



SALA PENAL

Magistrado Ponente:

JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ

Acusatorio ordinario: 2015-05414

Aprobado mediante acta 083

Medellín, julio diecinueve (19) de dos mil dieciocho (2018).

El defensor del señor **Jorge Hernán Cano Castro** presentó recurso de apelación contra la sentencia condenatoria proferida por el Juez Primero Penal Municipal de Bello, el 29 de noviembre del año pasado como autor del delito de violencia intrafamiliar agravado. Por tanto procede la Sala, siendo competente, a su conocimiento y decisión.

ANTECEDENTES

1. La acusación.

El señor **Jorge Hernán Cano Castro** fue acusado como autor del delito de violencia intrafamiliar, descrito en el artículo 229, inciso segundo, del Código Penal (con la modificación de la Ley 1142 de 2007) agravado por la condición de mujer de la

víctima, por hechos ocurridos el 29 de octubre de 2015, entre las 9:00 y 10:00 de la mañana, cuando agredió tanto física como verbalmente a su cónyuge Erika Paola Domínguez Flórez en diferentes lugares, como en un supermercado, en el vehículo y en su residencia ubicada en la avenida 23 # 52-50, apartamento 311, del barrio Navarra del municipio de Bello. En este último sitio el acusado la jaló del cabello, la cogió contra una pared y ante los gritos de la misma: *"este la tiró al piso, le golpeaba la cabeza contra el piso, le pegó en la boca, en el pómulo y cuando este le lanzaba puños y ella se protegía con las manos, le torcía los dedos, le decía que ella se iba a morir de hambre sin él"*¹. Al soltarla y darse cuenta que la señora Erika Paola le mandó un mensaje a una amiga para que llamara a la policía, el acusado se fue de su residencia. Al día siguiente la víctima fue valorada por un médico legista, quien determinó una incapacidad médico legal definitiva de 8 días, sin secuelas.

2. La sentencia.

El Juez profirió sentencia condenatoria, pues encontró demostrado, más allá de toda duda razonable, que el comportamiento desplegado por el enjuiciado **Cano Castro** lesionó efectivamente el bien jurídicamente protegido de la familia.

En ese sentido, arguyó que con los testigos presentados por la fiscalía, en relación con los cuales hizo una síntesis de sus

¹ Conforme al escrito de acusación presentado el 29 de abril de 201, folios 9 y ss.

declaraciones, con la prueba documental atinente a la denuncia de diciembre de 2013, la orden de protección del 17 de mayo de 2013 y con el testimonio del hijo menor de la pareja, se probó que el maltrato era recurrente y venía de tiempo atrás. Además, dedujo que ese maltrato tanto físico como psicológico, derivado de humillaciones y palabras soeces, se prolongó dada la convivencia por largo tiempo de la pareja, como lo declaró la víctima.

La pena principal la fijó en 6 años de prisión e impuso igual término para la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas. Por prohibición legal se negaron los mecanismos sustitutivos del encarcelamiento, conforme lo previsto en el artículo 68A del Código Penal.

3. La apelación.

El defensor pretende la revocatoria de la condena y la expedición, en su lugar, de un fallo absolutorio, dividiendo su exposición en cuanto a la validez de la actuación y la valoración probatoria.

Sobre lo primero criticó inicialmente la ausencia de defensa técnica, pues no obstante su representado estuvo asistido por tres profesionales, ninguno de ellos asesoró adecuadamente al acusado para que el proceso no llegara "hasta las últimas consecuencias", y puso de presente la vulneración al principio de congruencia, ya que se valoraron pruebas relativas a hechos que no fueron incluidos en la acusación, como los acaecidos en la ciudad de Bogotá en el año 2013, pese a que

la situación fáctica por la que se acusó data del 29 de octubre de 2015.

Sobre el segundo escenario, indicó que el hijo menor de la pareja, tenido en cuenta para la condena, fue aleccionado por la madre y no estuvo presente el día de los hechos. Además, refirió que sus testigos Libardo Alcides Montoya Sánchez, Silvia Estella Castro de Montoya y Francisco Cano, no fueron valorados pese a que coincidieron en afirmar que el día de los hechos el acusado se encontraba laborando.

Asimismo asevero que no obstante en el dictamen pericial se manifestó "que no hay lesiones ni fracturas, ni maltrato mental", posteriormente se determinó una incapacidad de 8 días, situación que además de contradictoria, evidencia que la incapacidad únicamente se soportó en la versión de la víctima. Por tanto, concluyó que al no haberse concretado ninguna lesión síquica o física, no puede tipificarse el delito de violencia intrafamiliar.

De manera subsidiaria, solicitó que en caso de confirmarse la condena, se le conceda al acusado la prisión domiciliaria y permiso para laborar, puesto que es el proveedor económico de su familia y, en caso de privársele de la libertad "posiblemente cometería el delito de inasistencia alimentaria". Además, se trata de un servidor público, dado su condición de sargento primero en el "Batallón de Seguridad Militar EJC NO1" y aportó al respecto constancia del Ejército Nacional.

4. No recurrente.

La representante de la víctima solicitó que se confirme la sentencia condenatoria. Indicó que no es cierto que haya existido ausencia de defensa técnica puesto que en la actuación pueden constatarse los múltiples aplazamientos de las diligencias por solicitudes presentadas tanto por los defensores como por el acusado. Además, los defensores públicos deben presentar informes mensualmente sobre su gestión a la defensoría y si se tenía algún reproche acerca de su labor, ello se pudo poner en conocimiento de dicha entidad o del Consejo Seccional de la Judicatura.

De la misma manera, le parece una falacia la crítica que se hace acerca del desempeño de la defensa por el hecho de que el proceso "se dejó llegar hasta las últimas consecuencias", pues varios de los aplazamientos solicitados buscaban un acercamiento entre las partes para un eventual preacuerdo, para lo cual la defensa pública del momento no tuvo comunicación con el acusado, situación de la cual se dejó constancia en una de las audiencias.

Igualmente, arguyó que tampoco existe vulneración al principio de congruencia, ya que en el escrito de acusación se hizo alusión a agresiones anteriores. Aunado a ello, manifestó que el testimonio del menor fue solicitado en la audiencia preparatoria no como testigo directo de los hechos, sino de circunstancias posteriores, que hacen más probable la ocurrencia del hecho.

En cuanto a la crítica de la falta de valoración de las declaraciones de los testigos de la defensa, expresó que los

mismos sí fueron analizados por el Juez, quien no les dio credibilidad porque es evidente su parcialidad y el ánimo "de librar a toda costa a su hijo y amigo de los cargos endilgados". En ese contexto, en relación con el aspecto relativo a la teoría exculpativa de que el día de los hechos el acusado se encontraba laborando, le parece que no tiene sentido que a última hora y con testimonios "interesados" se trate de probar ese hecho cuando desde un principio debió haberse aportado el certificado respectivo.

Respecto al dictamen de medicina legal, en relación con el cual se reprocha que no obstante no hallarse lesiones se determinó una incapacidad de 8 días, indicó que se trata de un delito contra la familia y no contra la integridad personal, además, el perito explicó que cuando se habló de que no habían hallado lesiones se refirió a fracturas o huellas externas visibles en el cráneo y en los malares, sin embargo sí encontró equimosis en rostro y brazos. Por lo demás, el médico analizó la historia clínica aportada, revisó a la denunciante y valoró su exposición de los hechos, la cual confrontó con sus reacciones en el examen clínico.

Finalmente, en cuanto a la concesión de la domiciliaria, manifestó que el delito de violencia intrafamiliar se encuentra excluido de este beneficio no solo por la Ley 1709 de 2014 sino por la Ley 1773 de 2016, lo que significa que el legislador quiso sancionar drásticamente a los "agresores familiares", máxime si la violencia se ejerce sobre una mujer. Además, tampoco consideró válido el argumento de que con su reclusión el enjuiciado podría incurrir en el delito de

inasistencia alimentaria "porque con ese argumento ningún delincuente podría ser recluido intramuralmente".

CONSIDERACIONES

Nos corresponde resolver si en este caso, con la prueba practicada, se logra el conocimiento más allá de toda duda acerca de la existencia del delito y la responsabilidad del acusado, necesario para establecer un fallo de condena en contra del señor **Jorge Hernán Cano Castro**, pues en sentir de la defensa debió haberse impartido una sentencia absolutoria con base en la tesis de que no se dieron los presupuestos requeridos para que se estructure la conducta de violencia intrafamiliar.

No obstante este planteamiento general, el recurrente también aludió a un aspecto que conlleva ínsita la finalidad de que se anule el trámite, al considerar que en la actuación existió una incorrecta asesoría por parte de los defensores anteriores, situación que en su sentir condujo a la ausencia de defensa técnica del acusado en el proceso. Por tanto, debemos pronunciarnos inicialmente en relación con este tópico, obviamente por las consecuencias que derivarían en caso de aceptarse el cargo planteado.

1. De la nulidad.

En síntesis, el defensor aludió a la ausencia de defensa técnica por (i) ausencia de conocimiento jurídico por parte de los

abogados y (ii) la carencia de comunicación de dos defensoras públicas con su representado, situación que conllevó a que el proceso llegara "hasta las últimas consecuencias" y que no se aportaran las pruebas necesarias para su defensa.

El cargo será negado.

La Sala no evidencia en la actuación ninguna de las circunstancias mencionadas por el recurrente, ni alguna situación que pueda considerarse como negligencia por parte de los abogados que tuvieron a cargo la representación de **Jorge Hernán Cano Castro**. Desde la audiencia de formulación de imputación hasta la audiencia preparatoria el acusado fue representado por dos defensoras públicas. La primera lo asistió en las audiencias preliminares y en la formulación de acusación, mientras que la segunda estuvo en la preparatoria, luego de la cual el acusado confirió poder a un abogado contractual² que lo representó en la primera sesión del juicio oral y su designación culminó cuando le concedió poder a otro abogado de confianza³ por la renuncia del anterior⁴.

Así, el señor **Jorge Hernán** siempre estuvo asistido por diferentes abogados y, verificados los audios, estos siempre actuaron conforme a sus deberes en las diferentes audiencias, entre ellas la preparatoria, en la cual, pese a lo indicado por el acusado mediante escrito recibido antes de la instalación

² Folios 39 y 41. En la audiencia del 21 de septiembre de 2016 se le reconoció personería jurídica para actuar.

³ Folio 95.

⁴ El 17 de marzo de 2017, folio 71.

del juicio oral⁵, relativo a que su defensora pública “teniendo las pruebas para demostrar mi defensa no cumplió con su papel de solicitar las mismas en debida forma ni existió coordinación conmigo para solicitar las pruebas para mi defensa”, que finalmente es el reproche que reproduce el recurrente, pidió como prueba documental los recibos de consignación que de forma periódica ha realizado el acusado como muestra de su “cumplimiento como padre y esposo”, el testimonio de Francisco Humberto Cano Gutiérrez y Silvia Estela Castro Montoya, padres de **Jorge Hernán**, y sus amigo Libardo Alcides Montoya Sánchez y vecina Virginia Moná, cuyos nombres, datos de ubicación y demás argumentación acerca de la pertinencia, conducencia y utilidad de la pruebas hubiese sido imposible de no haber existido una efectiva comunicación entre el acusado y su abogada.

Además, se evidencia que incluso dicha defensora solicitó el testimonio del sicólogo de la defensoría, Gilberto Jimy Arroyave Ospina, como testigo de refutación, y se opuso al decreto de varias de las pruebas solicitadas por la fiscalía, situación que también denota que no se trató de una defensa inactiva o pasiva como quiere hacerlo ver el apelante.

De otra parte, respecto a la insinuación del defensor en el sentido de que de haber existido una debida asesoría por parte de sus predecesores, no se hubiera llevado el proceso “hasta las últimas consecuencias”, se trata de un argumento especuativo que ni siquiera corresponde con la realidad del proceso, en la medida en que en el mismo puede apreciarse

⁵ Folio 29.

que incluso en la audiencia que fue instalada a efectos de iniciar el juicio oral, su defensor de confianza solicitó el aplazamiento de la diligencia “en aras de lograr un acuerdo con las partes y estudiar mejor el proceso”⁶.

En tales condiciones, las críticas acerca de la deficiente labor defensiva o la falta de conocimiento del caso por parte de los diferentes abogados, no tienen respaldo en las constataciones realizadas por la Sala en relación con el desarrollo de la actuación penal. Además, cuando se alude a una falta de defensa técnica, la argumentación debe ir más allá de simplemente insinuar cuál debió haber sido la gestión adelantada por los abogados o cuáles fueron las pruebas que debieron haberse solicitado:

“1.2. Ahora en cuando a la queja también de nulidad pero esta vez por falta de defensa técnica ante la supuesta ineptitud del abogado que representó al acusado durante el juicio, es preciso citar brevemente cuáles son los requerimientos para acreditar este vicio en sede de casación, al igual que su importancia para que amerite la invalidación de lo actuado.

Así se ha pronunciado la Sala:

Pues bien, para que la censura por violación del derecho de defensa técnica tuviera alguna viabilidad en sede extraordinaria, el demandante debía demostrar que el condenado estuvo en total orfandad defensiva durante el devenir procesal, bien sea por carencia de nombramiento de defensor, por desatención de los deberes del ejercicio profesional o por falta de idoneidad del togado⁷, que generaran una situación de desamparo total, circunstancia que no encuentra acreditada la Sala. (CSJ AP 22 Oct 2014, rad.38044)

⁶ Acta de audiencia del 21 de septiembre de 2016, folio 41.

⁷ Cfr. CSJ., AP de 1º de febrero de 2012, Radicado 38139.

Además de la demostración concreta de la afectación al debido proceso en cualquiera de las situaciones antes referidas, quien alega esta tipo de irregularidad debe superar la mera crítica acerca de cuál cree que debió ser la gestión adelantada por su predecesor, puesto que:

Recogiendo la jurisprudencia⁸ de la Corporación en la materia, hay que advertir que esta ha indicado de manera reiterativa que el defensor goza de plena autonomía en su estrategia defensiva, pudiendo entonces orientar la custodia de los intereses que representa de la forma que considere pertinente, y que el desacuerdo con la táctica de defensa asumida no basta para sostener que el derecho de defensa técnica ha sido violado por ausencia de defensor idóneo, pues la ley no le impone a los defensores algún tipo de criterio estratégico.

Los reparos en relación con la forma como el defensor ha cumplido el compromiso de asistencia profesional en un determinado asunto, frente a lo que un nuevo apoderado cree que se ha podido hacer de haber tenido la representación del acusado, no es de por sí argumento válido para reclamar la invalidación del proceso por ausencia de defensa técnica, porque lo normal en el ejercicio de profesiones liberales como la abogacía, es que estas diferencias se presenten, en consideración a que no se rigen por reglas fijadas de antemano, sino por el principio de libertad de iniciativa. (CSJ AP, 24 Set 2014, rad. 44469)”⁹

2. De la absolución.

El delito de violencia intrafamiliar, tipificado en el artículo 229 del Código Penal (modificado por la Ley 1142 de 2007) en términos de sancionar cualquier maltrato físico o psicológico a un miembro del núcleo familiar, que comprende también a las parejas del mismo sexo (C-029 de 2009) y que tiene una

⁸ Cfr. CSJ, Casación de junio 13 de 2002. Rad. 11324.

⁹ Decisión del 28 de febrero de 2018, Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, radicado 51668 (AP791-2018) con ponencia del doctor Fernando Alberto Castro Caballero.

naturaleza subsidiaria, tiene tres elementos relevantes que para este caso importa destacar:

En principio, el sujeto activo y pasivo de la conducta punible son calificados en la medida en que deben ostentar la condición de miembros del núcleo familiar, independiente al lugar en que ocurre la violencia.

Además, el concepto de "maltrato" es un elemento normativo del tipo penal en tanto que se encuentra definido legalmente en múltiples instrumentos jurídicos. En efecto, el artículo 42 de la Constitución Política establece en su tercer inciso que *"Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionado conforme a la ley"*.

Igualmente, el artículo 229 citado, fue revisado por la Corte Constitucional en la sentencia C 368 de 2014 en los temas de trasgredir los principios de proporcionalidad, igualdad y legalidad, compilando los términos en los que debe ser entendido el concepto de maltrato, en los siguientes términos que sintetizamos así:

La Ley 882 de 2004:

"Por violencia intrafamiliar puede entenderse todo daño o maltrato físico, psíquico o sexual, trato cruel, intimidatorio o degradante, amenaza, agravio, ofensa o cualquier otra forma de agresión, producida entre miembros de una familia, llámese cónyuge o compañero permanente, padre o madre, aunque no convivan bajo el mismo techo, ascendientes o descendientes de éstos

incluyendo hijos adoptivos, y en general todas las personas que de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica”¹⁰.

La Ley 1098 de 2006:

Para los efectos de este Código, se entiende por maltrato infantil toda forma de perjuicio, castigo, humillación o abuso físico o psicológico, descuido, omisión o trato negligente, malos tratos o explotación sexual, incluidos los actos sexuales abusivos y la violación y en general toda forma de violencia o agresión sobre el niño, la niña o el adolescente por parte de sus padres, representantes legales o cualquier otra persona”¹¹.

La Ley 1357 de 2008:

“Definición de violencia contra la mujer. *Por violencia contra la mujer se entiende 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”¹².*

Y la Ley 1257 de 2008:

“Concepto de daño contra la mujer. *Para interpretar esta ley, se establecen las siguientes definiciones de daño:*

- a. *Daño psicológico: Consecuencia proveniente de la acción u omisión destinada a degradar o controlar las acciones, comportamientos, creencias y decisiones de otras personas, por medio de intimidación,*

¹⁰ Artículo 1.

¹¹ Artículo 18.

¹² Artículo 2.

manipulación, amenaza, directa o indirecta, humillación, aislamiento o cualquier otra conducta que implique un perjuicio en la salud psicológica, la autodeterminación o el desarrollo personal¹³.

b. Daño o sufrimiento físico: Riesgo o disminución de la integridad corporal de una persona”.

Por último, por supuesto, la conducta debe afectar o poner en peligro el bien jurídico tutelado, pues el artículo 11 del Código Penal, al definir el elemento de la antijuridicidad prevé que: *“Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado”.* La antes citada sentencia constitucional indicaba al respecto:

“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 esta infracción penal”.

Así también lo había advertido la Sala de Casación Penal de la Corte¹⁴, en estos términos:

Desde luego, 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

¹³ Artículo 3.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 5 de octubre de 2016, radicado SP 14151-2016-Rdo.45647.

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 inocuas¹⁵ 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”.

2.1. Verificados estos elementos principales con lo probado en el juicio, la Sala advierte su plena adecuación típica y lesión al bien jurídico tutelado.

Inicialmente y siguiendo el anterior orden, **Jorge Hernán Cano Castro** y Erika Paola Domínguez Flórez pertenecían al mismo grupo familiar por sus condiciones de cónyuges y estaban integrados de manera permanente a la misma unidad doméstica, conforme a las estipulaciones presentadas por las partes acerca del vínculo matrimonial, para lo cual se aportó el registro civil de matrimonio y copia de los registros civiles de nacimiento de los tres hijos que tiene la pareja.

En relación con las lesiones físicas declaró el médico Fabio Alberto Gutiérrez Buriticá, del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, quien determinó el 30 de octubre de 2015, una incapacidad médico legal definitiva de 8 días, sin secuelas, cuyo origen fue delimitado por los testigos de la

¹⁵ Cfr. CC C-285/97.

fiscalía de la siguiente manera:

La señora Erika Paola Domínguez Flórez, quien funge como víctima en el proceso, expuso los siguientes aspectos esenciales acerca de los hechos: **(i)** no convive con el señor **Jorge Hernán** desde el 29 de octubre de 2015, en razón de los últimos episodios de violencia que se presentaron en esa fecha, en relación con lo cual relató que desde que el acusado se levantó, estaba alterado y grosero, luego éste llevó sus dos hijos mayores al colegio y cuando regresó a la casa, empezó a tratarla "con palabras bastante vulgares, a descalificarme como mujer, a decirme que estaba cansado de mantenerme, de ver por mí, que yo era una mantenida", **(ii)** con posterioridad se fueron a mercar, y desde que se subió al carro la siguió insultando, y aunque trató de evitarlo poniéndose unos audífonos, todo el camino fue "en su grosería". **(iii)** Cuando llegaron al supermercado, al momento de pagar en la caja registradora, siguió descalificándola como mujer, le decía que "estaba harto de mantenerme a mí y mantener los niños, que estaba cansado de esa situación y que las mujeres siempre teníamos hijos para que los hombres las mantuvieran", situación que generó que las personas intervinieran. **(iv)** Luego, al subirse al carro "porque igual era a grito en la calle", la señora Erika Paola le empujó el brazo y le dijo "ya no más", a lo cual el acusado respondió cogiéndola del cabello, "me inmoviliza", trata de golpearla con la guantera del carro "como pude me defendía para que me soltara", subió las ventanas del carro y empezó a manejar. **(v)** Cuando llegaron al apartamento y se disponía a cambiarse de ropa y a limpiarse las heridas, empezó a golpearla nuevamente, la cogió del

cabello, le gritaba e insultaba: "no me bajaba de vagabunda, de puta, de perra, entonces empezamos a forcejear, ya entrando la habitación él me toma del cuello contra una pared, siempre diciéndome que me va a matar y que me va a mandar a Bogotá picada en un en un ataúd"¹⁶. La siguió golpeando "por detrás, por las costillas, y me inmovilizaba del cabello"¹⁷, luego de poder soltarse de su agresor, le mandó un mensaje a su amiga Gladys para que llamara a la policía, y al percatarse el acusado del llamado de auxilio, empacó sus cosas y alcanzó a salir.

Agregó que cuando llegó la policía le sugirieron que denunciara los hechos a la fiscalía, su amiga la llevó a interponer la denuncia y de ahí la llevaron al "dispensario Pedro Nel Ospina".

Es importante aclarar que en su declaración también se refirió a varias situaciones de violencia anteriores, ocurridas en diferentes fechas, por las cuales tuvo que denunciar a su cónyuge ante la fiscalía y comisaría de familia.

Entretanto, el hijo menor de la pareja J. J. C. D., narró que su padre **Jorge Hernán** no convivía actualmente con ellos porque "él era muy agresivo, muy violento con nosotros, con mi mamá, mantenía armado". Acerca de los hechos manifestó que ese día lo llevó su profesora a su residencia, pero cuando subió encontró la puerta abierta, la casa desordenada y allí "estaban 2 policías y una amiga de mi mamá y mi mamá estaba

¹⁶ Registro 1:42:55 de la audiencia del 16 de noviembre de 2016.

¹⁷ Registro 1:44:25.

llorando angustiada, entonces fue al médico y estaba adolorida, golpeada”¹⁸.

En relación con el comportamiento general del acusado, el niño expuso que su papá era muy agresivo con su madre, “desde que yo me recuerdo siempre la ha tratado mal”, el acusado también le pegaba mucho a él y lo describió como una persona que no se podía controlar “uno medio le decía algo y ya estaba furioso”. Asimismo, indicó que su papá se fue hace dos años de la casa.

Estas circunstancias reveladas por los testigos de la fiscalía, establecen la realización del verbo rector “maltrato” del acusado a su cónyuge, tanto física como psicológicamente, maltrato físico que fue corroborado con el dictamen pericial, del cual realizaremos un análisis en atención a las críticas que expone el recurrente respecto a las conclusiones que fueron determinadas por el médico legista.

En ese sentido, tenemos que el médico Fabio Alberto Gutiérrez Buriticá declaró la atención que realizó el 30 de octubre de 2015, día posterior de los hechos, a la paciente Erika Paola Domínguez Flórez, a eso de las 9:10 o 9:20 de la mañana. Había una solicitud de la SAU, verificó su identidad y le preguntó las razones por las cuales estaba solicitando el servicio, a lo cual la paciente le indicó que su esposo la había agredido con golpes en la cara, en la espalda y que la había jalado el cabello, situaciones que concordaban con lo relatado

¹⁸ Registro 39:23 de la audiencia del 9 de noviembre de 2017.

por la víctima en la primera atención médica en el Hospital Militar de Medellín.

Al examinarla físicamente encontró que la denunciante presentaba dolor a la tracción del cuero cabelludo, sin ningún signo de fractura o de lesión, que había un dolor a la palpación en la mejilla derecha, sin signos externos de violencia física externa evidentes ni fractura, **tenía un edema y una equimosis leve en el labio superior izquierdo**, sin otras lesiones intraorales, presentaba dolor leve a la palpación en la región anterior del cuello, sin signos clínicos de fractura ni luxación cervical, y había dolor a la palpación en la región interescapular y en la región dorsal, sin signos clínicos de fracturas costales ni vertebrales. Además, indicó que **había una equimosis leve en la cara interna en el tercio distal del brazo derecho de 2 x 1 cm**, y había dolor a la palpación en la movilidad en el primer dedo de la mano derecha y en el quinto dedo de la mano izquierda, sin signos clínicos de fractura.

El médico concluyó que las lesiones habían sido con un mecanismo contundente.

Con este relato acerca de los hallazgos lesivos, para la Sala resulta claro que el maltrato existió y que las censuras planteadas por el recurrente, como pasará a verse, no tienen ningún fundamento.

En cuanto a que el médico legista en el dictamen indicó que no habían señales de violencia física externa y por ello no

existió el maltrato, la afirmación resulta equivocada. El defensor hizo una lectura sesgada del informe pericial de clínica forense, puesto que con la verificación del mismo y con la declaración del médico, puede establecerse claramente que si bien en algunas de las partes corporales examinadas, no se observaron señales de violencia, la víctima presentaba dolor a la palpación, lo que significa que sí había existido un maltrato independientemente de que pudiera verse o no un hematoma. En ese sentido, el médico forense explicó:

“¿qué es lo que sucede?, dependiendo de la intensidad del trauma se produce una contusión, la contusión inicialmente, si es muy leve, puede producir una lesión que es como eritematosa, o sea rojita, dependiendo de la intensidad ese trauma lo que produce es una ruptura de capilares pequeños a nivel de la piel, esos capilares a medida que va evolucionando el trauma va cambiando de coloración, si es una trauma mínimo, o sea una contusión muy leve, puede traer es una coloración rojiza, por decir algo una palmada en la cara se produce el eritema o la coloración rojiza y a medida que vaya transcurriendo el día, si no hubo una ruptura de vasos importante no se va a producir hematoma”.

Además, no obstante esa falta de señales que reprocha el censor, no puede dejarse de lado que, además del dolor, en el cuerpo de la denunciante se halló un edema y una equimosis leve en el labio superior izquierdo y una equimosis leve en la cara interna en el tercio distal del brazo derecho de 2 x 1 cm, y en relación con estos hallazgos, fue que se determinó la incapacidad de 8 días, porque “lo que tiene estipulado medicina legal para que esas lesiones desaparezcan completamente oscilan entre 5 y 8 días”.

Como consecuencia de lo anterior, el dictamen y la incapacidad no se basaron exclusivamente en el relato de la víctima como se alega, sino que su duración se determinó precisamente por las lesiones que pudo evidenciar el médico Fabio Alberto, quien además afirmó que la evolución de la lesión coincidía con los límites establecidos por la paciente Erika Paola en su narrativa, es decir, que la agresión había ocurrido el día anterior, esto es, el 29 de octubre, y también concordaba con las lesiones contusas iniciales determinadas por el médico general en la historia clínica.

Que nadie estuvo presente en el hecho y por ello no puede dársele credibilidad a la víctima, y que el hijo menor que declaró está "aleccionado" por su madre, adujo el defensor para descartar el delito. Sin embargo, no se tuvo en cuenta que este tipo de delitos por lo general ocurren en la clandestinidad y que el niño J. J. funge como prueba indirecta, pues después de los hechos observó la casa desorganizada, encontró a dos policías y a su mamá llorando y golpeada, aspectos que sin duda hacen más convincente las agresiones sufridas por la víctima, que a propósito no se reducen al campo físico, sino que en este caso trascendieron al daño psicológico, pues recordemos que en el contexto referido por la señora Erika Paola, se aludió a que el acusado permanentemente la degradaba como mujer, con insultos como "vagabunda", "perra", "puta" y mantenida.

La censura acerca de que el menor está aleccionado por su madre tampoco tiene fundamento. El recurrente no demostró cuál era la "conveniencia" o utilidad que iba a percibir un niño

de 10 años¹⁹ de declarar en contra de su padre, a quien por demás describió como agresivo, violento, que no se sabía controlar porque fácilmente se ponía "furioso" si "uno medio le decía algo"²⁰ y que trataba muy mal a su mamá.

Esta estructura probatoria finalmente no pudo ser refutada por el censor, pues éste simplemente trajo al juicio a tres testigos, los padres y un amigo del acusado, cuya parcialidad y solidaridad por los lazos de parentesco y amistad fueron evidentes. Ninguno de ellos tampoco presencié los hechos y solamente se dedicaron a resaltar la excelente persona que es **Jorge Hernán**.

Al preguntárseles acerca de los hechos, el señor Libardo Alcides Montoya Sánchez, amigo del acusado, indicó que el acusado **Cano Castro** le "comentó" que ese día estaba laborando, pero no sabe dónde y supone que como oficial del Ejército tiene que tener disponibilidad de tiempo. Además, expuso que nunca presencié problemas entre el acusado y su esposa, que siempre observó que vivían "muy bueno", que él le comentaba que tenía una relación excelente con Erika Paola y "de verdad que yo a él le decía Hernán lo bendigo, lo felicito porque de verdad que bendición los hijos que Dios te ha regalado, su esposa".

Por el contrario, la madre del acusado, Silvia Estela Castro Montoya, manifestó que pese a que su hijo y la esposa tienen 16 años de casados "desde que se casaron el matrimonio fue

¹⁹ Al momento de la declaración.

²⁰ A partir del registro 39:30.

un fracaso”, son dos personas muy diferentes. Se dedicó a criticar a la denunciante en el sentido de que ella es “muy amante al dinero, le interesa más que la parte humana”, le fue infiel a su hijo y ello ha sido la razón de sus constantes conflictos.

También insistió en que la acusación por violencia intrafamiliar era injusta porque su hijo el día de los hechos estaba trabajando en la Cuarta Brigada en horario de 7:00 de la mañana a 7:00 de la noche y “tengo la prueba”, y que desde el 2013 estaba **Jorge Hernán** viviendo con ellos en Copacabana, ininterrumpidamente. Sin embargo, en desarrollo del contrainterrogatorio, expuso que no sabía si para el año 2014 ya el acusado le había comprado el apartamento a Erika Paola y volvió con ella.

Por su parte, Francisco Humberto Cano Gutiérrez, padre del enjuiciado, declaró que no tiene conocimiento de los hechos del 29 de octubre de 2015 “porque él estaba viviendo con nosotros en casa, él salió para su trabajo, ya de ahí no sé más nada, sé que estaba trabajando”²¹, tiene la constancia de que él estaba trabajando porque él personalmente se la transmitió, y esa constancia viene directamente de la Cuarta Brigada.

A partir de estos testimonios el censor presenta una valoración probatoria alternativa para demandar la absolución del justiciable, con base en el planteamiento de la inexistencia

²¹ Registro 1:53:00.

del hecho por la imposibilidad de que el acusado estuviera en los lugares mencionados por la víctima, donde precisamente acaecieron las agresiones. Sin embargo, consideramos que sus versiones no contrarrestan o desdicen de ninguna manera los razonamientos probatorios establecidos con antelación.

Si bien es cierto en la sistemática acusatoria existe libertad probatoria, para la Sala no resulta verosímil que a última hora se quiera demostrar con la simple mención de los testigos de que tienen una constancia de la Cuarta Brigada, una circunstancia exculpativa tan importante como el hecho de que el acusado estuvo trabajando todo el día, ese 29 de octubre de 2015.

Aunado a las contradicciones evidenciadas en los testigos y su ánimo de favorecer al justiciable por las razones que se dijeron con antelación, ninguno de ellos refirió exactamente la relación de trabajo del acusado, el lugar del mismo y quién estaba certificando tanto el día como el horario, y tampoco se aportó ningún documento que demostrara tal afirmación, pese a que, si bien nos encontramos en un sistema oral, la prueba documental no ha desaparecido del escenario probatorio y por ello a partir del artículo 424 del Código de Procedimiento Penal se establecen las reglas generales para su utilización e incorporación.

Además, de existir tal certificación debió haberse solicitado e incorporado como prueba, lo cual incluso pudo haber hecho el mismo acusado en ejercicio de su defensa material, dando con

ello aplicación al principio de mejor evidencia, en su concepto general:

“La Ley 906 de 2004 establece pautas importantes sobre lo que debe entenderse por mejor evidencia.

De forma expresa, el concepto es referido en las normas que regulan la prueba documental, en cuanto se establece que “cuando se exhiba un documento con el propósito de ser valorado como prueba y resulte admisible, conforme con lo previsto en el capítulo anterior deberá presentarse el original del mismo como mejor evidencia de su contenido”.

Desde una perspectiva más amplia, el concepto es desarrollado en otros contextos, tal y como sucede con la prueba de referencia, en cuanto se asume que la declaración del testigo que presencié los hechos es mejor evidencia que el testimonio de quien escuchó el relato sobre ese acontecer fáctico (lo que en su momento se denominó “testigo de oídas”), sin perjuicio de las garantías judiciales atinentes a esta figura.

Entre otros aspectos, el concepto de mejor evidencia apunta a eliminar, en cuanto sea posible, los riesgos en la tergiversación o alteración de los medios de prueba, y facilitar el ejercicio de la contradicción y la confrontación. En esa lógica, la presentación del testigo que presencié los hechos, en lugar de aquel que escuchó su relato, permite establecer de forma más fidedigna la narración, al tiempo que posibilita el desarrollo de la confrontación. En lo concerniente a los documentos, la presentación del original permite la verificación de que el documento no ha sido mutilado o alterado de alguna forma (que hipotéticamente podría dificultarse cuando se presenta una copia), lo que, además, facilita el ejercicio de la contradicción.

Sin perjuicio de las consecuencias legales previstas para eventos como los que se acaban de referir, el concepto de mejor evidencia es trascendental para la racionalización del proceso penal, especialmente en el análisis de la utilidad de las pruebas, en los términos del artículo 376 de la Ley 906. En procura de una explicación más pertinente para la solución del asunto

sometido a conocimiento de la Sala, se tomará como ejemplo el delito de prevaricato, cuando ocurre en el contexto judicial.

Según se indicó en el numeral anterior, en esos casos es determinante establecer, entre otras cosas, la “realidad procesal” a la que se enfrentó el funcionario cuando emitió la decisión que se considera manifiestamente contraria a la ley (prevaricato por acción) o incurrió en una omisión penalmente relevante (prevaricato por omisión).

Si, como en este caso, es imperioso establecer lo acaecido durante una audiencia pública, que por mandato expreso de la ley deben ser grabadas, por regla general el respectivo registro constituye mejor evidencia que el testimonio de alguien que haya participado en la misma, entre otras cosas porque: (i) el registro permite establecer con precisión las palabras utilizadas por los partes y el Juez, lo que difícilmente puede ser referido con exactitud por un testigo, (ii) con el registro se obtiene un conocimiento directo del tono, los énfasis y demás aspectos relevantes para desentrañar el sentido del mensaje, mientras que los testigos expresarán su percepción –y, quizás, su opinión–, sobre estos aspectos que pueden resultar trascendentes; (iii) si se utiliza prueba testimonial para demostrar lo sucedido en una audiencia, puede haber lugar a debates, en ocasiones interminables, sobre la percepción de los testigos, su rememoración, la incidencia de su rol o sus posturas jurídicas en la interpretación de lo sucedido, etcétera.

Lo anterior sin perjuicio de que se pretenda demostrar aspectos que no quedaron cobijados por el registro de la audiencia, como, por ejemplo, el contenido de las conversaciones sostenidas por los intervinientes cuando el Juez interrumpió la grabación, los gestos u otras conductas que no quedaron registradas, siempre y cuando, claro está, se explique la pertinencia de esos hechos o circunstancias.”²²

²² Decisión del 8 de noviembre de 2017, Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, radicado 51410 (AP7577-2017), con ponencia de la doctora Patricia Salazar Cuellar.

Finalmente, el apelante reprocha una supuesta vulneración del principio de congruencia. La Sala tampoco comparte este planteamiento. El hecho de que en la decisión de primera instancia se hayan valorado pruebas acerca de situaciones que se presentaron con antelación a la agresión del 29 de octubre de 2015, no presupone la vulneración del principio, puesto que la condena se fundamentó en los hechos presentados en esa fecha²³ y la mera verificación de situaciones acaecidas con anterioridad y sus resultados, como denuncias y medidas de protección proferidas a favor de la víctima, pueden tenerse incluso como hechos indicadores que, por vía indiciaria, hacen más probable la comisión del delito por su prolongación en el tiempo.

Por lo demás, el Juez de primera instancia también valoró las pruebas atinentes a circunstancias anteriores de violencia, a efectos de controvertir la tesis que le planteó la defensa en el sentido de que dicho comportamiento obedeció a un "hecho aislado", conforme se dijo en la sentencia.

Así las cosas, al haberse demostrado el ejercicio de la violencia por parte del acusado y la afectación del núcleo familiar, se dispondrá la confirmación del fallo condenatorio.

En cuanto a la forma de ejecución de la pena privativa de la libertad, como pedimento subsidiario de la defensa en caso de confirmarse la condena, dada la prohibición contenida en la ley 1709 de 2014, reiterada en la 1773 de 2016, en este caso

²³ Folio 2 de la sentencia.

no es viable jurídicamente el otorgamiento de la prisión domiciliaria.

El Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley:

FALLA

Confirmar la sentencia que por apelación se revisa y se informa que contra esta decisión procede el recurso de casación. Cítese a audiencia para su notificación.

Cúmplase

Los magistrados,

JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ

MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS

PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN