

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, diez (10) de abril de dos mil dieciocho (2018).

Radicado: 050016000206201454589
Procesado: Carlos Mario Fernández Jiménez
Delito: Violencia intrafamiliar
Asunto: Apelación de Sentencia –ordinaria-
Sentencia: No. 22- Aprobado por acta No. 48 de la fecha.
Decisión: Confirma sentencia
Lectura: 7 de mayo de 2018

Magistrado Ponente

Dr. LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

1. ASUNTO A DECIDIR

Se apresta la Sala de Decisión a decidir el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía, en contra de la sentencia del 23 de octubre de 2017, proferida por el Juzgado Treinta y Tres Penal Municipal de Medellín, que absolvió al señor **Carlos Mario Fernández Jiménez**, acusado del delito de violencia intrafamiliar.

2. ACONTECER FÁCTICO

A eso de las 19:00 horas del 15 de noviembre de 2014, en la calle 80 No. 36B –38 del municipio de Medellín, **Carlos Mario Fernández Jiménez**, quien se encontraba en estado de embriaguez, agredió física y verbalmente a su hermano Edgar Fernando Fernández Jiménez, por lo que éste llamó a la línea 123 de la Policía y los gendarmes que arribaron al lugar, observaron que la víctima recibió un golpe por su consanguíneo cuando procedían a solicitarle que se retirara del lugar.

El informe médico legal se consignó que las lesiones generaron una incapacidad médico legal de 10 días sin secuelas.

3. DESARROLLO PROCESAL

El 16 de noviembre de 2014, ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín, se declaró legal la captura del señor **Carlos Mario Fernández Jiménez**; la Fiscalía le formuló imputación por el delito de violencia intrafamiliar, cargo que no fue aceptado por el procesado. Se declinó de la medida de aseguramiento y se dispuso la libertad inmediata del imputado.

El día 10 de febrero de 2015, la Fiscalía presentó escrito de acusación, el cual se formalizó en audiencia pública llevada a cabo el 11 de julio de 2016 ante el Juzgado Treinta y Tres Penal Municipal de Medellín.

La audiencia preparatoria se realizó el 15 de noviembre siguiente. El juicio se materializó el 9 de marzo de 2017 con emisión de sentido de fallo absolutorio a favor del señor **Fernández Jiménez**.

La lectura de la sentencia se efectuó el 26 de octubre siguiente y frente a la misma, el delegado de la Fiscalía interpuso el recurso de apelación que hoy se resuelve.

4. LA SENTENCIA APELADA

El fallador de primera instancia estimó que se imponía absolver al señor **Fernández Jiménez**, como quiera que, los actos de violencia que se dieron antes de que arribara la Policía a la residencia de la víctima no se encuentran acreditados, en tanto el denunciante en el juicio oral se abstuvo de declarar contra su hermano con fundamento en el artículo 33 de la Constitución Política, y conforme a lo declarado por los policiales, cuando llegaron a la residencia el señor Edgar Fernando Fernández Jiménez no estaba lesionado, solo presenciaron un único golpe, sin que evidenciaran ninguna afectación psicológica.

Aduce que aunado a lo anterior, los dos policiales no coinciden respecto al comportamiento del procesado cuando llegaron a su habitación, pues uno lo describe como tranquilo y el otro dice que estaba prácticamente como una fiera, reconociendo este último en el contrainterrogatorio que el enjuiciado salió de su habitación de manera voluntaria y aunque concuerdan que cuando lo retiraban de la casa, al avistar a su hermano entró en estado de ira,

se cruzaron palabras y logró atestarle un golpe en la oreja, lo que le generó una incapacidad de 10 días sin secuelas, dicho comportamiento no tuvo la entidad suficiente para afectar el bien jurídico de la familia, por lo que la conducta resulta típica mas no antijurídica.

Indica que el hecho de haberle propinado un puño a su hermano, no es suficiente para considerar vulnerada la familia como bien jurídicamente tutelado, pues el propio denunciante al momento de ser llamado a declaración bajo la gravedad de juramento adujo que no deseaba hacerlo, que su hermano y él a partir de ese percance han seguido viviendo normalmente en armonía, máxime cuando se acreditó que el enjuiciado es adicto a las drogas y el alcohol, lo cual debe ser considerado como una enfermedad y por tanto, merece especial atención del Estado para fortalecerlo en principios y valores que contribuyan a prevenir comportamientos que afecten el cuidado integral de su salud y de la comunidad.

5. DE LA IMPUGNACIÓN

El Fiscal manifiesta su inconformidad con la decisión de primera instancia pues considera que el enjuiciado debió ser condenado por el delito de violencia de intrafamiliar, en tanto los policiales que declararon en juicio no son testigos de referencia dado que observaron directamente las condiciones en que se encontraba la víctima cuando llegaron a la residencia y ésta les contó lo que había ocurrido, además presenciaron cuando el enjuiciado le propinó un golpe a su hermano la altura del oído y existe una denuncia

donde se relató lo sucedido y con fundamento en la cual se formuló acusación.

Adicional a lo expuesto, aunque uno de los policiales adujo que el acusado estaba alterado y el otro lo vio tranquilo, son simples percepciones que no le restan credibilidad a su testimonio, siendo clara la vulneración al vínculo de la familia con el puño que se propinó a la víctima en su presencia, pues no se acreditó ninguna causal que justifique el comportamiento y eran dos hermanos que convivían bajo el mismo techo, materializándose la lesión a la unidad familiar, pues cualquier forma de violencia es destructiva de la misma.

Además, se debe tener en cuenta que el señor Edgar Fernández Jiménez adujo que su hermano actualmente es habitante de la calle en Manizales, que se fue de la casa a raíz de este hecho.

6. ALEGATOS DE LOS NO RECURRENTE

El defensor como no recurrente solicitó confirmar la sentencia de primera instancia por cuanto en su criterio la Fiscalía no señaló los yerros en que incurrió el fallador de primera instancia pretendiendo revivir los alegatos de conclusión, lo que constituiría una nueva valoración probatoria.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

7.1 Competencia.

Esta Sala de decisión es competente para conocer del recurso de alzada propuesto por la Fiscalía en contra de la sentencia del Juzgado Treinta y Tres Penal Municipal con Función de Conocimiento de Medellín, en razón de lo prescrito en el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

7.2 Caso concreto.

De lo expuesto con anterioridad, atendiendo a la limitación temática que impone la apelación, se concluye que el problema jurídico que esta Sala debe resolver se refiere a determinar si se acreditó la materialidad de la conducta de violencia intrafamiliar y la responsabilidad en cabeza del señor **Carlos Mario Fernández Jiménez**, para lo cual se debe analizar el valor suasorio que debía otorgarse a lo declarado por los policiales que acudieron a la residencia del señor Edgar Fernando Fernández Jiménez en virtud de su llamada al 123, por cuanto en el juicio oral la víctima se negó a declarar en contra de su hermano con fundamento en lo prescrito en el artículo 33 de la Constitución Política

El sub problema planteado, reconduce a un problema general, cual es analizar el valor probatorio de las entrevistas o declaraciones anteriores a juicio de una persona que se acoge a su garantía a no declarar con fundamento en el artículo 33 de la Constitución Política, para lo cual se debe tener en cuenta lo siguiente:

Las declaraciones anteriores al juicio oral solo pueden utilizarse para: i) facilitar el interrogatorio cruzado de testigos, esto es, refrescar memoria o impugnar credibilidad y, ii) como prueba de referencia cuando se cumple con

los requisitos para su admisibilidad, conforme a lo establecido en los artículos 347, 392, 403 y 437 y ss de la Ley 906 de 2004.

En el primer caso, es requisitos *sine qua non* que el testigo declare, y en el segundo, solamente puede admitirse bajo las hipótesis taxativas del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, esto es, cuando el declarante manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos; es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar; padece una grave enfermedad que le impide declarar; ha fallecido; o es menor de 18 años y víctima de un delito sexual.

Ahora bien, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que cuando el testigo se niega a declarar con fundamento en el artículo 33 de la Constitución Política, no hay lugar a aplicar ninguna de las hipótesis del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, por lo que es prueba de referencia inadmisibile:

“No es, como lo entendió el fiscal del conocimiento y lo avalaron los falladores, que el ejercicio de un derecho constitucional y legal, como lo es la exención del deber de declarar, habilite la admisión excepcional de la prueba de referencia, pues, no es una de las hipótesis que expresamente consagra el artículo 438 de la Ley 906 de 2004, ni puede catalogarse como un “evento similar” al secuestro o la desaparición forzada.”¹

Así las cosas, cuando una persona decide acogerse a su garantía constitucional de no declarar en juicio amparada en el derecho consagrado en el artículo 33 de la Constitución Política, sus declaraciones anteriores no tienen ningún valor probatorio, pues los funcionarios de policía, solo pueden dar fe de su verificación y validez, pero no del contenido material de lo dicho por el pariente, cónyuge o pareja que se acoge a la salvaguarda del artículo 33 de la Constitución, pues solo el testigo podía ratificar lo vertido en

¹ Sentencia 32829 del 17 de marzo de 2010, Sala Penal, Corte Suprema de Justicia,

declaración anterior, tal como lo ha expuso la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia antes citada:

“La incorporación de las declaraciones previas rendidas por los parientes del acusado.

(...)

De lo anterior se concluye que no pueden introducirse las declaraciones previas como prueba autónoma e independiente, pues, en tratándose del sistema acusatorio penal, al juicio **deben comparecer personalmente la víctima o los testigos que rindieron las mismas**, lo cual no ocurrió en este evento, siendo evidente, entonces, que en cuanto a la configuración del error, le asiste razón al casacionista.

Así las cosas, no obstante a que las entrevistas y declaraciones fueron válidamente practicadas por la Fiscalía, **ellas, por sí solas, no tienen vocación probatoria**, dado que **se precisa escuchar el testimonio de las personas que las suministraron**, es decir, de la víctima o testigo que depusieron con antelación, con el fin de ser incorporadas debidamente a la actuación, como complemento de la prueba testifical.

En este proceso, entonces, es claro que los falladores entendieron, desde luego erradamente, que la incorporación al proceso de las exposiciones previas de los testigos, podía llevarse a cabo a través de los funcionarios de Policía Judicial que las recaudaron, **cuando lo cierto es que estos testigos apenas pueden dar fe de la verificación y de su validez**, en tanto que **son directamente las personas que hicieron las testificaciones, en este caso la menor y su progenitor, las únicos que pueden dar fe del contenido material de las mismas, ratificando la acusación que realizaron en desarrollo de la actuación.** (...)” – subrayas y negrilla propia-

Corolario de lo anterior, descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que el señor Edgar Fernando Fernández Jiménez sí estuvo disponible en juicio, solo que amparado en la garantía constitucional de no declarar contra su hermano decidió no testificar a pesar de que ciertamente había llamado al 123 y efectuado una manifestación a los policiales que acudieron a su residencia respecto a lo que había ocurrido.

Así las cosas, a criterio de la Sala, ni la denuncia (que por cierto no ingresó a la actuación) ni lo dicho por los policiales en juicio respecto a lo que la víctima les contó puede ser valorado, pues solo podía hacerse en el evento en que el señor Edgar Fernando Fernández Jiménez hubiere declarado, ya que ellos solo podían dar fe de la validez y verificación del procedimiento,

pero no de lo que aquel les contó, pues la víctima era el único legitimado para ratificar lo denunciado.

Luego del anterior análisis surge evidente que solo se puede otorgar poder suasorio a lo que los policiales directamente percibieron, esto es, que en efecto la víctima efectuó una llamada al 123, el aspecto y estado de ánimo que tenía en ese momento y que en su presencia cuando se disponían a sacar al enjuiciado del lugar, le propinó un golpe en el oído al señor Edgar Fernando Fernández Jiménez, el que conforme a la estipulación número 3, le generó una incapacidad médico legal de 10 días sin secuelas.

En este punto debe la Sala señalar, que tal y como lo determinó el juez *a quo*, no está demostrado dentro de la actuación que el señor **Carlos Mario Fernández Jiménez**, haya realizado otro tipo de agresiones en contra de su hermano, diferente al golpe que le propinó en su oreja izquierda cuando era conducido fuera de la residencia por los policiales, respecto al cual consideró el juez de primera instancia que aunque era una conducta típica carecía de antijuridicidad, como quiera que dicho golpe no tuvo la entidad para afectar el bien jurídico protegido, esto es, la unidad y armonía familiar.

La Fiscalía por su parte estimó que la conducta desplegada por el acusado no solo encaja perfectamente en el tipo penal, sino que además es antijurídica, porque cualquier forma de violencia es destructiva de la unidad familiar.

Ahora bien, frente al bien jurídico protegido por el artículo 229 de Código Penal, se pronunció la Corte Constitucional de la siguiente manera:

“En este caso, el bien jurídico tutelado por el tipo penal definido en el artículo 229 de la Ley 599 de 2000 es la familia, de tal forma que si la violencia, sea cual fuere el mecanismo para infligirla, trae como consecuencia la afectación de la unidad y armonía familiar, rompe los vínculos en que se fundamenta esta estructura esencial de la sociedad, habrá antijuridicidad, elemento necesario para sancionar penalmente la conducta, por cuanto no es la integridad física el bien jurídicamente protegido por este infracción penal.”²

Por su parte, sobre el tema de la antijuridicidad material, ha puntualizado la Corte, 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 inocuas³ 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”⁴. – Subrayas y negrilla propia -

En el presente asunto, es evidente que el accionar del señor **Carlos Mario Fernández Jiménez**, fue lesivo de la integridad personal de su hermano, lo que resulta reprochable, al tipificarse un posible delito de violencia intrafamiliar por la comunidad de techo y parentesco habido entre agresor y agredido; sin embargo, la conducta cometida debe también ser analizada desde el punto de vista de la antijuridicidad material, teniendo en cuenta la mínima entidad de la afectación de la armonía familiar.

Desde esta perspectiva, se debe tener en cuenta que aunque la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que el maltrato no tiene que ser reiterado y prolongado, que puede ser un suceso único, lo importante es que

² Corte Constitucional. Sentencia C-368 de 2014.

³ Cfr. CC C-285/97.

⁴ CSJ SP, 5 oct. 2016. Rad. 45647

determine la lesión al bien jurídico de la unidad familiar circunstancia que debe ser ponderada en cada caso⁵, y si en el asunto objeto de estudio la víctima decidió no declarar en juicio, resulta imposible con ese suceso único, establecer si en efecto se presentó una real afectación al bien jurídico protegido por el legislador, máxime cuando el policial Gasparini Luna adujo que no le vio una lesión a la víctima, por lo que la agresión física ocurrida aquel día pudo ser un evento aislado originado en un desorden doméstico por la condición de adición al consumo de licor y sustancias estupefacientes del enjuiciado, lo que también fue objeto de estipulación probatoria.

Así las cosas, la conclusión a la que puede arribar este cuerpo colegiado es que la conducta del señor **Fernández Jiménez** puede ser típica, pues encaja en los lineamientos del artículo 229 del C. P.; pero no es antijurídica por todo lo ya expuesto, lo que conlleva a que no puede ser sancionada en el ámbito de la justicia penal, asumiendo que la sanción penal debe ser la *última ratio*, más en este caso en donde a las claras se ve que la intervención del derecho penal puede resultar, como se dice, peor el remedio que la enfermedad.

En efecto, se estima que en casos como el que concita la atención de la Sala, por no generar mayores traumatismos a la unidad familiar como tampoco una afectación sustancial a la integridad física y emocional de los integrantes de la misma, no deben ser reprimidos por medio de la justicia penal que puede llevar a la imposición casi segura de la severísima sanción del encarcelamiento del infractor, creando aún más desasosiego entre los integrantes del hogar, que en muchas ocasiones buscan del Estado una respuesta pedagógica a sus problemas y no una respuesta represiva que en ultimas afectaría ahí sí seriamente la unidad y la armonía familiar y el

⁵ Sentencia 50877 del 29 de noviembre de 2017

bienestar de sus miembros, tal como desde antaño lo viene planteando la Corte Constitucional que ha dicho:

“La prioridad del núcleo familiar, como lo expresa la Constitución, hace que el Estado o la potestad civil, como autoridad, sólo penetre hasta la intimidad, en situaciones de extrema angustia, de **alteración grave** de los derechos mutuos de la pareja; el poder del Estado, entonces, se hará presente para proteger a la familia y restaurar el equilibrio quebrantado, buscando como objetivo la conservación de la familia”⁶

No desconoce la Sala la difícil situación de violencia doméstica que acosa a nuestra sociedad, pero cada caso debe ser analizado de manera particular y concreta, ya que en muchos eventos lo que se requiere es un mecanismo de solución que definitivamente no puede ser una pena de prisión, sino acciones sancionatorias llevadas a cabo dentro ámbitos administrativos o en la jurisdicción de familia, donde, a través de profesionales de diferentes áreas, se puede entender de fondo la problemática intrafamiliar y buscar soluciones menos drásticas y más eficaces que la contenida en el artículo 229 del Código Penal.

Así las cosas, se procederá a confirmar el fallo objeto de alzada.

Por lo anterior, la Sala de Decisión Penal del **Tribunal Superior de Medellín**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 23 de octubre de 2017, proferida por el Juzgado Treinta y Tres Penal Municipal de Medellín, que

⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-382 de 1994.

absolvió al señor **Carlos Mario Fernández Jiménez**, acusado del delito de violencia intrafamiliar. Lo anterior de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Contra esta sentencia cabe el recurso de casación.

TERCERO: En firme esta decisión, remítase la presente actuación procesal al Juzgado de origen que corresponda, previas las anotaciones de rigor, para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

Magistrado

RICARDO DE LA PAVA MARULANDA

Magistrado

RAFAEL MARÍA DELGADO ORTIZ

Magistrado