoria, en especial lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, el estado de sanidad del sentido o de los sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, la personalidad del declarante, la forma como vertió sus dichos, sus motivaciones para declarar y las singularidades que puedan observarse en el testimonio<sup>8</sup>; en tanto que respecto del segundo análisis, el código procesal prescribe perentoriamente que todas las pruebas deben ser apreciadas en su conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, para determinar su coincidencia, armonía, contraste o, por el contrario, su insularidad, contradicción o incoherencia.<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> Art. 373, Ley 906 de 2004

<sup>7</sup> Art. 380 idem

<sup>8</sup> Art. 404 idem

<sup>9</sup> Art. 380 idem

Si la prueba testimonial supera estos dos niveles de valoración de manera satisfactoria, se puede decir que es un elemento de convicción sólido y creíble y, en consecuencia, si reúne además las condiciones de pertinencia, conducencia y admisibilidad, se deberá tomar necesariamente como fundamento de la decisión judicial.

También, desde esta perspectiva, el testimonio de la víctima, así sea insular, si pasa estos dos filtros de valoración puede, sin ningún inconveniente, ser fundamento de una sentencia condenatoria, tal como en infinidad de veces la Corte lo ha sostenido:

“No se trata de que ineluctablemente exista pluralidad de testimonios o de pruebas para cotejarlas unas con otras como si solamente la convergencia o concordancia en las aseveraciones fuere la única manera fiable de llegar al conocimiento de lo acontecido o como si necesariamente toda prueba tuviera que ser ratificada o corroborada por otra.

Es que en el caso del testimonio único lo relevante, desde el punto de vista legal y razonable, es que existan y operen los criterios de apreciación previstos en el artículo 277 de la Ley 600 de 2000 (hoy 404 de la Ley 9906 de 2004, agrega esta sala).

2. Con tales referentes es por igual factible llegar a una conclusión de verosimilitud, racionalidad y consistencia de la respectiva prueba, pues purgado el testimonio único de sus eventuales vicios, defectos o deficiencias nada imposibilita que se le asigne un mérito suasorio tal que sea por sí mismo suficiente para sustentar una sentencia.

En dichas condiciones esa clase de medio de convicción no pierde su valor sólo porque sea único, acaso no lo adquiriera si confrontado con esos criterios el juzgador llegue a la conclusión de que no ofrece certeza.

Así, siendo esa la idea central a la que se reduce el cuestionamiento del libelista porque le resulta insuficiente que con la sola versión de la víctima se condene a su prohijado, olvida sin embargo que el sistema de valoración probatoria en materia penal no está sustentado en una tarifa legal, sino en la

libre y racional persuasión, de suerte que el grado de veracidad otorgado a un hecho no depende del número de testigos que lo afirman, sino de las condiciones personales, facultades de aprehensión, recordación y evocación del declarante, de su ausencia de intereses en el proceso o de circunstancias que afecten su imparcialidad y demás particularidades de las que pueda establecerse la correspondencia y verosimilitud de su relato con datos objetivos comprobables.<sup>10</sup>

Entonces, lo importante no es que sean uno o varios los testimonios, sino que intrínseca como extrínsecamente sean creíbles.

## 8. CASO CONCRETO

En el presente asunto el juez de primera instancia absolvió al procesado **Alexander Domicó Higuita** por considerar que existían serias dudas en punto a la configuración del delito de violencia intrafamiliar, por cuanto no se logró acreditar que la intención del encartado fuera dirigida a desestructurar esa armonía familiar protegida por el tipo penal en comento; no obstante, consideró que en el presente asunto si se configuró el punible de lesiones personales dolosas, procediendo a emitir condena en disfavor del procesado por ese delito, empero, como la acción penal para dicho reato se encontraba prescrita, así lo declaró en su sentencia.

Tal decisión fue censurada por la representante de la víctima por advertir que erraba el juez en la apreciación probatoria, no solo porque existía evidencia objetiva de la agresión, sino porque todos los medios testimoniales de cargo dieron cuenta de que a raíz del maltrato sufrido por la víctima ese 15 de abril de 2013, la estructura familiar conformada entre **Domicó Higuita** y la menor A.D.G., sufrió un total resquebrajamiento que daba al traste con las consideraciones de la *a quo* y permitía colegir la materialidad del delito de violencia intrafamiliar y la responsabilidad del procesado en ese delito.

---

<sup>10</sup> C.S.J., Sala de Casación Penal, Rad. 27973 del 5 de septiembre de 2011.

Visto lo anterior, pasará la Sala, luego de hacer las precisiones conceptuales y jurisprudenciales en torno al delito de violencia intrafamiliar, a un exhaustivo análisis de la prueba legalmente aportada al proceso.

En efecto, dentro del plenario se probó y ello no admitió discusión alguna por la defensa, que la menor A.D.G. es hija de **Alexander Domicó Higuita** y que la niña fue valorada en el Instituto Nacional de Medicina Legal, el 18 de abril de 2013, diagnosticándosele unas lesiones personales con una incapacidad médico legal de 10 días sin secuelas ocasionadas con mecanismo causal contundente.

Visto esto, a efectos de verificar si la Fiscalía logró acreditar la existencia del delito de violencia intrafamiliar, lo procedente será hacer el análisis de la prueba arrimada al juicio oral, siendo relevante precisar que el medio testimonial de cargo más relevante que se allegó fue la declaración de la propia víctima, quien acudió a juicio y relató lo ocurrido aquél 15 de abril de 2013 en la residencia donde habitaba con su padre y su actual familia.

La niña A.D.G.<sup>11</sup> en una abierta declaración reveló lo más íntimo de la relación que sostenía con su padre derivada de la convivencia con este desde el año 2013 en razón al otorgamiento de su custodia, indicando al detalle los constantes maltratos de palabra y de obra que recibía de su progenitor desde su llegada al hogar de este, su actual pareja y sus otros hermanos, también menores de edad.

Así mismo, la víctima señaló con sumo detalle los hechos acaecidos en el mes de abril de 2013, que derivaron en la presente investigación penal de la siguiente manera:

---

<sup>11</sup> Declaró en audiencia del 7 de marzo de 2018, entre el record 00:07:01 a 00:52:44

El caso es que, cierto día entraba yo a estudiar y ese día no había clase, entonces me fui directo para mi casa a decirle al señor Alexander que no había estudio, llegué directamente a la casa y le dije, bajamos en una moto y pues, al haber la reunión le dijeron que estaba en un comportamiento muy bajo en el colegio, y me gritó muy feo delante los profesores y los estudiantes, y me dijo que si para eso lo hacía venir, me estrujó muy feo de la mano y me subió a la moto, nos fuimos para la casa, y recuerdo yo que, me agarró muy fuerte, me quitó el jumper del uniforme y me empezó a pegar correazos muy fuertes.

Precisó la citada afectada que ese castigo tuvo su génesis en el bajo rendimiento académico que esta presentaba en sus actividades escolares.

Así mismo, la testigo relató de manera clara y precisa otros eventos durante los 10 meses que vivió con su padre, en los cuales era maltratada por el acusado y la sistematicidad de esas afrentas. Al respecto, conviene citar textualmente lo dicho por la menor en la audiencia del 7 de marzo de 2018, cuando se le indagó sobre aspectos relacionados con el trato recibido y su rol al interior del hogar:

Me insultaba muy feo, me decía que yo era un animal, que no servía para nada, que era una inútil, y siempre me decía las mismas palabras, y muchas veces me lo decía y me castigaba sin razones, y lo que más me dolía es que él me tratara como si yo fuera un animal, y como si él verdaderamente no lo fuera.

(...)

Si señora, cuando yo estudiaba tenía que levantarme muy temprano a organizar prácticamente toda la casa, en sí nunca me ayudaban, me humillaban por la comida, y siempre tenía que trabajar con unos químicos muy fuertes que me ardían los ojos, y cuando yo no lo hacía él me insultaba, y me decía que si no hacía eso, entonces que no iba a servir para nada, que si era un trabajo tan sencillo, como iba a servir para algo, eran unos químicos que me ardían muy fuerte los ojos y a mí no me gustaba.

Obsérvese como la menor fue categórica en su relato cuando señalaba que, de manera reiterada y constante, era ofendida por su padre de palabra, quien la tildaba de inútil y de animal, situaciones estas que refiere fueron



reiterativas a lo largo de la corta convivencia con su progenitor y de forma previa a los sucesos que atañen la atención de la Sala.

Otro aspecto relevante, deviene cuando la testigo señaló que a raíz de ese evento acaecido el 15 de abril de 2013, a su padre se le retiró la custodia que ostentaba sobre ella, retornando esta a vivir con su madre. La menor de igual manera señaló que los malos tratos verbales por parte de su progenitor se volvieron a presentar con posterioridad al suceso que aquí se investiga.

Este testimonio rendido por la misma víctima fue lo suficientemente claro para ilustrarnos sobre las penosas vivencias que le tocó atravesar cuando cohabitaba con su progenitor, tuvo una buena capacidad de rememoración y se rindió bajo la gravedad de juramento en razón a la edad que ostentaba al momento de acudir a la vista pública.

Estos elementos permiten a la Sala afirmar que los dichos de la menor en este caso pasan ese filtro de consistencia intrínseca que se exige por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y que por tanto su declaración es digna de toda credibilidad.

Corresponde ahora a la Magistratura el estudio de la consistencia externa de esta prueba:

El siguiente testigo de cargo fue Sandra Milena García David<sup>12</sup>, madre de A.D.G. quien si bien no fue testigo presencial de los hechos materia de investigación, si refirió aspectos que relevantes sobre la convivencia entre la menor y su padre, así como lo que pudo percibir con ocasión de los castigos que le infligía el encartado a A.D.G.

---

<sup>12</sup> Declaró en audiencia del 7 de marzo de 2018, entre el récord 00:55:17 a 00:52:44

En lo esencial de su declaración, esta testigo señaló que **Domicó Higuita** nunca ha respondido económicamente por A.D.G. y que procrearon otro hijo que, a la fecha de la realización de la audiencia de juicio oral, el encartado aún se negaba a reconocer bajo el argumento de no ser el padre del mismo, que en un tiempo le fue otorgada la custodia de su hija al procesado por lo que ella la recogía los fines de semana y siempre le notaba morados en su cuerpo.

Contó que A. llevaba aproximadamente un año viviendo con su papá en el barrio las golondrinas de este municipio y reafirmó que el castigo se obedeció por los malos resultados académicos de la menor, así mismo, relató que el trato del señor **Domicó Higuita** es siempre agresivo hacia ella y su hija.

Cuando se le indagó por los hechos acaecidos el 15 de abril de 2013, la testigo refirió que el encartado ejercía fortísimos castigos en contra de su hija, quien le contaba que recurrentemente **Domicó Higuita** la golpeaba y que para esa fecha, A se comunicó con ella y le contó que iba perdiendo unas materias y que por ese motivo su padre le iba a pegar, por lo que la deponente relata que decidió ir hasta el colegio donde estudiaba la menor con la finalidad de pedir permiso para llevársela.

Fue así como, una vez observó los morados que tenía su hija producto de los golpes que le propinó su padre, acudió a Bienestar Familiar donde le informaron sobre el estado de la niña y le indicaron que fuera a Medicina Legal, lo que efectivamente hizo.

Esta testigo contó que A llevaba aproximadamente un año viviendo con su papá en el barrio las golondrinas de este municipio y reafirmó que el castigo se obedeció por los malos resultados académicos de la menor; así mismo,

relató que el trato del señor **Domicó Higuita** es siempre agresivo hacia ella y su hija.

En sede de conainterrogatorio, la deponente indicó que en varias ocasiones le reclamó al encartado por los golpes que le asestaba a su hija y por los morados que le encontraba en el cuerpo producto de esas agresiones, a lo que este le contestaba que esa era su hija y que, en razón de la custodia otorgada, él veía como la castigaba. Indicó, además, que por estos hechos al acusado le fue quitada la custodia de la niña.

Es claro, pues, esta testigo en corroborar cuestiones tan esenciales de los hechos como: *i)* el lugar de la agresión; *ii)* los móviles de los golpes; *iii)* las zonas del cuerpo afectadas por los correazos; *iv)* el retiro de la custodia al encartado sobre su hija y la devolución de esta a su progenitora; *v)* los maltratos previos referidos por la menor y las veces en que la madre intento intervenir infructuosamente para que los mismos cesaran.

Todas estas cuestiones reafirman periféricamente el dicho de la víctima, lo hacen digno de toda credibilidad, sin que para nada pueda mermársele al mismo su valor suasorio, como erróneamente lo hizo la *a quo*. Por el contrario, del sesudo análisis de estos testimonios se puede colegir que están dados todos los elementos constitutivos del tipo penal de violencia intrafamiliar agravada, a saber:

1. Hubo maltrato físico severo del padre a la hija a tal punto que dejó lesiones en el cuerpo.
2. Fue un acto abiertamente cruel y denigrante que no solo afectó la integridad física de la niña sino su integridad moral, ya que hubo fuertes

insultos y el castigo se hizo en presencia de los demás miembros de la familia.

3. Según la víctima y su madre los hechos de maltrato físico y moral son recurrentes.

4. Este acto de violencia y los otros de que fue objeto la niña fueron tan graves que acabaron con la relación entre padre e hija (familia) al punto que al procesado le fue quitada su custodia.

Además, en razón de la corta edad de la niña para el momento de los hechos y la posición de su padre como jefe del grupo familiar, contraen una situación de superioridad y subyugación, la cual también quedó en evidencia cuando la menor refirió ser obligada a realizar varios quehaceres del hogar. Ante este tópico, la niña también indicó que era objeto de maltratos por parte del encartado, en razón a la forma en que realizaba los oficios de la casa, llegando incluso a actos denigrantes y humillativos en contra de A.D.G., los cuales se pudo corroborar que fueron sistemáticos y recurrentes en el tiempo que ella convivió con el acusado.

Ahora bien, la *a quo* otorgó un alto valor suasorio al testimonio del acusado, quien renunció a su derecho de guardar silencio y subió al estrado a declarar, aspecto del que también se dolió la recurrente y que es menester analizar en este momento.

En efecto, del testimonio rendido por **Alexander Domicó Higuita**, se puede colegir que efectivamente para el momento de los hechos convivía con su hija menor de edad A.D.G., que le propinó un castigo físico con ocasión al bajo desempeño académico de la niña. En efecto, al indagársele sobre en qué

consistió el castigo, este manifestó que le pegó con un cinturón a la altura de la cadera y los glúteos.

Así mismo, de estas declaraciones se colige que la relación entre padre e hija se resquebrajó aún más a raíz del evento acaecido el 15 de abril de 2013, pues el deponente indicó que producto de estos acontecimientos, no volvió a compartir directamente con A.D.G.

El encartado manifestó al despacho de primer nivel que pertenecía a la etnia indígena *Embera Eyabia* y que por razones del conflicto armado se vio avocado a abandonar el resguardo desde hace casi 15 años, viviendo en la ciudad de Medellín desde el año 2011 aproximadamente.

Los dichos del enjuiciado en su declaración, antes de enervar su responsabilidad, obran en su contra por cuanto todo su relato del castigo infligido a la menor es plenamente coincidente con el dicho de la víctima y su madre, quienes manifestaron que el acusado había golpeado fuertemente a su hija en razón del bajo rendimiento académico que esta presentaba.

Del mismo modo, fue conteste el acusado en señalar que existía un acuerdo entre él y su hija respecto a la reprimenda que recibiría si se reiteraban los malos resultados escolares.

Esta situación de acuerdo, no desdibuja en nada lo desproporcionado y grave del castigo infligido por el encartado en contra de A.D.G. ni mucho menos podría pensarse que la conducta se desdibujaría por cuenta de ese pacto pues, tal como se dijo en la parte considerativa de este proveído, los castigos físicos denigrantes de padres hacia hijos se encuentran categóricamente prohibidos en el territorio nacional, y ello debió conocerlo el señor **Domicó Higuita** pues, pese a manifestar que pertenece a una etnia indígena, el

tiempo que lleva viviendo en esta comunidad lo hacen conocedor de las pautas de comportamiento que imperan en la sociedad a la cual pertenece actualmente.

Por ello, no entiende la Sala los motivos de la primera instancia al indicar que la reprimenda dada por el encartado a la menor no constituía un delito de violencia intrafamiliar cuando en el presente asunto se encuentran dados todos los presupuestos para que se configurara esa conducta punible y la responsabilidad del acusado en la misma.

Recuérdese que en este tipo de eventos lo que se castiga es la agresión física, verbal o psicológica sobre un miembro de la familia que tenga la entidad suficiente para poner en riesgo o quebrar la armonía familiar, situación que ocurrió patente en el presente asunto, sin que sea exigible, como lo pide la primera instancia, un dolo directo del agente en afectar el bien jurídico tutelado, toda vez que ello se presenta más bien como un efecto colateral del acto de violencia, por lo que a lo sumo se podría exigir es un dolo eventual. En otras palabras, la intencionalidad se exige es del maltrato y no la finalidad de afectar la sana convivencia hogareña.

Así entonces, no solo es claro que los hechos aquí investigados sí existieron en el contexto de una violencia intrafamiliar, sino que, además, está claro, porque así lo revela la prueba aportada, que la agresión que le propinó el procesado a la víctima el 15 de abril de 2015, lo fue dentro de esa sujeción o relación de dominación que este ejercía sobre aquélla, porque ese hecho concretamente lo desencadenó el bajo rendimiento académico de su hija lo cual ocurrió en el contexto de esa relación subordinada entre padre e hija y las exigencias que este tenía en el ámbito académico.

También deviene diáfano que esos maltratos fueron derivados de una pauta sistemática de sometimiento en contra de A.D.G. y que no eran producto de un solo hecho aislado; así mismo, se tiene que esa reprimenda utilizada por el encartado extrapolo con creces su poder correccional que le asistía como padre de familia y llegó al ámbito de la violencia física, tal como lo hizo notar la *a quo* en su proveído y que no solo se quedó en el campo de las lesiones personales, sino que trascendió hasta la armonía familiar ocasionando el rompimiento de la relación que A.D.G. sostenía con su padre, al punto que al procesado le fue quitada la custodia sobre su hija y con ello perdieron todo contacto y comunicación asertiva.

Entonces, contrario a lo que dedujo la primera instancia, no es exigible para tipificar la violencia intrafamiliar que se quiera romper con el núcleo familiar, basta con el hecho de agredir a un miembro de esa familia y que dicha agresión comporte la intensidad suficiente para romper la armonía de ese conglomerado base, lo que indefectiblemente ocurrió en este evento y quedó debidamente acreditado con la prueba testimonial de cargo arrimada a la actuación por la delegada fiscal.

Para esta Sala no solo es claro que los hechos aquí investigados sí existieron en el contexto de una violencia intrafamiliar, sino que, además, y así lo revela la prueba aportada, los malos tratos desplegados por el acusado en desfavor de su hija han sido sistemáticos y reiterativos durante el tiempo que duró su convivencia, al punto que ello culminó con la separación de estos y el retiro de la respectiva custodia por la autoridad administrativa competente.

Ahora, se tiene demostrado al interior del proceso que para el momento de los hechos aquí juzgados, A.D.G. contaba con escasos 11 años de edad situación que tiene su respaldo en la estipulación número 4 presentada al inicio del juicio oral, lo cual respalda fáctica y jurídicamente el agravante

endilgado por la Fiscalía desde la acusación y reiterado en la petición de condena.

[W1][MCDA2] En consecuencia, la sentencia absolutoria de primera instancia deberá ser **REVOCADA** y en su lugar condenar a **Alexander Domicó Higuita** por la violencia intrafamiliar agravada por cuanto la misma recayó sobre su hija, quien para la fecha de los hechos era menor de edad.

## 8. CALIFICACIÓN JURÍDICA

Vistas las consideraciones antecedentes, debe decirse que el señor **Alexander Domicó Higuita** será condenado por el delito contenido en el artículo 229 inciso 2, Capítulo I, Título VI, delitos contra la Familia, Código Penal Colombiano, Ley 599 de 2000, que para la fecha de los hechos aparejaba una pena de prisión de 6 a 14 años meses.

## 9. TASACIÓN DE LA PENA

Teniendo en cuenta que el fallo absolutorio del *a quo* fue revocado, lo procedente es la celebración de la audiencia de individualización de pena porque, pese a que en la actualidad es criterio de la Corte Suprema de Justicia<sup>13</sup> que ese espacio procesal solo es posible habilitarlo en primera instancia y no en segunda, esta Sala Mayoritaria considera que dicha postura resulta inconstitucional, como quiera que la audiencia de individualización de pena es indispensable realizarla, pues allí es el espacio donde las partes

---

<sup>13</sup>,CSJ SP, 9 Sep. 2015. Rad 42754.En el mismo sentido, CSJ SP, 14 Ago. 2012 Rad. 38467, CSJ SP, 26 Sep. 2012, Rad. 37761; CSJ SP, 24 Oct. 2012, Rad. 36616; CSJ AP, 24 Abr. 2013, Rad. 40125; CSJ AP 4992-2014, 27 Ago. 2014, Rad. 41630; CSJ AP – 869 – 2015, 25 feb. 2015, Rad. 40810.



pueden alegar cuestiones relativas a la calidad y cantidad de la pena, así como la forma de ejecutarla, lo cual es un asunto trascendental dentro de la resolución final del proceso.

Así las cosas, se advierte que conceder la oportunidad para pronunciarse frente a esos tópicos no solo al ahora condenado, sino a la víctima y la Fiscalía, es fundamental para garantizar sus derechos como intervinientes y no puede soslayarse tal prerrogativa so pretexto de que solo esta estatuida para la primera instancia.

Con fundamento en lo anterior, en este asunto, procedió a concedérsele a las partes la oportunidad para que se pronunciaran en relación con las condiciones familiares, sociales, individuales, modo de vivir de **Alexander Domicó Higuita** y sus antecedentes. Además, en relación con la posible pena a aplicar y la concesión de subrogados, quienes expusieron:

Tanto el delegado del ente acusador como el representante del Ministerio Público dejaron a consideración de la Magistratura los temas atinentes al monto de la pena y a la concesión de beneficios y subrogados en favor del procesado.

La representante judicial de la víctima manifestó, en cuanto a la pena, que se tuviera en cuenta la circunstancia de agravación endilgada al procesado, sin referirse sobre la tasación de la sanción ni la ubicación en el cuarto de movilidad respectivo.

Solicitó que la pena impuesta se cumpla de forma intramural pues, si bien para la fecha de comisión del delito, la violencia intrafamiliar no estaba

enlistada en el artículo 68 A, no se cumplen los requisitos legales para la concesión de beneficios y subrogados penales. Para fundar tal aserto, la abogada de la afectada señaló que, para la suspensión de la ejecución de la pena, la norma imperante para la fecha de los hechos exigía que la pena impuesta fuera de 3 años, requisito que obviamente no se cumple; igual situación ocurriría en vigencia de la Ley 1709 de 2014, en caso de aplicarse por favorabilidad, por cuanto la pena a imponer excede de los 4 años.

Refirió que tampoco se cumplen los requisitos de la prisión domiciliaria en ninguno de los 2 momentos legislativos, pues para la primera se exigía que la sentencia se impusiera por una conducta cuya pena mínima fuera de 5 años y que el condenado no fuera del grupo familiar de la víctima, aspectos que no se cumplen en el *sub judice*. Ahora, con la reforma de la Ley 1709 de 2014 se requiere que la sentencia se imponga por una de 8 años o menos, pero hay un segundo requisito y que el delito este por fuera del 68 A, lo que de facto impide la concesión del beneficio bajo esa cuerda normativa.

Por último, solicitó la aplicación de las penas accesorias contempladas en los numerales 10 y 11 del artículo 43 del C.P. porque guardan relación directa con la conducta punible sancionada y previenen el posible acaecimiento futuro de esta.

El defensor de **Domicó Higuita** indicó que, dadas las dinámicas de la defensoría pública y la imposibilidad de contactar al procesado, no tiene elementos para solicitar beneficios y subrogados, limitando su petición a la imposición de la pena mínima contemplada en la Ley para el delito por el cual se condena.

En concordancia con lo anterior, lo primero que ha de advertirse es que el delito por el cual resultó condenado el señor **Alexander Domicó Higuita** es el de violencia intrafamiliar agravada, según hechos acontecidos el día 15 de abril de 2013, el cual trae aparejada una pena de prisión de 6 a 14 años.

Establecidos así los límites punitivos, los cuartos quedan conformados de la siguiente manera:

Cuarto mínimo	Cuarto medio	Cuarto medio	Cuarto máximo
6 a 8 años de prisión	8 años y un día a 10 años de prisión	10 años y un día a 12 años de prisión	12 años y un día a 14 años de prisión

Como dentro del juicio no se alegaron circunstancias de mayor punibilidad, pero si hay una de menor que es la ausencia de antecedentes, la pena a imponer se ubicará en el primer cuarto, dentro del cual se ha de asignar la pena mínima, siendo la sanción a imponer a **Domicó Higuita** la de seis años de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por idéntico término al señalado como pena de prisión.

Así mismo, se acogerá la petición de la apoderada de la víctima atinente a la imposición de la prohibición de aproximarse a la víctima y/o a integrantes de su grupo familiar o de comunicarse con estas personas, por considerarse que las mismas son útiles y razonables para propender por la preservación de la integridad física y psicológica de la menor A.D.G.; estas prohibiciones duraran el mismo lapso de la pena de prisión impuesta al procesado.

## 10. SUBROGADOS PENALES Y PRISIÓN DOMICILIARIA

Como el delito se cometió el 14 de abril de 2013 no le es aplicable la modificación traída por la Ley 1709 de 2014, debiéndose considerar para el otorgamiento de la suspensión condicional de la pena la legislación vigente para esa fecha.

Revisando el texto normativo de la Ley 599 de 2000, se tiene que el canon 63 original traía como primer requisito para el otorgamiento de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, que el *quantum* punitivo impuesto no excediera los 3 años, requisito que diáfánamente no se cumple en este asunto, por cuanto la pena impuesta al procesado fue de 6 años de prisión, no habiendo lugar a la concesión del subrogado en cita.

Ahora, en lo que atiene a la prisión domiciliaria encuentra la Sala que, para la fecha de los hechos, tenía plena vigencia la Ley 1453 de 2011, la cual contemplaba como primer requisito para la concesión de ese sustituto que la sentencia de condena se impusiera por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos; este requisito tampoco se cumple en el caso de marras, por cuanto el mínimo de la pena prevista para el delito de violencia intrafamiliar agravada es de 6 años.

Ahora, si en razón del principio de favorabilidad, se verificara el cumplimiento de las exigencias de Ley 1709 de 2014, se tiene que si bien esta contempla que el delito por el cual se emitió reproche tenga un mínimo de 8 años, lo cierto es que no se cumple con el segundo requisito de la precitada norma, por cuanto esa misma ley incluyó a la violencia intrafamiliar en el listado taxativo de prohibiciones del 68 A.

Así las cosas, no es posible en esta oportunidad otorgar al señor **Alexander Domicó Higuita** la concesión cualquier beneficio o subrogado penal.

En mérito de lo expuesto, la **Sala Penal Mayoritaria del TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

## **11. RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia absolutoria proferida el 24 de agosto de 2020 por el Juzgado Cuarenta y Siete Penal Municipal de Conocimiento de Medellín, para, en su lugar, **CONDENAR** al señor **ALEXANDER DOMICÓ HIGUITA** como **AUTOR** del delito de **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR AGRAVADA**, consagrado en el artículo 229 del Código Penal, imponiéndole una pena principal de seis años de prisión.

**SEGUNDO: IMPONER** como penas accesorias al señor **DOMICÓ HIGUITA** la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por igual término que la pena principal y la prohibición de acercarse a la víctima y/o a los integrantes de su grupo familiar y la de comunicarse con ellos, por el mismo término que la pena principal.

**TERCERO: NEGAR** al señor **DOMICÓ HIGUITA** la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, debiendo cumplir la aquí impuesta en el establecimiento carcelario que designe el INPEC. Líbrese la correspondiente orden de captura.

**CUARTO:** Esta decisión se notifica en estrados y contra ella procede la impugnación especial para el procesado y/o su defensor ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, de conformidad con las sentencias C-792/14, SU 216/15 y SU 217/19 y los parámetros trazados en el auto AP1263-2019 radicado 54215 del 3 de abril de 2019.

**QUINTO:** Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de Casación para las demás partes e intervinientes, en los términos del artículo 180 y siguientes de la Ley 906 de 2004.

**SEXTO:** Una vez en firme, remítase de inmediato el expediente a los Juzgados de Ejecución de Penas para lo de su cargo.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO**

**Magistrado**



**RICARDO DE LA PAVA MARULANDA**

**Magistrado**

**Con salvamento parcial de voto**



**OSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ**

**Magistrado**

**Con salvamento de voto**

Medellín, 29 de octubre de 2021

Doctores:

LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO Y  
RICARDO DE LA PAVA MARULANDA.

Señores sujetos procesales e intervinientes:

Como es sabido, el proyecto inicialmente me correspondió por reparto y presenté ponencia en la que absolvía al acusado, por otras razones distintas a las emitidas por la funcionaria de instancia, luego de varias discusiones al respecto, mantuve mi posición y ello conllevó a que mi ponencia no fuera acogida, por ello le correspondió elaborar una nueva al dr. CERÓN ERASO. En orden a la transparencia, presentó enseguida los argumentos que planteé desde un comienzo y que sigo defendiendo:

#### **“6.2 - DEL DELITO DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR**

Realizando un recuento sobre las modificaciones que ha sufrido el delito de violencia intrafamiliar en nuestra legislación encontramos que ha sido constante, desde antes de la expedición del actual código penal, ley 599 de 2000, hasta la fecha. La norma inicial del código contenía una pena de 1 a 3 años de prisión y la agravante solo comprendía a los menores. Este delito, conforme la ley 906 de 2004, artículo 74, era querellable. La ley 882 de 2004 aumentó las causales de agravación a la mujer, al anciano a una persona que se encuentre en incapacidad o disminución física, sensorial y psicológica, o quien se encuentre en estado de indefensión. Luego se aumentó la pena por la aplicación de la ley 890 de 2004, de 1/3 a la 1/2. La ley 1142 de 2007 también incrementó la sanción privativa de la libertad de 4 a 8 años y concretó la agravante para menores, mujeres, mayores de 65 años, o personas con incapacidad física, sensorial y psicológica o quien se encuentre en estado de indefensión, a más extiende la norma a quien no siendo miembro del núcleo familiar sea encargado del cuidado de uno o varios miembros de la familia en su domicilio. Esta norma establece que este delito no es querellable.

La ley 1257 de 2008 establece un complemento al tipo penal en especial por las penas accesorias consagradas, de no acercarse a la víctima y de no comunicarse con ella, a la vez determina quienes son parte del concepto de familia. También contiene un agravante para cuando el homicidio o las lesiones se realicen “por el hecho de ser mujer”, igual, hay una causal de agravación en el caso del secuestro cuando el autor sea pariente de la víctima. Esa misma consecuencia ocurre cuando el autor de delitos sexuales sea pariente de la víctima. Nuevamente se volvió a la investigación de este delito de oficio.

La ley 1453 de 2011 nuevamente volvió al sistema de iniciación de la investigación por querrela. La ley 1542 de 2012 estableció la investigación de oficio de estos delitos, restringió el derecho a la libertad provisional y, además, y mantuvo las penas, en especial cuando son víctimas las mujeres. La ley 1850 de 2017 modificó el tipo penal en lo relacionado con el adulto mayor ahora es el mayor de 60 años.

Por último, la ley 1959 de 2019 modificó el tipo penal en el sentido que, si el responsable tiene antecedentes penales por delitos de violencia familiar o contra la vida o la integridad física o contra la libertad, integridad y formación sexuales durante los 10 años anteriores a la ocurrencia de los hechos, la pena se impondrá dentro del cuarto máximo punitivo. Igualmente extiende el tipo penal para quienes fueron esposos o compañeros permanentes, el padre o madre de familia, aunque no convivan en el mismo lugar, quien no siendo miembro del núcleo familiar esté al cuidado dentro o fuera del domicilio de un miembro de la familia y, además, las personas que tengan o hayan tenido relaciones extramatrimoniales de carácter permanente que se caractericen por una clara e inequívoca vocación de estabilidad.<sup>14</sup>

Como bien puede observarse, es una norma que debido al concepto del populismo punitivo se ha venido ampliando a supuestos bastante controvertidos y las penas aumentaron lo mismo que las restricciones para quienes cometen estas conductas.

Según el artículo 229 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 33 de la Ley 1142 de 2007, el delito de violencia intrafamiliar, acusado en este caso, en su aspecto esencial se encuentra tipificado de la forma como se citó en párrafos precedentes, en donde además se establece como un tipo penal subsidiario pues únicamente será aplicable si el maltrato físico o psicológico, no constituye delito sancionado con pena mayor, como ocurre, por ejemplo, con cierta clase de lesiones personales o el homicidio.

Los sujetos, tanto activo como pasivo son calificados, toda vez que deben hacer parte del mismo núcleo familiar. Según el artículo 2º de la Ley 294 de 1996, la cual tuvo “por objeto desarrollar el artículo 42, inciso 5º de la Carta Política, mediante un tratamiento integral de las diferentes modalidades de violencia en la familia, a efecto de asegurar a ésta su armonía y unidad”, en vigor para la fecha de los sucesos, se consideran como integrantes de la familia:

- “a) Los cónyuges o compañeros permanentes;
- “b) El padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar;
- “c) Los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos;
- “d) Todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica”.

El artículo 26 de la Ley 1257 de 2008 que modificó el numeral 1 del artículo 104 de la Ley 599 de 2000, el cual establece las causales de agravación punitiva para el delito de homicidio, a las que también alude el artículo 119 para el punible de lesiones personales, dispuso en similares términos incrementar la pena cuando

---

<sup>14</sup> Es criticable la ampliación de este tipo penal a supuestos que no son parte del concepto de familia, ello hace pensar en la inconstitucionalidad de la norma. Igual conclusión puede darse por la manera como se aplica la circunstancia de ubicar en el último cuarto de pena, el hecho que el condenado tenga antecedentes, al final estamos hablando que el derecho penal nuestro es de acto, situación que desconoce la norma en mención. Ni se diga de las hipótesis prácticas que se pueden dar, dadas las penas tan drásticas para estos delitos.



la conducta se cometiere “En los cónyuges o compañeros permanentes; en el padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar, en los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos; y en todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integradas a la unidad doméstica”. En igual sentido el artículo 32 de la misma ley hace referencia a los integrantes de la familia para la tipificación del delito contenido en el artículo 230 del Código Penal.

Cuando la norma transcrita dispone que procede la agravación de la pena si las lesiones recaen en “los cónyuges o compañeros permanentes”, se está refiriendo a aquellas que uno le cause al otro. Así mismo, cuando señala que las lesiones se produzcan en “el padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar”, no está apuntando a los padres entre sí, sino al hijo como posible autor.

De otra parte, cuando establece la agravante de pena si la lesión se produce en “los ascendientes o descendientes de los anteriores” se está refiriendo a abuelos, bisabuelos, tatarabuelos, hijos, nietos, bisnietos y tataranietos. Igual se agrava cuando las lesiones recaigan en “los hijos adoptivos” y “todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integradas a la unidad doméstica”.

En suma, la agravación punitiva para el delito de lesiones personales se deriva, en primer lugar, del vínculo vigente de la pareja, los hijos respecto de los padres, aunque no convivan, los demás ascendientes y descendientes, y los hijos adoptivos.

En segundo término, de quienes conforman con carácter permanente la “unidad doméstica”, como puede ocurrir con una persona sin vínculo consanguíneo que conforma dicha unidad, por ejemplo, el padrastro en una familia ensamblada o reformada respecto de los hijos de su cónyuge concebidos en un compromiso anterior.

Puntualizado lo anterior se tiene que, en forma similar a las causales de agravación para el delito de lesiones personales, la violencia intrafamiliar puede recaer:

- (i) Entre los cónyuges o compañeros permanentes entre sí, siempre que mantengan un núcleo familiar.
- (ii) En los padres, cuando el agresor es el hijo, sin que importe si ambos progenitores conviven. Si el artículo 2 de la Ley 294 de 1996 establece que son integrantes de la familia “El padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar”, ello permite concluir que son familia respecto de sus hijos y por siempre, pero si esos progenitores no conviven en el mismo hogar no conforman entre ellos un núcleo familiar.
- (iii) En los ascendientes y descendientes si conforman un núcleo familiar, y los hijos adoptivos, porque frente a éstos igualmente el concepto de familia impone deberes más allá de la vida en común.
- (iv) En uno o varios miembros de la familia en su domicilio o residencia, causada por quien, no siendo miembro del núcleo familiar, sea encargado de su cuidado.

Estas cláusulas articulan la realidad social y las disposiciones normativas, al reconocer que existen vínculos familiares intemporales que imponen deberes infranqueables, y así mismo convivencias que al terminar, como las de las parejas, pierden -o deberían perder- la protección especial que el derecho les dispensa cuando existe vida en común.

Ahora, conforme al principio de tipicidad que hace parte del núcleo esencial del principio de legalidad en materia penal, se requiere que las conductas objeto de sanción se encuentren definidas en el tipo penal de forma precisa e inequívoca, para que el ciudadano esté en condiciones de decidir si ajusta su comportamiento al supuesto de hecho o se abstiene de hacerlo y, a su vez, el juez pueda constatar con nitidez si el individuo realizó o no la conducta establecida por el legislador como delictiva.

Entonces, si el artículo 229 del Código Penal sanciona a quien “maltrate física o psicológicamente a cualquier miembro de su núcleo familiar”, se entiende que no basta maltratar a un miembro de la familia, sino que es necesario que aquél haga parte de dicho contexto nuclear.

Igualmente es preciso establecer una valoración del verbo “maltratar”, como lo dijimos anteriormente, si nos tornamos en exégetas estaríamos judicializando a la inmensa mayoría de familias en Colombia, requiere al menos dos condiciones: la primera, respecto a la permanencia del maltrato, no puede ser un evento aislado sino una situación que se de manera recurrente. El segundo elemento será la gravedad de la violencia, esta tiene que sobrepasar unos límites suficientes para atentar de manera relevante el bien jurídico protegido de la familia. En cada caso concreto estos elementos se tienen que probar.

Desde luego, más allá de la culminación del vínculo entre los progenitores, subsisten los lazos familiares con sus descendientes, pues siempre seguirán siendo padres y continúan con las obligaciones para con sus hijos, como las de alimentación y educación “mientras sean menores o impedidos” (artículo 42 Constitucional).

Pero también derivadas de esa unidad familiar, los hijos, cuando sean adultos, tendrán responsabilidades para con sus padres en la vejez, como la de prestarles alimentos y cuidado (art. 411-c del Código Civil), si cuentan con capacidad económica y sus progenitores no se encuentran en condiciones para sostenerse por sus propios medios, en orden a satisfacer, por lo menos, su mínimo vital.

Tampoco puede edificarse la noción de unidad familiar únicamente a partir de los derechos de los niños y de su interés superior conforme al artículo 44 de la Constitución, pues si bien les asiste el derecho a “tener una familia y no ser separados de ella”, no puede entenderse que tal derecho obligue a sus padres a permanecer juntos, es decir, a no separarse o divorciarse, circunstancia que claramente quebrantaría a los progenitores en su dignidad, autodeterminación y autonomía personal que se erigen en límites a la intervención del Estado.

La familia existe para los niños, no hay duda, pero no únicamente para ellos, pues también comporta un espacio para que los miembros de la pareja desarrollen sus diversas facetas (afectiva, sexual, reproductiva, profesional, económica, etc.) y a su vez participen los demás que la integran, como tíos, primos, cuñados, abuelos, etc.

Afirmar que una vez cesa la convivencia entre cónyuges o compañeros permanentes se mantiene entre ellos el "núcleo familiar" cuando tienen un hijo en común menor de edad, o cuando se da la ruptura como parece decir la última legislación que fue expedida, ello pues comporta una ficción ajena al derecho penal. Resulta por lo menos incorrecto, a la luz del principio lógico de no contradicción (según el cual, algo no puede ser y no ser al mismo tiempo), que se edifique el ámbito del núcleo familiar, el cual supone la existencia real y no meramente formal de una familia en su conjunto, su unión, su cotidianidad, su vínculo estrecho, su afectividad y su coexistencia diaria, a partir de la noción de hijo de familia, sin importar si los padres se encuentran o no separados. Si el núcleo supone unión y conjunción, se desvirtúa y pierde su esencia cuando hay desunión o disyunción entre sus integrantes.

Además tal situación es también ajena al bien jurídico protegido, si ya no existe un vínculo familiar, es claro que a partir de ese momento cesan la mayoría de obligaciones con sus miembros, pues ya no existe familia, sin embargo, no tiene sentido que a pesar de ello se pretenda insistir en obligaciones que no poseen una causa o un fundamento jurídico que las justifique, puede, en gracia a la discusión ser tipificada en otro título del Código Penal, pero no referidos a la protección de la familia.

Por otra parte, no hay duda que los menores, mientras no se emancipen, tienen la condición de hijos de familia. Pero ello no puede conducir a la suposición artificiosa de que los padres, aunque se encuentren separados o inclusive, aunque nunca hayan convivido (como puede ocurrir con el hijo fruto de una fugaz relación sexual), o cuando den por finalizada esta relación, integren el núcleo familiar objeto de tutela dentro del ámbito de protección de la norma que se ocupa de la violencia intrafamiliar (artículo 229 del Código Penal).

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

Dogmáticamente en el delito de violencia intrafamiliar la noción de núcleo familiar resulta de obligatoria constatación en el ámbito de la tipicidad, pero a su vez, en sede de la categoría de la antijuridicidad, **corresponderá verificar si el maltrato físico o psicológico tuvo entidad suficiente para lesionar el bien jurídico de la armonía y unidad familiar.** Si la agresión no ocurre entre miembros del mismo núcleo, la conducta podrá ser típica de lesiones personales, pero no de violencia intrafamiliar. **Si tiene lugar entre integrantes del núcleo familiar, pero carece de importancia para causar afrenta al bien jurídico objeto de protección, el comportamiento será típico de violencia intrafamiliar, pero no antijurídico.**

Sobre el tema ha puntualizado la Corte<sup>15</sup>, al ocuparse de la verificación que deben realizar los funcionarios judiciales al ponderar la vulneración del bien jurídico que:

*“Corresponde al juez en cada caso constatar si la violencia física o el maltrato psicológico tienen suficiente entidad para lesionar de manera efectiva el bien jurídico de la unidad familiar (antijuridicidad material), pues en no pocas ocasiones, situaciones incidentales no son aptas para dar al traste con la armonía de la familia, de modo que si conforme con el artículo 2º de la Constitución Política, ‘Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares’, desbordaría la judicatura el legítimo alcance del derecho penal si tuviera como delictivas ciertas conductas inocuas o intrascendentes, cuya sanción sí podría traer consecuencias irreparables para la unidad familiar al disponer, por ejemplo, la privación de libertad de uno de los miembros del núcleo”.*

Acerca de la exigencia típica de que el maltrato recaiga sobre un miembro del núcleo familiar, en un caso en el cual una mujer denunció a su hermano por el delito de violencia intrafamiliar por haberla golpeado, la Corte<sup>16</sup> señaló que “la disposición se encuentra dirigida a los miembros que integran la unidad familiar”, de manera “que los hermanos sólo hacen parte de esta descripción cuando integran la unidad doméstica”, no así cuando “cada uno tiene su propio núcleo familiar”, caso en el cual “al desecharse, entonces, objetivamente la estructuración de este ilícito emerge el delito de lesiones personales”.

En igual sentido, señaló la Corte Suprema<sup>17</sup> al decidir que no procede la causal de agravación del homicidio establecida en el artículo 26-1 de la Ley 1257 de 2008, cuando recae:

*“..en todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integradas a la unidad doméstica”, tratándose de cuñados cuando no integran el mismo núcleo familiar, pues si bien tal legislación “no definió puntualmente lo que debe entenderse por unidad doméstica ni detalló sus integrantes, de su texto puede inferirse que para que ella se configure es irrelevante el parentesco, luego bien podrían hacer parte de ella cuñados, tíos, sobrinos, etc. No obstante, para que esa circunstancia de agravación se estructure es necesario que dentro del proceso se demuestre, por lo menos, la convivencia de la víctima y del victimario bajo un mismo techo y las relaciones de afecto existentes en razón de la coexistencia”<sup>18</sup>.*

En sentido similar, en un caso en el cual un hombre golpeó a su compañera con la que no había cumplido 2 años de convivencia y la defensa alegó en casación que no se había constituido la unión marital de hecho, la Corte<sup>19</sup> decidió no casar el fallo de condena por el delito de violencia intrafamiliar e indicó:

<sup>15</sup> CSJ SP, 5 oct. 2016. Rad. 45647

<sup>16</sup> CSJ AP, 13 jun. 2013. Rad. 35764.

<sup>17</sup> CSJ SP, 4 ago. 2010. Rad. 34510.

<sup>18</sup> En criterio de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, la convivencia bajo el mismo techo y de manera permanente es un elemento configurativo de la unidad doméstica a que se refiere el artículo 2 de la Ley 294 de 1996, y en ese orden la “cuidadora” de una menor hace parte de la unidad doméstica (Auto del 3 de diciembre de 2009. Radicación 11001-03-06-000-2009-00069-00 (C). Conflicto negativo de competencias entre la Comisaría Octava de Familia y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - Defensoría de Familia del Centro Integral para la familia de la comuna 8, adscrita al Centro Zonal Suroriental del municipio de Medellín.

<sup>19</sup> CSJ SP, 28 marzo 2012. Rad. 33772.

*“La comunidad de vida implica cohabitación y colaboración económica y personal en las distintas circunstancias de la vida, así como la convivencia que posibilita la recíproca satisfacción de las necesidades sexuales; exige que ese trato de pareja que se dispensan los compañeros sea conocido dentro del círculo social y familiar al que pertenecen. La permanencia se traduce en la duración firme, la constancia y la perseverancia de esa comunidad de vida. Y la singularidad se refiere a que tal comunidad de vida se reconoce únicamente en relación con el otro miembro del vínculo, es decir, que debe ser exclusiva al no ser posible la simultaneidad de uniones maritales de hecho o de ésta con relaciones maritales (civiles o religiosas) vigentes”.*

No en vano el inciso final del artículo 229 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 33 de la Ley 1142 de 2007, señala que también puede incurrir en el delito de violencia intrafamiliar quien “no siendo miembro del núcleo familiar, sea encargado del cuidado de uno o varios miembros de una familia en su domicilio o residencia, y realice alguna de las conductas descritas en el presente artículo”, precepto que reitera la necesidad de que agresor y agredido pertenezcan a una unidad doméstica, inclusive, sin que medien vínculos de consanguinidad, pues no se trata de asegurar la tranquilidad y armonía de la familia in extenso, sino del hogar en concreto, palabra que se refería al sitio donde se encendía el fuego, alrededor del cual se reunía la familia para calentarse y alimentarse.

En efecto, si por desarrollo legal una enfermera puede cometer el referido delito de violencia intrafamiliar pues está con ella preestablecida una relación de cuidado y se supone hay una relación en el que el miembro de la familia no está en condiciones de autosuficiencia, en otras palabras, aquella adquiere una posición de garante frente a la persona por cuidar.

Al agredir a alguno de los miembros del núcleo, puede deducirse que la noción de unidad familiar corresponde establecerla a partir de reconocer la realidad que se le presenta al juzgador como cuando se circunscribe a quienes comparten un techo, como ocurre con la familia nuclear integrada por padre, madre e hijos comunes, la familia extendida o amplia conformada, además de los anteriores, por otros familiares como abuelos, tíos, primos, etc., la familia monoparental constituida por un progenitor y sus hijos en razón de la muerte o separación del otro padre y la familia ensamblada o reformada compuesta por padre o madre, o ambos, con hijos de un compromiso anterior y del actual. Nótese que, en el último caso, no son los vínculos biológicos o consanguíneos los que articulan la unidad familiar doméstica sino la comunidad integrada, como ocurre entre los hijos de una relación anterior del hombre y los hijos de un compromiso precedente de la mujer que conviven bajo el mismo techo.

Igualmente, si la madrastra que convive con su esposo y los hijos de este, los maltrata físicamente, se configura la violencia intrafamiliar. No hay vínculo de consanguinidad entre víctimas y agresora, pero si unidad familiar.

En un asunto en el que un hombre agredió verbal y físicamente a su compañera por solicitarle dinero para el desayuno, con quien convivía hacía 10 años y tenían 2 hijos menores de edad y en casación la defensa

pretendió demostrar probatoriamente, sin éxito, que pese a vivir bajo el mismo techo ya no eran pareja, la Sala de Casación Penal,<sup>20</sup> señaló:

*“El propósito del legislador, al tipificar esa conducta como delito, es amparar la armonía doméstica y la unidad familiar, sancionando así penalmente el maltrato físico o psicológico infligido sobre algún integrante de la familia. Bajo esa línea, el elemento esencial para que el mismo se configure es que ese maltrato provenga de y se dirija sin distinción hacia un integrante del núcleo familiar o de la unidad doméstica, en tanto el concepto de familia no es restringido ni estático, sino que evoluciona social, legal y jurisprudencialmente.*

*“Los sujetos activo y pasivo son calificados, en cuanto uno y otro deben ser miembros de un mismo núcleo familiar, entendiendo este concepto en su sentido amplio, tanto así que, incluso, puede ser sujeto activo quien no teniendo tal carácter esté encargado del cuidado de uno o varios miembros de la familia en su domicilio o residencia”.*

Por su parte, el Código Penal Federal de México establece lo siguiente:

*“Artículo 343 bis. Por violencia familiar se considera el uso de la fuerza física o moral así como la omisión grave, que de manera reiterada se ejerce en contra de un miembro de la familia por otro integrante de la misma contra su integridad física, psíquica o ambas, independientemente de que pueda producir o no lesiones.*

*“Comete el delito de violencia familiar el cónyuge, concubina o concubinario; pariente consanguíneo en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado; pariente colateral consanguíneo o afín hasta el cuarto grado, adoptante o adoptado, que habite en la misma casa de la víctima.*

*“A quien comete el delito de violencia familiar se le impondrá de 6 meses a 4 años de prisión y perderá el derecho de pensión alimenticia.*

*“Artículo 343 ter. Se equipara a la violencia familiar y se sancionará con seis meses a cuatro años de prisión al que realice cualquiera de los actos señalados en el artículo anterior en contra de la persona con la que se encuentre unida fuera del matrimonio; de los parientes por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado de esa persona, o de cualquier otra persona que esté sujeta a la custodia, guarda, protección, educación, instrucción o cuidado de dicha persona, siempre y cuando el agresor y el agredido habiten en la misma casa”.*

De lo anterior concluye la Corte que para la configuración del delito de violencia intrafamiliar es necesario que victimario y víctima pertenezcan a la misma unidad familiar, –en los términos del citado estatuto punitivo mexicano— pues de no ser ello así, la agresión de uno a otro no satisface la exigencia típica de maltratar a un miembro del mismo núcleo familiar y tampoco vulnera el bien jurídico de la “armonía y unidad de la familia”, caso en el cual deberá procederse, por ejemplo, conforme a las normas que regulan el delito de lesiones personales agravadas en razón del parentesco si a ello hay lugar.

Desde luego, se incluye también y es objeto de protección la armonía y unidad de la familia compuesta por parejas del mismo sexo. Al respecto, la Corte Constitucional<sup>21</sup> declaró la exequibilidad condicionada del artículo 229 del Código Penal “en el entendido de que este tipo penal comprende también a los integrantes de

<sup>20</sup> CSJ SP, 3 dic. 2014. Rad. 41315.

<sup>21</sup> CC C-029/09.

las parejas del mismo sexo” y de la expresión compañeros permanentes, del literal a) del artículo 2 de la Ley 294 de 1996 “en el entendido de que, para los efectos de las medidas administrativas de protección previstas en esa ley, la misma también se aplica, en igualdad de condiciones, a los integrantes de las parejas del mismo sexo”.

En la misma decisión puntualizó:

*“El legislador, dentro de su libertad de configuración, ha decidido estructurar un tipo penal orientado a sancionar, cuando ocurren en el ámbito familiar, conductas de violencia física o psicológica que no tienen la entidad necesaria como para integrarse en los tipos que, de manera general, protegen bienes como la vida, la integridad personal, la libertad, la integridad y la formación sexuales, o la autonomía personal, y de acuerdo con su tenor literal, las medidas previstas en las normas acusadas se desenvuelven en el ámbito de la protección integral a la familia, por cuanto lo que se pretende prevenir, es la violencia que de manera especial puede producirse entre quienes, de manera permanente, comparten el lugar de residencia o entre quienes, de manera quizá paradójica, se encuentran más expuestos a manifestaciones de violencia en razón de la relación de confianza que mantienen con otra persona, relación que, tratándose de parejas, surge del hecho de compartir un proyecto de vida en común”.*

Solo queda comentar el último agregado y es el párrafo primero conforme a la ley 1959 de 2019, artículo 1. Es decir, los supuestos relacionados con quienes no son parte del núcleo familiar, pero al final se les aplica la misma pena como si hubiesen sido parte de ella, llega hasta el punto la exageración de castigar a los cónyuges y compañeros permanentes aunque se hubieran separado o divorciado -términos aplicables a los primeros pero no a los segundos-, en estos simplemente se da por terminada la relación, como se comentó anteriormente, se extiende irreflexivamente al ámbito de aplicación del bien jurídico a supuestos que no tienen una real relación con el mismo. El otro supuesto muy controvertible, repetimos, es el de aquellas personas que hayan sostenido relaciones extramatrimoniales de carácter permanente y con sentido de estabilidad. Supuesto que obviamente, no solo no es coherente con la protección del bien jurídico de la familia, sino que, precisamente, lo ataca. Hecho que, además, genera grandes complejidades para su demostración.

Un último comentario a la norma se debe dar en relación al cumplimiento del requisito de “por el hecho de ser mujer”, ello no opera de manera automática en el sentido que si la víctima es mujer necesariamente se da esa causal de agravación. La exigencia es más compleja pues impone la demostración de que el autor realiza la violencia como una manera de instrumentalización de la mujer, vale decir de una clara negación de su dignidad como ser humano en razón a su género. Es una situación de postración, de esclavitud o servidumbre del hombre en contra de la mujer, es una violencia para impedirle a esta, que sea. Que disfrute de su libertad.

La Corte Suprema de Justicia, la Sala Penal, en un caso muy interesante, aclara este punto:

*“Matar a una mujer porque quien lo hace siente aversión hacia las mujeres, no se duda, es el evento más obvio de un “homicidio de mujer por razones de género”, que fue la expresión con la cual se refirió al feminicidio la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del 16 de noviembre de 2009, expedida en el caso GONZÁLEZ Y OTRAS (“CAMPO ALGODONERO”) VS. MÉXICO. Pero también ocurre la misma conducta cuando la muerte de la mujer es consecuencia de la violencia en su contra que*

*sucede en un contexto de dominación (público o privado) y donde la causa está asociada a la instrumentalización de que es objeto.*

*En otros términos, se causa la muerte a una mujer por el hecho de ser mujer, cuando el acto violento que la produce está determinado por la subordinación y discriminación de que es víctima, de lo cual resulta una situación de extrema vulnerabilidad. Este entorno de la violencia feminicida, que es expresión de una larga tradición de predominio del hombre sobre la mujer, es el que básicamente ha servido de apoyo al legislador para considerar más grave ese tipo de violencia que se genera en un contexto de desigualdad y que se busca contrarrestar legítimamente con la medida de carácter penal examinada e igual con las demás de otra naturaleza adoptadas en la Ley 1257 de 2008.*

*Significa lo precedente que no todo asesinato de una mujer es feminicidio y configura la causal 11 de agravación del artículo 104 del Código Penal. Se requiere, para constituir esa conducta, que la violencia que la cause esté asociada a la discriminación y dominación de que ella es objeto.*

*Particularmente, en contextos de parejas heterosexuales –que conviven o se encuentran separadas–, el maltrato del hombre para mantener bajo su control y “suya” a la mujer, el acoso constante a que la somete para conseguirlo, la intimidación que con ello le produce, el aumento en la intensidad de su asedio y agresividad en cuanto ella más se aproxima a dejar de “pertenerle” y la muerte que al final le causa “para que no sea de nadie más”, claramente es el homicidio de una mujer por el hecho de ser mujer o “por razones de género”.*

*Ese elemento adicional que debe concurrir en la conducta para la configuración de la agravante punitiva del feminicidio, es decir, la discriminación y dominación de la mujer implícita en la violencia que provoca su muerte, obviamente debe probarse en el proceso penal para que pueda reprocharse al autor. En consecuencia, en ningún caso cabe deducirla de la simple circunstancia de ser el autor del delito un hombre y la víctima una mujer, sino que ha de fundarse en evidencias demostrativas de la situación de abuso de poder en que se encontraba la última.”<sup>22</sup>*

### **7.3. DEL CASO CONCRETO**

Resulta pertinente contextualizar el caso, teniendo en cuenta la información acopiada en el proceso, lo primero que es que la víctima para la fecha de los hechos contaba con 10 años de edad y convivía bajo el mismo techo que el procesado, quien es su padre.

Se sabe que además en la vivienda cohabitaban la compañera permanente del señor ALEXANDAR DOMICO HIGUITA y sus otros dos hijos pequeños y que el acusado hacía aproximadamente un año había reclamado la custodia de la menor de edad siendo otorgada de manera provisional por las autoridades competentes, por lo que su hija desde ese momento se fue a vivir con él y los demás miembros de ese grupo familiar.

Ahora bien, la menor ADG afirma que durante sus primeros diez años convivió feliz con su progenitora y no vio a su padre durante ese tiempo, no obstante, luego éste apareció y de un momento a otro fue retirada de su hogar para vivir con él y que durante ese tiempo fue muy infeliz, triste, desesperada y con depresión, “rezando por poder salir del lugar”.

---

<sup>22</sup> C.S. de J., S.P. 2190 de 2015. Rad. 41457 del 04-03-15.



La progenitora por su parte, anotó que desde que le fue quitada su hija acudió ante el Comisario de Familia “el doctor Lozano” en procura que le fuese devuelta, no obstante, ello no sucedió, siendo que luego de lo acontecido el 15 de abril de 2013, un amigo le aconsejó que acudir nuevamente a la institución, porque si la niña estaba siendo maltratada, le restituían la custodia.

El día de los hechos, el padre de ADG, una vez regresaron del colegio tras recibir las pésimas calificaciones de la menor de edad, procedió a propinarle un correazo por cada asignatura perdida, que no establecieron si fueron 8 o 9, pues leyendo previamente el reporte de notas, en la sala de casa y delante de los demás miembros del grupo familiar, procedió a propinarle las reprimendas señaladas.

Finalmente, tenemos que se estipuló lo indicado en el dictamen médico legal practicado a la niña ADG, el 18 de abril de 2013, en donde el médico legista halló una escoriación y dos equimosis en las piernas de la niña, acordes con lo narrado por la paciente y se dictaminó una incapacidad física de 10 días, sin secuelas. Vale recordar que este dictamen indica el tiempo de recuperación del órgano afectado con la lesión, que no necesariamente es indicador de la gravedad o no de la lesión misma.

Está probado que la hija menor de acusado había perdido la mayoría de las materias que esta cursado en el año académico y que esto fue el origen del disgusto de su progenitor, quien, para el 15 de abril de 2013, le propinó un correazo por cada asignatura perdida, así los explicó el acusado quien renunció al derecho de guardar silencio y declaró en el juicio, además de su hija y la testigo de cargo, madre de la menor de edad.

Como puede verse efectivamente los hechos acaecidos el 15 de abril de 2013, ejecutados por el señor ALEXANDER DOMICÓ HIGUITA en contra de su hija ADG, encajan perfectamente en la conducta típica de violencia intrafamiliar agravada acusada por la Fiscalía, pues la menor de edad recibió maltrato físico por parte de su padre con quien convivía bajo el mismo techo desde hacía aproximadamente un año, subsumiendo entonces, las lesiones personales dolosas agravadas por las que emitió sentencia la juez de instancia.

En consecuencia, lo que correspondía en el presente caso era determinar la responsabilidad del señor ALEXANDER DOMINCÓ HIGUITA dentro del tipo penal de VIOLENCIA INTRAFAMILIAR AGRAVADA por el que fue acusado, absolviendo o condenado, según lo demostrado con la práctica de pruebas en el juicio y no, como si fuera una opción subsidiaria, encajar los hechos que originaron el proceso, dentro de otra conducta penalmente castigada.

Es que, si bien es cierto, que con observancia del principio de congruencia el Juez de instancia puede sancionar por una conducta punible diferente a la acusada, también lo es, que ello sólo opera cuando realizado el análisis de los hechos, no encajan dentro del tipo penal por el que se acusó, sino que se configuran los elementos de un delito diferente.

Y en este caso, como ya se advirtió, los hechos del 15 de abril de 2013, en lo que señor ALEXANDER DOMICO HIGUITA, quien desde hacía aproximadamente un año tenía la custodia de su hija ADG, de once años de edad, para ese momento, le pegó con una correa, por haber perdido la mayoría de las materias cursadas en la escuela, reúne, repetimos, los requisitos objetivos para la configuración del delito de violencia intrafamiliar, en tanto víctima y victimario pertenecían a la misma unidad familiar.

No obstante, a partir de la elaboración del concepto de conducta (artículo 9 del Código Penal) y de la antijuridicidad como efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido (artículo 11 de la Ley 599 de 2000), se puede sostener que para que exista injusto no es suficiente con demostrar la adecuación objetiva de la conducta a un tipo penal<sup>23</sup>

Por ello, el problema jurídico que debe analizar la Sala es si, aunque se demostró la existencia de unos hechos que encajan típicamente en la conducta punible de violencia intrafamiliar, igualmente se acreditaron los demás elementos del tipo para determinar la responsabilidad del acusado en delito endilgado. Sin embargo, esta magistratura considera que la decisión de primer grado se encuentra ajustada a los parámetros legales y jurisprudenciales, en la medida en que la Fiscalía no logró demostrar la existencia de la antijuridicidad material y el dolo del señor ALEXANDER DOMICÒ HIGUITA para lesionar el bien jurídico protegido con el tipo penal del que se le acusó.

Sea lo primero advertir que en el caso particular, el actuar del señor ALEXANDER, para el 15 de abril de 2013, podría justificarse en el derecho de corrección derivado de la obligación de los padres del cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos contemplado en el artículo 262 del Código Civil, modificado por el artículo 21 del Decreto 2820 de 1974, que establece que *“los padres o la persona encargada del cuidado personal de los hijos, tendrán la facultad de vigilar su conducta, corregirlos y sancionarlos moderadamente”*, como arguye la defensa.

Pues si bien es cierto en el ejercicio de este derecho, los padres están facultados para adoptar pautas, fijar normas de conducta a sus hijos e imponerles sanciones en el caso de que en su proceso de formación y desarrollo no las acaten o se aparten de ellas, también lo es, que la autorización para sancionar no comprende aquel castigo que causa daño corporal o psicológico, sino la imposición de medidas que sin comprometer sus derechos fundamentales ayuden a su desarrollo en todos los aspectos de su formación personal, intelectual, moral, social y familiar.

Sobre el asunto la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad de la expresión *“sancionarlos moderadamente”*, consideró que el castigo no puede contemplar la violencia física o moral, sino otra especie de reproche que contribuya a la educación de los niños o jóvenes y no afecte sus derechos fundamentales.

*“La sanción es un género que incluye las diversas formas de reproche a una conducta; la violencia física o moral constituye apenas una de sus especies, totalmente rechazada por nuestro ordenamiento constitucional. Otras, en cambio, en cuanto están enderezadas a la corrección de*

---

<sup>23</sup> Cfr. SP del 21 de abril de 2004, Radicado 19930.

*comportamientos y, en el caso de los niños y jóvenes, a su sana formación, sin apelar a la tortura ni a la violencia, se avienen a la preceptiva constitucional, pues no implican la vulneración de los derechos fundamentales del sujeto pasivo del acto”<sup>24</sup>*

Por ello, aunque la intención del señor ALEXANDER DOMICÒ HIGUITA era corregir a su hija para que pusiera mayor responsabilidad en su deber académico, el maltrato físico que le propinó desbordó ese deber y obligación legalmente establecidos en el Código Civil.

No obstante, en el caso que los hechos jurídicamente relevantes confirmarse el presupuesto de tipicidad de la conducta de violencia intrafamiliar, debe mirarse si la acción de maltrato o de violencia (física o psicológica) tiene la entidad suficiente para afectar el bien jurídico tutelado, a la familia como tal, se insiste, en su unidad, conservación y armonía. Lo que significa que no es cualquier tipo de violencia o maltrato el constitutivo del tipo penal, sino aquel que tiene la capacidad para afectar la preservación del núcleo familiar, colmándose así el requisito de la antijuridicidad material.

En este caso, en un examen individual y conjunto de las pruebas acopiadas, no puede considerarse que el acto ejecutado por señor ALEXANDER DOMICO HIGUITA contra su hija que fuese el objeto de la acusación, pudiese conllevar a la afectación de la armonía y unidad familiar, ya que sólo se logró probar un acto aislado que no hubiese tenido mayor trascendencia, de no ser porque se constituyó en la oportunidad perfecta para que la señora SANDRA MILENA GARCÍA DAVID, lograra volver a obtener la custodia de su hija, pues no se demostró la existencia de un maltrato continuado y sistemático, o que sea utilizado como mecanismo de represión perpetuado en contra de la menor víctima, como ésta y la madre pretendían hacerlo ver. Es que habiendo sido otra la actuación constante del acusado, sería de gran reproche la inactividad de la señora SANDRA MILENA al haber permitido un permanente abuso sobre su hija por más de 10 meses, esperando sólo hasta este suceso para buscar una solución.

Y si bien es cierto la Fiscal y los testigos hacen alusión a otros hechos de agresión por parte del señor Alexander Domicó Higuita, los mismos no fueron determinados en tiempo y lugar, como tampoco objeto de la acusación y mucho menos de prueba, por el contrario, en las declaraciones rendidas por la menor ADG y su progenitora se evidencia contradicciones sobre el asunto, pues la niña arguye que todo el tiempo fue maltratada por su padre, mientras que la madre indica que siempre la visitaba le veía morados en su cuerpo, pero sólo conoció dos eventos anteriores al objeto de la acusación, oportunidades en que su hija le indicó que había sido castigada porque había motivos para ello, sin señalar en qué consistió el correctivo.

Es que, por demás, no sobra traer a colación que la relación del señor ALEXANDER DOMICÒ HIGUITA con su hija ADG ya venía fragmentada desde tiempo atrás, precisamente cuando la niña fue retirada del lado de su madre por la Comisaría de Familia, suceso que sin duda alguna le ocasionó profunda tristeza, ya que en sus propias palabras señaló que “... yo vivía una vida muy feliz y de un momento a otro me fui a vivir con él, la verdad no lo sé, todo cambio, fue algo muy duro”, y por ello madre e hija siempre estaban procurando regresar a vivir juntas, sin dejar de lado que la señora Sandra Milena García David, también afirmó en su

---

<sup>24</sup> CC, C-371/94.

declaración que constantemente procuró que el Comisario le devolviera la custodia de la menor de edad, encontrando en los hechos acaecidos el 15 de abril de 2013, la oportunidad perfecta para lograrlo.

Y cómo podría soslayar el señor ALEXANDER un vínculo que apenas intentaba construir con su hija, quien sólo conocía una versión de los hechos de un supuesto abandono de su parte y que le generaba animadversión su contra, tema que solo se utilizó para tratar de acreditar lo mal padre que era el acusado sin ahondar sobre el origen de ello y que incluso lleva de por medio discusiones como la paternidad del hijo menor de la señora Sandra Milena, lo cual, no permitió vislumbrar la realidad y el trasfondo del conflicto suscitado entre ambos progenitores y que repercutió en forma negativa en los niños, llevando a ADG a tener un fuerte resentimiento contra el señor DOMICÓ HIGUITA lo que se evidencia de la forma en cómo se refiere a él en la declaración rendida dentro del proceso penal.

Es que, por demás, no está de lado indicar que, sí hubo un rompimiento de la relación entre padre e hija, ya débil por los sucesos antes narrados, es más imputable a la inapropiada intervención del Estado a través del Comisario de Familia, quien de forma abrupta devolvió la niña a la madre, sin realizar una mediación con el grupo familiar con el ánimo de mantener la cordialidad, como bien lo afirma el defensor del acusado, desechando o desapareciendo mágicamente los motivos por los cuales inicialmente le había sido otorgada la custodia al señor DOMICÓ HIGUITA. Es más, ni siquiera el trámite administrativo fue traído al proceso penal para conocer detalladamente la motivación de esa intervención.

Por el contrario, de lo acreditado se logró demostrar que el indiciado ha procurado el bienestar de su hija ADG, preocupándose por su formación académica, siendo entonces la falta de compromiso de la niña lo que ocasionó que le propinara los correazos objeto de repudio, pues es entendible que la desidia o desinterés escolar moleste a cualquier padre de familia que procura un buen futuro para sus descendientes y si bien es cierto la actuación desbordó los límites del derecho y deber correlativo al causar lesiones físicas a la víctima, lo cual no excusa la Sala y fue establecido en el dictamen médico legal No. GRCOPPF DRNROCC-06528-2013 que le fue practicado el 18 de abril de 2013 y el estipulado por partes, además de aceptados por el acusado, quien reconoció que, para esa fecha, propinó a su consanguínea un correazo para cada materia que perdió, también lo es, que el castigo no dejó de ser eso, un acto excedido para corregir la hija intentado encausarla dentro de las responsabilidades académicas, no por motivos protervos o de venganza. En otras palabras, ello se derivó del ánimo de corrección de la menor, y como desarrollo equivocado de su deber que tiene como padre, en la idea que con ello corregiría, para bien de la menor, su rendimiento académico.

Por lo tanto, concluimos la ausencia de dolo del señor ALEXANDER DOMICÓ HIGUITA, para lesionar el bien jurídico protegido por el derecho penal con el ilícito de la violencia intrafamiliar, pues por demás, él mismo intentó protegerlo desde que reclamó la custodia de ADG para llevarla a su casa tras conocer de unos presuntos abusos sexuales de los que al parecer era víctima y de los cuales tampoco se ahondó, pues tanto madre como hija evadieron cualquier pronunciamiento sobre el asunto ante las preguntas formuladas en el interrogatorio y contrainterrogatorio.

Por consiguiente, esta Sala considera que, en este contexto específico, se dan las circunstancias que “justifican válidamente” la emisión de un fallo absolutorio por ausencia de antijuridicidad material, en consecuencia se revocará la providencia impugnada. Recabamos que la alternativa escogida por la Juez de degradar la conducta a lesiones personales agravadas, en principio sería viable, pero dada la incapacidad de la lesión, era necesario agotar la oportunidad para conciliar contenida en el artículo 71 del C.P.P., ello es coherente con la idea de incentivar en estos casos la solución alternativa de conflictos como sería la aplicación de la justicia restaurativa, entre otras posibilidades, para lograr una mejor solución, más que una simple condena penal. Al no agotarse esta posibilidad, sería vulnerador de derechos fundamentales, en esta instancia procesal, la modificación autónoma de la juez de la calificación jurídica.”

Para finalizar, considero que los testimonios de cargo, el de la menor víctima y la madre, deben ser mejor valorados pues ellas tenían un claro interés de perjudicar al padre para recuperar la custodia de la menor, en ese entorno, darles plena credibilidad no es acertado. Menos se analizó el ambiente sociocultural en que se desarrolló la conducta, el acusado es una persona desplazada de una comunidad indígena, con un nivel limitado frente a sus obligaciones sociales y familiares, en ese entorno, la persona creyó que con su actuar estaba cumpliendo su deber de padre, ello dentro del contorno de su familia pero nunca atentando en contra de ella. El argumento frente al dolo de la conducta de violencia intrafamiliar no es muy claro, parece que deriva en últimas de la intensidad de la agresión, sin embargo, la prueba de que con esa conducta el infractor sabía que estaba cometiendo una violencia intrafamiliar y a sabiendas de ello obró de conformidad, no existe.

Sin otro particular,



ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ  
MAGISTRADO



## **SALA DE DECISIÓN PENAL**

Medellín, viernes, veintinueve de octubre de dos mil veintiuno

### **SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO**

He asentido en la aprobación del proyecto en los términos propuestos por el ponente, sin embargo, con el más profundo respeto por el pensamiento de mis compañeros de Colegiatura presento mi respetuoso disenso parcial con lo decidido por la mayoría en punto de celebrar la audiencia de que trata el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal.

Y es que en la Sala que presido estoy sosteniendo todavía que en eventos en que la Sala revoca la decisión absolutoria y opta por la condena no procede la audiencia del 447, en razón a que la Corte Suprema consolidó una línea en ese sentido, sin embargo, posteriormente apareció el concepto de la “*doble conformidad*” que en el fondo lo que hace es que al revocarse una absolución, se emite una sentencia condenatoria de primera vez y en por ende actúa como Juez de primera instancia y por esto va la segunda instancia a la Corte Suprema de Justicia.

Con dicho argumento, en la Sala que presido estamos estudiando el criterio de no celebrar la audiencia de que trata el artículo 447 del C.P.P, aclarando que aun su sala no ha optado por el cambio de criterio. No obstante, los argumentos que expone en este caso el Magistrado los comparto, por lo que acompaño la Sala mayoritaria en esta providencia.

Con respeto por la diferencia,



**RICARDO DE LA PAVA MARULANDA**

Magistrado