



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE NEIVA
SECRETARÍA SALA PENAL**

Neiva, 04 de marzo de 2021

Oficio N° 01400

Señor

NORBEY LOSADA SALAZAR

Ciudad

Ref: 41020-60-99-060-2018-00171-00

Procesado: **NORBEY LOSADA SALAZAR**

Delito: Violencia intrafamiliar

Me permito notificarle que mediante sentencia de segunda instancia del 15 de febrero de 2021, la Sala Tercera de Decisión Penal de esta Corporación, resolvió confirmar la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Algeciras.

Contra esta decisión procede el recurso de casación.

Se adjunta copia del fallo.

Atentamente,

LUISA FERNANDA TOVAR HERNÁNDEZ

Secretaria



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE NEIVA
SECRETARÍA SALA PENAL**



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE NEIVA
SALA TERCERA DE DECISIÓN PENAL

Neiva, lunes quince (15) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Aprobado Acta N° 128

Magistrado Ponente: JAVIER IVÁN CHÁVARRO ROJAS

2018 00171 01

I. ASUNTO

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la defensa del procesado **NORBEY LOSADA SALAZAR** contra la sentencia proferida el dos de septiembre de 2020 por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Algeciras, mediante la cual se condenó al citado señor a la pena principal de SETENTA Y DOS (72) MESES DE PRISIÓN y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, como autor del delito de VIOLENCIA INTRAFAMILIAR-Art. 229 Inc 2° CP-, negándole la suspensión de la pena y la prisión domiciliaria.

II. ANTECEDENTES

A. HECHOS

Según lo reveló la actuación, el 15 de mayo de 2018, en el inmueble ubicado en el Barrio Alto Satías de Algeciras, donde residían Ludivia Garzón García y su compañero permanente Norbey Losada Salazar, este último

ejerció actos de violencia física en su contra y la arrojó a la calle, dictaminándosele una incapacidad médico legal definitiva de 15 días.

B. ACTUACIÓN PROCESAL.

Radicado el escrito de acusación, el conocimiento del asunto correspondió al Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Algeciras, el 17 de octubre de 2018 cuando debía celebrarse la audiencia de acusación, la Fiscalía solicitó la preclusión de la investigación, siendo negada el 31 de ese mes y anualidad, el 13 de marzo de 2019 se formuló la acusación, el 22 de julio siguiente se llevó a cabo la audiencia preparatoria, el 11 de septiembre de ese año se instaló el juicio oral, el cual continuó en sesiones del cuatro de diciembre de 2019, ocho de julio y 19 de agosto de 2020, ocasión última cuando se indicó el sentido condenatorio del fallo, y finalmente, el dos de septiembre del año inmediatamente anterior se profirió y leyó la sentencia objeto de alzada.

III. EL FALLO

El *a quo* luego de relacionar la actuación procesal, plantearse el problema jurídico a resolver y traer a colación jurisprudencia sobre el delito de violencia intrafamiliar, declaró que la víctima en forma hilada y coherente dio cuenta de la agresión sufrida a la manos del acusado, la cual se enmarca en un contexto de subyugación y discriminación, pues el procesado pretendía dejarla en la calle únicamente con su vestimenta, degradándola así por no contribuir en el pago del canon de arrendamiento de inmueble donde cohabitaban.

Sostuvo que el médico legista y la psicóloga que valoraron a la víctima confirmaron la violencia ejercida en su contra, sin que se haya vulnerado derecho alguno del procesado por haberse admitido que una perito diferente a la psicóloga que valoró a la denunciante, fuese quien acudiera a juicio, pues esta práctica la posibilita la jurisprudencia cuando el perito original no está disponible.

De otro lado, enfatizó haberse acreditado que el acusado y la víctima conformaban una unidad doméstica, según lo diáfanoamente relatado por esta última.

En razón básicamente a lo anterior, estimó haberse obtenido el conocimiento exigido para condenar, por lo que declaró penalmente responsable al procesado por la conducta punible de violencia intrafamiliar agravada y le impuso las penas resaltadas al inicio de esta providencia.

IV. LA APELACIÓN

La defensora expresó desacuerdo con el fallo de primera instancia y abogó por su revocatoria, pues en la sentencia SP964 de 2019, la Corte Suprema de Justicia fijó unos factores objetivos de ponderación para el análisis lógico de cada caso de violencia intrafamiliar, entre ellos, la vulnerabilidad concreta del sujeto pasivo, la apreciación del daño o puesta en peligro y las dinámicas de las condiciones de vida, pero ninguno de esos aspectos fue sopesado por el *a quo*, quien se limitó a conferir plena credibilidad al testimonio de la víctima, sin análisis alguno a la dinámica del hogar ni al rol de sus integrantes.

En su opinión, la certeza exigida para condenar no podía obtenerse a partir exclusivamente del testimonio de la ofendida, quien admitió que la violencia era bidireccional, lo cual genera dudas sobre la veracidad de lo relatado en torno a lo realmente sucedido el día de autos, pues pudo haber sido ella quien ejerció violencia contra el acusado, ya que este se hallaba bajo el influjo del alcohol y le pidió en varias ocasiones se sirviera abrir la puerta, pedido al cual se negó. Agregó que la violencia descrita por la víctima debió ser percibida por terceros, sin embargo, solo ella es testigo de los hechos, y aún peor, los policiales no dieron cuenta de que al llegar al inmueble el procesado estuviese atacando a la denunciante.

Pidió descartarse como prueba el testimonio de la Psicóloga Yubi Adstrid Jiménez Duarte, quien a pesar de no haber valorado a la víctima, sí acudió al juicio a exponer el informe de su antecesora, sin haberse acreditado su formación y experiencia y no estar vinculada con el Instituto Nacional de Medicina Legal en ese momento.

Criticó que el juzgado no hubiese profundizado en el estudio de la antijuridicidad y culpabilidad, pues se pasó por alto que según el informe psicológico, el procesado asumía como normal su conducta, debido a haber padecido violencia desde su infancia, evidenciándose que las agresiones entre la pareja eran mutuas.

Finalmente, expresó inconformidad con la decisión del *a quo* de deducir la circunstancia de agravación endilgada, pese a no haberse probado que la agresión obedeció al hecho de ser la víctima una mujer, pues según la misma denunciante, Norbey estaba ebrio y se molestó a raíz de no haberle permitido su ingreso a la vivienda, es decir, no por razón de su género ni por su existencia. Agregó que, la condena bajo el referido agravante, conllevaría el desconocimiento de lo ilustrado por la jurisprudencia en el radicado No 52.394.

V. CONSIDERACIONES

Atendiendo los cuestionamientos probatorios y jurídicos de la defensora apelante y respetando el principio de limitación, la Sala resolverá el siguiente problema jurídico: ¿Erró el *a quo* al condenar al señor Norbey Losada Salazar por el delito de *violencia intrafamiliar agravada*, por no haberse obtenido el conocimiento más allá de toda duda razonable sobre la materialidad de la conducta y su responsabilidad?

A. Previamente a absolver el anterior interrogante, dígase que a la luz del artículo 229 del Código Penal, el delito de violencia intrafamiliar se tipifica cuando se maltrata física o psicológicamente a cualquier miembro del núcleo familiar,

sancionándose al responsable con pena de cuatro a ocho años de prisión, sin embargo, según voces de su inciso 2º, “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**”.

Entrando ahora al estudio del maltrato hacia la mujer, obsérvese que según tratados internacionales ratificados por Colombia, entre ellos, La Convención Sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer- CEDAW (1981)¹, la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia en contra de la Mujer (1993) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer - “Convención de Belém do Pará” (1995)², la violencia contra la mujer está proscrita y es deber del Estado prevenir, sancionar y erradicar su práctica. Además, los artículos 13 y 43 de la Constitución Política de Colombia reconocen la igualdad ante la ley y prohíben toda clase de distinción o segregación por motivos de sexo.

En relación con el concepto de violencia contra la mujer y su arraigada práctica en la cotidianidad criolla, la jurisprudencia constitucional ofrece la siguiente orientación:

*“7.2. En este contexto, debe precisarse que la violencia contra la mujer, -que puede entenderse como **“cualquier acción u omisión, que le cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico, económico o patrimonial por su condición de mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, bien sea que se presente en el ámbito público o en el privado”**-^[83] ha alcanzado un nivel estructural en nuestra sociedad, pues ha trascendido del plano individual hacia un plano político, social y económico.^[84] La violencia contra la mujer, en el marco de la violencia intrafamiliar, se nutre de una*

¹ Ratificada mediante la Ley 51 de 1981.

² Ratificada mediante la Ley 248 de 1995.

discriminación histórica que asigna unos roles específicos a cada género, en la que predomina una posición dominante del género masculino a través de criterios de apropiación y dominio de la mujer. Esta violencia, que se ejerce tanto desde el ámbito físico como psicológico, pretende resquebrajar la autonomía e independencia de la mujer, y en el marco de los paradigmas y estereotipos, se tolera sin que haya una reacción social o estatal eficaz”³(Destaca la Sala).

Pasando al estudio del bien jurídico tutelado por el tipo penal en estudio, recuérdese que, La Corte Suprema de Justicia, invocando la posición adoptada sobre el particular por la Corte Constitucional, textualmente declaró:

“Ese alto tribunal ha sido insistente en destacar que (i) lo querido por el Constituyente fue «consagrar un amparo especial a la familia, protegiendo su unidad, dignidad y honra» (Cfr. CC C-059/05); (ii) lo pretendido por el legislador al introducirlo como tipo penal autónomo fue «asegurar la protección integral de la familia» (Cfr. CC C-029/09)”⁴.

Por lo tanto, para que la conducta punible de violencia intrafamiliar lesione el bien jurídico tutelado, la misma debe afectar, destruir o desestabilizar la unidad y armonía familiar, causando ruptura a los vínculos sobre los cuales se soporta esta basilar institución social.

B. Entrando ya en materia, recuérdese que en sesión inaugural de juicio del 11 de septiembre de 2019 declaró **Ludivia Garzón García**, quien luego de afirmar que hacía ocho años había conformado un hogar con Norbey Losada Salazar, el cual se disolvió en febrero de esa anualidad, precisó que el 15 de mayo de 2018, aproximadamente a las tres de la tarde, “...yo estaba acostada, él llegó y me dijo que, él llegó muy tomado, como siempre, ehh me dijo que le abriera la puerta de buena manera, yo le abrí no pensé que estuviera bravo porque ya había llegado antes a golpear y yo no le había querido abrir, cuando yo le abrí

³ Corte Constitucional, Sentencia T – 027 de 2017, MP Dr. Aquiles Arrieta Gómez.

⁴ Ídem.

la puerta me tiró la puerta, empezó a pegarme, me dañó unas copas que yo tenía en un bife, tiró el televisor, me tiró al suelo, me maltrató bastante con patadas, con puños, me tiraba al suelo, me volvía y me levantaba, me hizo cortar, me insultaba, yo trataba de defenderme pero pues no podía, entonces él ya después él me sacó a la calle, ligera de ropa, cuando me sacó a la calle me dañó la moto que yo tenía, me la cogió a patadas y la dañó, y me dejó en la calle, entonces ahí fue cuando yo llamé la Policía"-18:31-. Añadió que su pareja tenía una actitud "salvaje, demasiado salvaje", pues la empujó toscamente contra la puerta y la arrojó al suelo, luego la levantó, la apuñeteó y volvió a tirarla al piso, siendo golpeada en casi todo su cuerpo⁵.

Relató que Norbey causó daños a los enseres o menajes de la vivienda, entre otros, un bife con copas, el cual fue arrojado al piso, rompiéndose los cristales, con los cuales ella se cortó al ser arrojada sobre los mismos por el acusado. Agregó que también sacó el sofá de la vivienda, "porque me estaba echando de la casa, porque según, él pagaba el arriendo y yo no tenía por qué negarle que le abriera la puerta"-21:31-.

Detalló que ella estaba en ropa de dormir cuando su marido empezó a golpearla, habiéndole destrozado su pijama, ante lo cual le suplicó le permitiera vestirse. Al respecto expresó: "...me tocó colocarme lo primero que encontré que fue un short y una blusita sin brasier ni nada, y así me daba solamente cinco minutos para vestirme, humillándome, tirándome, me pegó muchísimo en el cuarto también, y.... me vestí con lo primero que encontré y me tiró a la calle"-21:51-. Adicionó que una vez en la calle, ella se comunicó con la Policía, haciendo presencia unos uniformados, quienes condujeron al procesado a la patrulla⁶.

Negó la presencia de otras personas en ese momento en su lugar de habitación.

⁵ A partir de 19:52

⁶ A partir de 23:04

Enfatizó haber sido atacada reiteradamente por su compañero sentimental, sin embargo, nunca lo había denunciado por temor, ignorancia y pensando en el hijo que tienen en común, quien no ha sido agredido por su padre⁷.

Refirió que pasado un tiempo después de los referidos hechos, regresó a convivir con su marido, sin embargo, esta relación se terminó a raíz de haber sido nuevamente atacada⁸.

En relación con la anterior prueba testimonial, la cual corresponde a un relato sencillo, diáfano, concatenado y explicativo, manifiéstese que, en plena armonía con el *a quo*, la Sala no encuentra motivo válido para dudar del mismo, siendo por lo tanto idóneo y apto para obtener el conocimiento exigido por el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal a efectos de declarar acreditada la materialidad del delito juzgado y la responsabilidad en el mismo en cabeza del acusado.

Si bien en el *sub iudice* el juzgado de primera instancia no ancló exclusivamente en el citado testimonio la condena proferida contra el enjuiciado, por cuanto también se valió de las declaraciones de la médico forense y una psicóloga, sin embargo, si así hubiese sido, ningún reparo serio y válido podría formularse contra la sentencia condenatoria, pues la condición de víctima, por sí sola no debilita la confiabilidad y poder suasorio del testimonio.

Nótese que lejos de subsistir una tarifa legal negativa al testimonio de la víctima, esta prueba adquiere inusitada relevancia en el juzgamiento de toda conducta delictiva; pues dadas las condiciones personales del testigo, su facultad de recordación, su ubicación en el escenario fáctico y la ausencia de interés protervo en el proceso, es posible atribuirle aquilatado poder de persuasión a sus dichos, incluso, llegar al convencimiento más allá de toda duda o a la certeza sobre la responsabilidad del acusado con fundamento

⁷ A partir de 24:36

⁸ A partir de 25:57

únicamente en su declaración e inconfundible señalamiento. Sobre el tema la Corte Suprema de Justicia concluyó:

“Pretéritas reglas de valoración del testimonio se basaban en el principio de “testis unus testis nullus”, de modo que en medios probatorios tarifados se desechara el poder suasorio del declarante único, empero, con el sistema de la libre apreciación de las pruebas tal postulado fue eliminado, ya que la veracidad no depende de la multiplicidad de testigos, sino de las condiciones personales, facultades superiores de aprehensión, recordación y evocación de la persona, de su ausencia de intereses en el proceso o circunstancias que afecten su imparcialidad, de las cuales se pueda establecer la correspondencia de su relato con la verdad de lo acontecido, en aras de arribar al estado de certeza”⁹ (Destaca la Sala).

En ese orden de ideas, si nunca se evidenciaron dificultades de evocación, ánimo vindicativo contra el denunciado o alguna alteración en la denunciante, como tampoco se detectaron contradicciones torales en su relato, era de esperarse que el *a quo* le confiriera elevado poder suasorio a su testimonio.

Tampoco resulta inusual o extraño que el ataque violento contra la víctima no haya sido presenciado por terceras personas, pues según lo indicó la denunciante, carecía de vecinos y los niños estaban esa tarde en la escuela, circunstancia plausible o factible, la cual no elimina ni deja en perplejidad la real ocurrencia de los hechos denunciados.

La recurrente cuestiona la credibilidad de la víctima por no haber observado los policiales la agresión, cercenando así el sentido de las probanzas practicadas, pues la denunciante enfatizó que, llamó a la Policía luego de ser agredida y los gendarmes tardaron unos 15 minutos en acudir. Frente a este panorama, entendible resulta que los uniformados no hubiesen presenciado

⁹ C.S.J. Sentencia de segunda instancia del 10 de diciembre de 2014, Rad. 44. 602. MP Dr. Fernando Alberto Castro Caballero.

cuando la víctima era golpeada. En todo caso, nunca se escuchó a ningún policial, como para cotejar esta prueba con el testimonio de la víctima.

Además, el testimonio de la mujer ofendida no fue el único o aislado medio de prueba tenido en cuenta a efectos de deducirle responsabilidad al acusado, pues el cuatro de diciembre de 2019 declaró la médico **Olga Lucia Flórez Daza**, adscrita al Instituto Nacional de Medicina Legal, quien tras reconocer el informe calendado el 18 de mayo de 2018 y contenido del primer reconocimiento médico legal practicado a la señora Ludivia y recordar que le dictaminó una incapacidad definitiva de 15 días, declaró que la examinada le comentó haber sido atacada por su marido el 15 de mayo anterior en el Barrio Alto Sañas de Algeciras, relato coincidente con las lesiones advertidas en su cuerpo¹⁰. Añadió que la paciente tenía abrasiones, escoriaciones y cortaduras pequeñas.¹¹

Contrainterrogada por la defensa, admitió haber detectado hallazgos solo en miembros inferiores y superiores de la examinada. Preguntada sobre si dejó constancia de “los morados” en el cuerpo de la víctima, indicó que según lo relató la paciente, recibió cachetadas, las cuales no dejan equimosis, pues generan un eritema y enrojecimiento que desaparece en un día¹².

En consecuencia, si la galeno forense examinó a la víctima tres días después de escenificados los hechos y encontró rastros en su humanidad de la agresión por ella comentada; y si esa profesional escuchó de labios de la denunciante un relato similar al luego ofrecido por ella misma en el juicio; significa que a través del testimonio de Flórez Daza se corroboraron los señalamientos de Ludivia contra el acusado, encontrando el testimonio de la ofendida una confirmación periférica en otras probanzas.

¹⁰ A partir de 20:15

¹¹ A partir de 25:57

¹² A partir de 34:10

Continuando con el análisis probatorio, el ocho de julio de 2020 testificó la psicóloga **Yubi Adstrid Jiménez**, actuando en reemplazo de la profesional Libia Jiménez, quien dijo haber laborado para el Instituto Nacional de Medicina Legal desde septiembre hasta diciembre de 2019. Explicó que las valoraciones de riesgo se realizan a mujeres víctimas de violencia de pareja, a quienes se les recibe una entrevista semiestructurada y se les practica una prueba psicológica.

Sostuvo que en el informe de la víctima se indicó que existe un riesgo moderado de ser nuevamente agredida, es decir, hay peligrosidad de volver a ocurrir violencia de pareja.

Negó que una vez enviado un informe pericial a la Fiscalía, el mismo pueda ser modificado, enfatizando que, el informe del presente caso corresponde al formato usado por Medicina Legal¹³.

Contrainterrogada sobre por qué en el ítem factores de riesgo del agresor se aludió a algunos traumatismos del denunciado, respondió que a la víctima se le pregunta por la infancia de su pareja, por lo que en el presente caso pudo ocurrir “...que la víctima eh supo que en la infancia del agresor hubo violencia entre sus padres, entonces por eso de pronto la doctora Libia lo escribió acá, que tuvo traumatismo en la infancia y tuvo modelos de vida inapropiados, por lo cual pudo ser que esta persona repitió ese patrón porque fue lo el que evidenció”-A partir de 52:37-.

Indagada acerca de por qué en el ítem riesgos de la víctima se indicó la violencia bidireccional, contestó que, esta “...se da particularmente en parejas que particularmente que ya lleva un amplio trasegar en, en el, en el, digamos en la violencia intrafamiliar, entonces ya la víctima adopta la actitud, la actitud contestataria porque sabe lo que, lo que le viene, entonces ya se defiende,

¹³ A partir de 47:39

entonces cuando el agresor inicia la violencia la víctima aprende también a defenderse y también pues se defiende con violencia, a eso se le conoce como violencia bidireccional"-A partir de 55:26-.

En relación con esta concreta prueba, dígase que ante la indisponibilidad de la perito Libia Jiménez, la Fiscalía estaba habilitada para pedirle al juez la aducción de una nueva prueba pericial, o en su defecto, la comparecencia al juicio de un perito distinto a efectos de explicar el trabajo realizado por su homóloga, sin ser esta práctica irregular, siempre y cuando su valoración judicial se ajuste a los criterios de la sana crítica. Recuérdese que sobre el perito sustituto, la jurisprudencia declaró lo siguiente:

"Empero, si bien, el peritaje como prueba reclama siempre de la presencia de un experto en la audiencia de juicio oral –por regla general el mismo que realizó el informe, porque así lo demanda la ley y la naturaleza misma de lo obligado referir ante el juez y las partes-, para que explique los hallazgos, exámenes, técnicas y conclusiones a las que se llega, resultando inane la sola presentación del informe, es posible, por vía excepcional, que el perito no sea necesariamente aquel encargado de ejecutar directamente el examen y elaborar el consecuente informe, pues, en determinados eventos, como lo expone Chiesa, cuando se advierte que lo consignado en el documento hace parte del tipo de información que el experto utiliza para su trabajo, nada obsta para que persona distinta acuda a la audiencia de juicio oral en aras de soportar conclusiones pertinentes para el objeto del proceso.

Y ello, cabe anotar, no opera exclusivamente para la práctica o el conocimiento médico, sino respecto de cualquier arte o ciencia interesante al derecho penal.

Estima la Sala, bajo estos mismos presupuestos argumentales, que en casos excepcionales, referidos a la imposibilidad absoluta de que el perito pueda rendir su versión en audiencia pública –ha fallecido, se ignora su paradero, no cuenta ya con facultades mentales para el efecto, solo por vía enunciativa en el ánimo de citar ejemplos pertinentes-, y a la pérdida o desnaturalización del objeto sobre el cual debe realizarse el examen o experticia, es posible que acuda a

rendir el peritaje una persona diferente de aquella que elaboró el examen y presentó el informe.

(...)

Por lo demás, esta facultad excepcional otorgada a las partes no afecta profundamente los principios de inmediación, contradicción y oralidad, tan caros a la sistemática acusatoria, dado que el experto acude a la audiencia pública, ante el juez, a exponer su particular visión, acorde con sus conocimientos, de lo que el examen del anterior experto arroja, pudiendo interrogársele y contrainterrogársele al respecto.

Lo fundamental, advierte la Sala, es que el informe o informes contengan elementos suficientes -particularmente, en el campo descriptivo, acerca de lo observado por quien examinó el objeto o fenómeno a evaluar-, que permitan al experto citado a la audiencia contar con bases sólidas a fin de explicar adecuadamente qué fue lo verificado, cuáles los métodos y técnicas utilizadas, los resultados arrojados por la experticia y las conclusiones que de ello se pueden extractar.

Desde luego, entre más limitados sean los elementos puestos en el informe a disposición del perito, mayores serán las dificultades que su labor entraña y, consecuentemente, mucho menor el alcance probatorio de sus conclusiones.

De la misma manera, si se trata de expertos vinculados a la misma entidad y de dictámenes que obedecen a procedimientos estandarizados –dígase, para citar apenas un ejemplo, las pruebas realizadas para la detección de alcaloides y su naturaleza específica-, será mucho más elemental la tarea y mayor el grado de aceptación de lo dicho por el nuevo perito.

En contrario, si los métodos de examen y verificación no se hallan estandarizados, no se describen, o se desconoce cuál fue en concreto, de los varios posibles, el utilizado, la prueba se torna endeble y ello debe reflejarse en la valoración que haga el juez¹⁴ (Subrayas fuera del texto original)”¹⁵.

¹⁴ Sentencia del 17 de septiembre de 2008. Radicación 30.214.

¹⁵ C.S.J. Auto del 11 de diciembre de 2013, Rad. 40.239. MP Dr. Eyder Patiño Cabrera

Por lo tanto, como la perito Libia Jiménez no estaba disponible al momento del juicio y además, la valoración efectuada se circunscribió a la situación de riesgo de la víctima en un determinado momento, la cual podía no ser la misma en la actualidad, es decir, el objeto estudiado inevitablemente había variado por el paso del tiempo y la separación de la pareja, entre otros aspectos, ninguna dificultad existía para que en lugar de practicarse una nueva pericia, la psicóloga acudiera al juicio a explicar el trabajo de la perito original.

Respóndase a la apelante que sus planteamientos sobre esta prueba, resultan, por decir lo menos, contradictorios; pues de un lado pide no ser tenida en cuenta la valoración explicada por la perito Yubi Adstrid, sin embargo, de otro lado, solicita sopesar que la víctima reconoció la existencia de violencia bidireccional con su pareja o haber el acusado experimentado situaciones de violencia en su infancia que lo llevaron a actuar como lo hizo en el presente caso, aspectos consignados en el testimonio de Yubi Adstrid; en otras palabras, atendiendo las pretensiones de la apelante, habría que fraccionar la prueba, confiriéndole credibilidad solo a los aspectos favorables al acusado y desechando todo lo demás, sugerencia a todas luces inviable.

En todo caso, el testimonio de Yubi Adstrid Jiménez no es determinante a efectos de deducirle responsabilidad penal al acusado o exonerarlo; pues en primer lugar, se trata de una valoración del riesgo a ser víctima de violencia de pareja, no de un análisis sobre la existencia de la violencia materia de juzgamiento o de las secuelas psicológicas que pudo ocasionar a la examinada; y en segundo lugar, el lenguaje usado por la psicóloga Yubi Adstrid, el cual se quedó en el plano de la posibilidad, esto es, en lo que pudo haber evidenciado la perito original o le pudo haber dicho la víctima, revelan que el informe carecía de elementos suficientes en el campo descriptivo sobre lo observado y oído por la perito inicial que le impidieron a la nueva profesional indicar sólidamente qué fue lo verificado por su homóloga.

En cuanto al alegado ambiente de violencia bajo el cual fue educado Norbey y las presuntas agresiones mutuas presentadas en su vida de pareja, estas circunstancias lejos están de minar la tipicidad de la conducta enrostrada al procesado, la cual encaja en el delito de violencia intrafamiliar, por cuando su proceder se ajustó a la previsión del artículo 229 del Código Penal.

Tampoco podría emerger incertidumbre en cuanto a la responsabilidad de Losada Salazar, por ser posible que el día de los hechos la víctima lo haya atacado; pues se trata de una simple suposición o especulación de la letrada, carente de todo respaldo, en cambio, la tesis de la Fiscalía sí halló eco en las escasas probanzas practicadas. En todo caso, las agresiones de los cónyuges o compañeros entre sí, no significan ausencia de tipicidad. Sobre el tema la Corte Suprema de Justicia sentenció:

“En los casos de agresiones mutuas (que es la hipótesis aceptada por el Tribunal en el presente caso), la determinación del contexto resulta fundamental para establecer si la acción violenta de la mujer constituyó una reacción o mecanismo de defensa frente a las agresiones sistemáticas a que había sido sometida, o si, por el contrario, constituye un comportamiento injustificado, que incluso puede ser relevante desde la perspectiva penal, sin que pueda descartarse la coexistencia de conductas violentas atribuibles a los integrantes de la pareja, que eventualmente puedan conducir a la penalización de cada uno de ellos...”¹⁶.

Por lo tanto, si en gracia de discusión se aceptara que la víctima atacó al acusado, esta circunstancia no lo exonera de responsabilidad penal, pues ningún medio de prueba da cuenta de violencia injustificada de Ludivia a Norbey, sino todo lo contrario, y por ende, la actitud de la ofendida bien pudo ser una reacción a la conducta del encartado, o en el peor de los casos, una agresión también susceptible de reproche penal, pero sin repercusiones en la responsabilidad del procesado.

¹⁶ CSJ. Sentencia del 1º de octubre de 2019, SP4135-2019, Rad 52394, MP Dra Patricia Salazar Cuéllar.

Pasando a los cuestionamientos sobre la antijuridicidad de la conducta, exprese que en efecto, el estudio sobre el tema en el fallo de primera instancia fue escaso, sin embargo, esto no se traduce en su revocatoria; pues si bien la Corte Suprema de Justicia en Providencia SP964-2019 fijó unos criterios para realizar el análisis de la lógica situacional o análisis del contexto con miras a establecer si hubo un daño trascendente o puesta en peligro de bien jurídico en los casos de violencia intrafamiliar, los cuales no fueron estudiados a fondo por el a quo, ello no implica la ausencia de lesividad en el actuar del acusado, pero además, como las sentencias de primera y segunda instancia son una unidad, plausible le resulta a la Sala adicionar el fallo con ese análisis, como se verá.

Obsérvese que según la jurisprudencia, para determinar la antijuridicidad en la conducta punible de violencia intrafamiliar deben valorarse, entre otros factores, los siguientes:

“(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.”¹⁷.

Así las cosas, si bien en el *sub judice* no hay datos sobre las características de las personas involucradas en los hechos que permitan deducir la antijuridicidad, sí existe vulnerabilidad en cabeza de la ofendida, pues tal y como lo indicó el *a quo*, los hechos se escenificaron en un contexto de subyugación y discriminación contra la señora Ludivia, ya que el acusado, por ser quien respondía por el pago del canon de arrendamiento de la vivienda, optó por golpearla y sacarla del inmueble, por tener él una superioridad económica sobre la víctima. Además, la naturaleza del acto de maltrato también resulta relevante, pues los actos de violencia física le causaron a la víctima una incapacidad médico legal de 15 días, es decir, no solo se afectó

¹⁷ CSJ. Sentencia del 20 de marzo de 2019 SP964-2019, Rad 52394, MP Dr Eugenio Fernández Carlier

la unidad familiar sino la integridad física de la mujer maltratada. Por último, se dio una probabilidad de repetición, y de hecho, la agresión se reiteró tiempo después, según lo sostuvo la señora Ludivia, momento cuando ella tomó la determinación de finiquitar esa caótica relación de pareja, siendo determinante el maltrato en la ruptura de la armonía familiar.

Ténganse en cuenta que, aunque lo ideal sería analizar a profundidad todos los aspectos resaltado por la citada jurisprudencia, en el presente caso los datos sobre la dinámica del hogar fueron escasos, incluso, la Fiscalía renunció a varios de sus testigos y la defensa no aportó pruebas, haciéndose dificultosa la tarea exigida por la recurrente, sin embargo, esto no impidió decantar la efectiva lesión al bien jurídico tutelado a raíz de la conducta del acusado, al punto que al momento del testimonio de la ofendida, ya su hogar se había escindido a causa del referido maltrato.

En cuanto a la culpabilidad, manifiéstese no haber emergido perplejidad sobre el tema, pues ningún medio de prueba sugirió la incapacidad del acusado para comprender la ilicitud de su conducta, no se evidenció que careciera de conciencia de la antijuridicidad de su proceder, menos que hubiese actuado bajo el amparo de un error de prohibición o en estado de necesidad, por lo que, si la defensa esperaba acudir a alguna de estas figuras a su favor, debió alegarlas oportunamente. En todo caso, a raíz del informe de la psicóloga, cuestionado por la misma defensa, no es posible colegir ausencia de culpabilidad en el acusado por haber “normalizado” la violencia; pues recuérdese que esa valoración no tuvo como objeto de estudio al procesado sino a la víctima, y los datos allí consignados sobre él, corresponden a lo dicho por su compañera, luego entonces, lo ahí señalado no pasa de ser un hipótesis o dicho de paso de la profesional, quien no constató su veracidad por simple imposibilidad material y por no ser de su competencia, no pudiendo válidamente pretender la defensa que se le dé alcance probatorio a esas simples menciones, menos si el trabajo de la psicóloga nunca recayó sobre el procesado.

Finalmente, respecto al agravante deducido al encartado, esto es, el señalado en el inciso 2º del artículo 229 del Código Penal, según el cual, la pena se aumenta, entre otras circunstancias, cuando la conducta recae sobre una mujer; declárese que, en principio la jurisprudencia no exigía ningún elemento subjetivo para la estructuración del agravante, pues bastaba el hecho objetivo de haberse maltratado a una mujer para su configuración, sin embargo, como lo afirma la recurrente, a partir de la providencia SP4135-2019 se clarificó que ese agravante “...en lo que concierne a la mujer como sujeto pasivo de la violencia doméstica, está orientada a garantizar la igualdad, a combatir la discriminación en razón del sexo y a erradicar la violencia ejercida contra este sector de la población”, por lo que se fijó como presupuesto para su procedencia que “...en cada caso, **debe establecerse si existen relaciones de desigualdad, sometimiento o discriminación, que justifiquen la imposición de una pena mayor...**”¹⁸ (Destaca la Sala).

Tal exigencia fue tenida en cuenta por la togada, pues en el fallo se indicó que el procesado ejecutó la conducta en un contexto de discriminación, dominación o subyugación a la mujer, alimentada por una supuesta inferioridad económica y de género, conclusión compartida por la Sala, porque en efecto, en razón a ser el acusado quien asumía el pago del canon de arrendamiento, el día de los hechos se sintió con la autoridad suficiente para golpear a su compañera, exigirle abandonar la vivienda y lanzarla a la calle, todo lo cual es diáfano indicativo de la superioridad ejercida por el sujeto agente respecto de la víctima y la intención de anularla a través de actos de violencia.

Obsecuente a lo antes motivado, resuelto estaría en los anteriores términos el problema jurídico arriba formulado, en sentido adverso a los intereses de la apelante, imponiéndose la plena confirmación de la sentencia de primera

¹⁸ CSJ. Sentencia del 1º de octubre de 2019, SP4135-2019, Rad 52394, MP Dra Patricia Salazar Cuéllar.

Procesado *Norbey Losada Salazar*
Radicación *41020 60 99 060 2018 00171 01*
Delito *Violencia intrafamiliar*

instancia, por haberse la misma afianzada en sencilla pero respetable y crítica valoración del conjunto probatorio y en juicioso criterio jurídico.

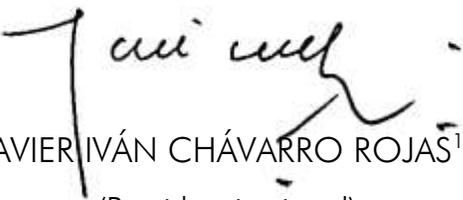
En razón y mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Penal del Tribunal Superior de Neiva, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

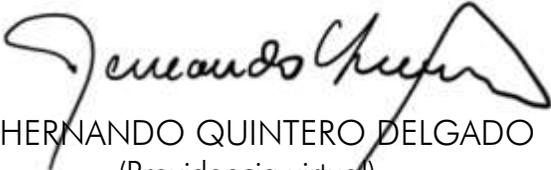
PRIMERO. **CONFIRMAR** íntegramente la sentencia de fecha y origen anotados.

SEGUNDO. **MANIFESTAR** que la presente decisión se notifica en estrados, sin perjuicio de eventualmente poder acudir a la previsión de inciso 3º del artículo 169 del Código de Procedimiento Penal, y contra la misma podrá interponerse el recurso de casación dentro del término indicado en el artículo 183 *idem*, modificado por el artículo 98 de la Ley 1395 de 2010.

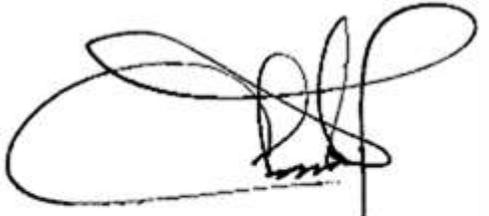
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JAVIER IVÁN CHÁVARRO ROJAS¹⁹
(Providencia virtual)

¹⁹ La presente decisión se suscribe de forma virtual de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 491 de 2020 que autorizó la utilización de firmas escaneadas, en concordancia con lo señalado en el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020 y reiterado en el Acuerdo PCSJA20-11680 del 27 de noviembre de 2020 del Consejo Superior de la Judicatura sobre el deber de los servidores judiciales de prestar el servicio preferentemente desde sus casas y emplear las tecnologías en sus actuaciones.



HERNANDO QUINTERO DELGADO
(Providencia virtual)



ÁLVARO ARCE TOVAR
(Providencia virtual)



LUISA FERNANDA TOVAR HERNÁNDEZ
Secretaria
(Providencia virtual)

Folio No. Tomo No. del Libro De Sentencias Penales.