



SALA PENAL

Magistrado Ponente:

JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ

Acusatorio ordinario: 2020-55494

Aprobado mediante acta 29

Medellín, marzo cuatro (4) de dos mil veintidós (2022).

Se deciden los recursos de apelación presentados por el fiscal 31 local y el defensor contra la sentencia condenatoria proferida por el Juez Veintiséis Penal Municipal de Medellín el 30 de julio anterior contra el señor **Omar de Jesús Vélez Aguirre** como autor del delito de violencia intrafamiliar agravado; por tanto, procede la Sala a su conocimiento y decisión.

ANTECEDENTES

1. La acusación.

Omar de Jesús Vélez Aguirre fue acusado como autor del concurso homogéneo y sucesivo del delito de violencia intrafamiliar, descrito en el artículo 229, inciso segundo, del Código Penal (modificado por la Ley 1959 de 2019), agravado

por las condiciones de las víctimas, mujer y dos menores (que *"además de ser maltratados presenciaron agresiones"*), cometidos en contra de su excompañera Luz Mery Hernández Velásquez, con quien vivió bajo el mismo techo durante 20 años y tuvieron dos hijos, A.V.H. y M.V.H., de 5 y 11 años para el momento de este acto:

El día sábado 6 de junio del año 2020, siendo las 10:30 am LUZ MERY HERNÁNDEZ VELÁSQUEZ salió a comprar unas cosas al centro de Medellín; cuando LUZ MERY estaba guardando las cosas que había comprado al taxi, OMAR DE JESÚS VÉLEZ le arrebató el bolso y comenzó a dañarlo con un bisturí, y con ese mismo bisturí amenazaba a LUZ MERY, JORGE DIAZ un amigo de LUZ MERY quien ese día la estaba acompañando, viendo lo sucedido le pidió a OMAR que le devolviera el bolso a LUZ MERY, pero OMAR reaccionó de manera violenta y trató de cortar a JORGE DIAZ con el arma haciéndole varios intentos.

El día 18 de mayo de 2020, siendo las 08:30 pm, el señor OMAR DE JESÚS llamó al celular de la menor M.V. de 11 años de edad, realizó tres llamadas y le pedía a la menor que le pasara a la señora LUZ MERY, la menor le decía que no se la pasaba porque él era muy grosero, le hizo manifestaciones de celos y además le dijo que no le importaba ir a la cárcel pero que él iba a matar a la señora LUZ MERY, que la iba a hacer picadillo.

El 13 de abril de 2020, la señora Luz Mery Hernández recibe una llamada de OMAR DE JESÚS VÉLEZ, y le dijo que *"perra hijueputa chanda que se la iba a pagar que no tenía que porque obligar a contestarle la llamada a él, que a toda hora es obligándola a contestarle a él"*, refiriéndose a que momentos antes la hija menor había recibido una llamada de su padre

biológico, la señora Luz Mery le contesta que a la niña le gustaba hablar con él, entonces OMAR DE JESÚS VÉLEZ, la amenaza diciéndole que la iba a picar, que era un piroba, que le iba hacer de todo, que de este año no pasaba, que si pasaba se dejaba de llamar OMAR pero que no le importaba que él, los pagaba con cárcel, pero que no la dejaba viva, Luz Mery le contesta que haga lo que tenga que hacer, Omar le contestaba con palabras soeces "maricona estas muy llena", entonces a los niños no los vuelve a llamar; al día siguiente 14 de abril volvió a llamar a decirle que por lo que estaba pasando él no podía salir de la casa, ya que él vive en Manrique oriental en la 38, entonces que por lo de la cuarentena no podía salir, pero en cuanto todo acabara lo iba hacer, iba a ir hasta la casa de Luz Mery y la iba a picar.

El 2 de julio de 2019, a eso de las 4:00 pm, OMAR VÉLEZ, llegó a la vivienda de la señora Luz Mery Hernández y le dice que le organice al niño de cuatro años de edad porque se lo va a llevar, la señora Luz Mery Hernández, le preguntó que para dónde se lo llevaría y le contesta que "nos vamos a matar los dos" a lo que Luz Mery le contesta que no se lo va llevar, posteriormente le indica que lo va a llevar a motilar, en ese momento la señor Luz Mery le indica a su hija menor "MVH", que le pase a su padre un número telefónico, esta lo hace y él le pregunta que para qué eso? Luz Mery le manifiesta que es para que se comunice con un hermano de ella que vive en las montañas, motivo por el cual maltrata físicamente a su hija menor de edad "MVH", propinándole un golpe en la boca, Luz Mery le reclama y Omar Vélez le contesta con insultos y palabras soeces.

El 21 de julio de 2019, a eso de las 4:00 pm, OMAR DE JESÚS VÉLEZ, llegó al almacén donde trabaja la señora Luz Mery Hernández, el cual queda ubicado al lado de su residencia y le dice que si había

pensado las cosas, que se dieran otra oportunidad, ella se niega a darle más oportunidades, le manifiesta que hiciera él su vida y le permitiera hacer su vida, OMAR DE JESÚS VÉLEZ, se enfureció y le manifiesta a Luz Mery que su vida la iba a hacer con ese "hijueputa" del lado, ella le contesta que no necesitaba hacerla con nadie, pero que como él la tenía por el suelo ya vería con quien la hacía si con él o con otro, pero que él no iba a escoger su vida, OMAR DE JESÚS VÉLEZ, la amenaza diciéndole que si la veía con cualquiera lo iba a picar y se lo dejaba ahí extendido, se entró furioso a la casa diciendo que él tenía derecho a entrar, Luz Mery le manifiesta que se saliera, Omar le contesta que lo mandara a sacar, que enviara al mozo, Luz Mery trata de llamar la policía y Omar se fue para la cocina, cogió un cuchillo y la amenazaba con este, le decía que si llamaba la picaba y mataba al hijueputa que fuera, como vio que no le prestó atención le dijo que le iba a dañar el televisor, si decía una palabra o llamaba a alguien, Luz Mery sale cuando le ve en cuchillo en la mano, cuando la policía llegó Omar se fue. Regreso a las cinco de la tarde y cogió el celular de Luz Mery y él se lo llevo, no se lo quiso devolver diciendo que él tenía que mirar lo que tenía ahí.

En el mes de abril de 2019, invitó a comer a Luz Mery y sus hijos, a pesar que Luz Mery no quería ir, los niños le insistieron que fueran y fue "peor"-palabra de Luz Mery, estuvieron por campo Valdés, Omar Vélez le decía a Luz Mery que le diera otra oportunidad, en el camino empezó nuevamente a insistir, Luz Mery le manifestó que esperaran y delante de los niños le dijo "yo no quiero esa vida así, matémonos", empezó a pasarse semáforos en rojo, a toda velocidad, la niña gritaba, le decía "papi nos vamos a matar", pare y OMAR le contestó eso es lo que quiero que nos matemos todos, yo me quiero es morir, yo no quiero vivir sin su mamá, el niño también gritaba.

El 28 de diciembre de 2019, a eso de las 06:30 p.m., OMAR DE JESÚS VÉLEZ, agrede a Luz Mery Hernández, ese día se dirigió hasta el negocio, de ella y desde la calle le gritó cosas feas y la amenazó, le dijo "perra hijuetantas, que qué hacía con ese señor ahí", el señor que estaba en el negocio le dijo cuando quiera, entonces parqueó el carro y se dirigió hacia donde ella se encontraba con el fin de atacarlos, a la señora Luz Mery le pegó un estrujón y traía un bisturí en la mano y le lanzó un cuchillazo al señor que compartía con la señor Luz Mery, esta lo saca del negocio, pero él volvió a ingresar, volvió y lo sacó y llamó a la policía, ya de ahí Omar se fue.

Se trata de una violencia sistemática, pues durante el tiempo de convivencia la maltrató físicamente, le pegaba con las manos, le tiraba objetos, la cortaba con vidrios, la insultaba con palabras soeces y deshonorosas y le manifestaba que no servía para nada, hubo maltrato físico, verbal, psicológico y sexual. físico porque le pegó muchas veces, maltrato verbal y psicológico, porque le trataba mal, le decía que estaba muy gorda, muy fea; si se organizaba le decía "uno bien hijueputamente feo y gordo y ponerse a organizarse, que ya no tenía arreglo".

Hace escándalos, les daña los juguetes a los niños; tiene a los niños traumatizados porque les dice cosas incoherentes de su madre, les dice que un día de estos se va a enloquecer y le va a prender fuego al negocio con la casa, a su hijo mayor lo tiene traumatizado diciéndole que es que ella tiene mozos, que se mantiene saliendo con los mozos. Posteriormente y de manera constante ha realizado amenazas en contra de la señora LUZ MERY HERNÁNDEZ, a sus hijos que son menores de edad les ha dicho que va a matar a su mamá y le va a quemar la casa con todos adentro.

2. La sentencia.

Fueron varias las decisiones que profirió el Juez:

Primero, concluyó la atipicidad de la conducta respecto de uno de los hechos relacionados, el cometido en abril de 2019, cuando el procesado aceleró el vehículo en el que viajaban, teniendo en cuenta que acontecieron antes de la Ley 1959 de 2019 y que para ese momento estaban separados la víctima y el procesado, y según la descripción de la Fiscalía en el escrito de acusación, no se evidencia la existencia de otro delito respecto de dicho acontecimiento. Para esa fecha, recordó, estaba vigente la jurisprudencia que sostiene que respecto de los cónyuges separados no se configuraba la violencia intrafamiliar.

Segundo, por carencia de prueba suficiente o atipicidad halló la ausencia de configuración del delito de tres de los hechos ocurridos el 2 de julio de 2019, el 13 de abril y mayo 18 de 2020.

Sostuvo que sobre las dos agresiones telefónicas acontecidas el 13 de abril de 2020, expuestas en el escrito acusatorio, la víctima no fue interpelada por la fiscalía y solo se refirió la testigo de la defensa, hermana del procesado y el acusado, sin embargo, no se probó que existiera violencia, ya que solo se quedaron estas dos versiones. Al igual ocurrió con la del 18 de mayo de 2020, puesto el hecho narrado en la acusación se trató también de una agresión verbal por teléfono, la cual, iteró, no fue probada en juicio. En lo que concierne a lo

acaecido el 2 de julio de 2019 explicó que se repitió lo que dijo la víctima, y concluyó que de este acaecer solo se tenía su versión y que por sí solo no constituía un acto de violencia, pero *“haberse llevado el niño para la fuerza, sin consentimiento de la mamá describe una conducta violenta y posesiva por procesado”*.

Y tercero, en cuanto a los demás (julio 21 y diciembre 28 de 2019 y junio 6 de 2020) halló un conocimiento más allá de toda duda razonable para condenar.

Arguyó que, con los testigos presentados por la fiscalía, de los cuales hizo un resumen del contenido sus declaraciones, especialmente el de la víctima, se probó el maltrato recurrente, apreciando que ni en el contrainterrogatorio de la defensa ni con sus testigos, lograron desvirtuar la persuasión que le concedió.

En relación con la víctima fundamentó su credibilidad en los criterios de verosimilitud, ausencia de animadversión o ánimo de perjudicar al procesado, y tampoco fue impugnada su credibilidad ni con el contrainterrogatorio ni con los testigos de la defensa. Además su relato es conteste con los siguientes testimonios: (i) el del señor Jorge Eliecer Díaz Jaramillo, quien respecto al hecho del 6 de junio de 2020 fungía como conductor del taxi y la transportaba, manifestó que llegó el acusado y sacó de su taxi un bolso de la señora Luz Mery, y cuando ella se hizo presente, le dijo *“esto es lo que le va pasar a usted gran perra hijueputa”*, mientras destruía el bolso con el bisturí y ella optó por escabullirse entre la multitud; (ii) el

de la señora Angie Katherine Baldeón, quien afirmó haber presenciado la anterior escena al frente del almacén El Tigre y que la agresión fue saliendo de este establecimiento: *“ese señor le rayó el bolso y que el señor Omar le tiró a Doña Mery”*, y (iii) el de la señora María del Carmen Balles Morales, quien en concreto sobre estos hechos, declaró que *“don Omar le tiraba y que Mery se defendió con el bolso”*, agregando que estaba sola.

No obstante, a partir de los cuestionamientos realizados por la defensa respecto de las declaraciones de Angie Katherine y María del Carmen, el Juez manifestó que por imprecisos no tendría en cuenta estos testimonios para dar por probados los hechos acontecidos cerca al centro comercial El Tigre.

Apreció que el testigo de la defensa, Nelson Alberto Ortega Gómez, *“no coloca en la escena a la señora Doña Mery pero tampoco afirma en concreto, no haberla visto, sobre ello no fue indagado ni por la defensa ni por la fiscalía”*. Señaló que iba como copiloto del carro en el que se transportaba el procesado, pero no supo de dónde apareció don Omar con un bolso de mujer, tampoco sostuvo que el enjuiciado se hubiera bajado del auto en algún momento, además insistió en señalar que el taxista atacó primero. Así que con su testimonio no se pudo concluir que las agresiones verbales y amenazas con un bisturí realizadas por Omar a Luz Mery no hubieran existido, pero lo que si resulta correspondiente con los hechos narrados por la víctima es que Nelson vio al señor Omar *“defendiéndose con un bolso de mujer, elemento que no pudo haber sacado de la nada”*.

Indicó que la ubicación de la señora Mery en la escena, cuando hubo dos testigos, la víctima y el señor Jorge Eliecer, da entender que el testigo omitió información importante. Le parecieron creíbles las versiones del enjuiciado y de su acompañante, acerca de que efectivamente existió este altercado con un taxista pues la propia denunciante aseveró que después de que se escondió entre la multitud *"el taxista que la transportaba se entendió con don Omar"*, es decir la escena narrada por Nelson Alberto fue la ocurrida luego de la agresión a Luz Mery por lo que el testigo, insistió, omitió esa información previa o no se percató.

Valoró que su testimonio no sirve para probar o desvirtuar la agresión verbal. Es claro es que el señor **Omar de Jesús** sí se bajó de su vehículo, como lo afirmó, aunque en un contexto diferente al narrado por la víctima, que también se relacionó, estimando, por tanto, que descartó adrede describir lo ocurrido antes de la discusión. Detalló que *la afirmación de que el señor taxista primero le daba con un maletín y este se lo arrebató*, la estima inverosímil y acomodada. La frase que pronunció acerca de que se fue del lugar para evitar problemas con Luz Mery, lo pone en evidencia, restándole credibilidad a su versión.

Concluyó que dos testimonios daban cuenta de manera coherente y verosímil, sin impugnarse credibilidad, que la víctima el día 6 (no cinco como lo afirmó el procesado) se encontraba en el almacén el Tigre. La víctima y el taxista que la transportaba, afirmaron que el procesado sacó el bolso de la primera silla del taxi y fue el procesado quien lo dañó, y

que además sostiene fue agredida verbalmente y amenazada con arma blanca al mostrarle el bisturí diciéndole que lo mismo le iba a pasar y manifestándole a su acompañante *que no me la dejes botada*, queriendo decir con ello una amenaza.

Además, otros dos testigos vieron como la víctima era insultada, que si bien no fueron precisas sus versiones, reafirman las agresiones y amenazas. Es el propio procesado quien confirmó que le arrebató al taxista un maletín *del que su amigo llamó parece un bolso de mujer*, que la versión del amigo y del procesado, no es suficiente para desmentir las agresiones por lo inverosímiles y porque ni siquiera ubicaron a la víctima en la escena de los hechos. Además, le parece que la credibilidad del enjuiciado se vio menguada cuando afirmó que no fue condenado en la Comisaría de Familia y que solo se ordenó a asistir a terapias, cuando se evidenció que fue considerado responsable de violencia intrafamiliar en contra de la víctima.

Continuó con el análisis de la declaración de la víctima acerca de la agresión con el bisturí, que consideró conteste con la versión del señor Jorge Eliecer Díaz Jaramillo, quien agregó que de este hecho también sirvió de testigo ante una denuncia en la casa de justicia en Santo Domingo -sede Comisaría de Familia de Medellín Comuna Uno de Medellín-

Adveró que del hecho relatado por la fiscalía del 21 de julio de 2019, cuyo único testigo fue la víctima, le daba plena credibilidad, por ausencia de contradicciones o

animadversión, pues incluso afirmó que ella también *tomo un palo y un cuchillo para defenderse*, y que no la agredió físicamente solo verbalmente, pero sí la amenazó, y el solo acto de coger el cuchillo y decir que iba a dañar objetos de la casa, son hechos intimidatorios que buscan causar zozobra en la víctima, actitud que prueba la conducta desestabilizadora de la armonía y la paz familiar realizada por el procesado, descartando el Juez la escena del destornillador, pues no fue relatada dentro de la narración fáctica de la acusación, pero sí se debe hacer claridad que del análisis cuidadoso de los testimonios, se tiene claro que una cosa es que los hechos relativos a una amenaza con un destornillador otra la escena del cuchillo ocurrida el 21 de julio de 2019, y también diferentes a la amenaza con bisturí ocurrido cerca al 28 de diciembre de 2019.

Así, consideró que se probaron los improprios, palabras degradantes, amenazas y un intento de agresión física, con entidad suficiente para subyugar psicológicamente a la señora Luz Mery, de lo cual, por lo menos una de esas agresiones se hizo en presencia de los menores, la del 21 de julio de 2019, situación que lesionó la paz y armonía, y la estabilidad de la familia, advirtiéndole que no se trataba de cualquier violencia verbal ni de simples palabras lanzadas al azar o por euforia, pues fueron agresiones capaces de atemorizar a la víctima, de desestabilizarla emocionalmente, por lo tanto, constituye, maltrato psicológico, *“al existir amenazas inclusive con intento de llevarlas a término”*, pues no solo exhibió un arma (bisturí), sino que *“le tiró un lance”* que fue esquivado por la víctima.

Se trataron de actos premeditados, pues un bisturí no se porta al azar en un bolsillo. Igualmente, el solo acto de ir a la cocina y sacar el cuchillo, eso es suficiente para causar daño psicológico, más si se actúa así delante de sus hijos, como ocurrió en este caso.

Resaltó que una amenaza en un hecho cotidiano y en un momento de euforia, puede resultar irrelevante cuando se ejecuta dentro de una discusión repentina, pero es diferente cuando con ellas, de manera premeditada se esgrime un arma, la enrostra, intimida e, incluso, la blande en dirección a su víctima, mucho más grave cuando ello ocurre en contra de un miembro de la familia, buscando impedir que la víctima haga una vida normal, lo que causa grave secuelas a su entorno familiar. Cuando se rompe esa armonía porque uno de los excónyuges ejerce actos posesivos, tratando de impedir que el futuro de su pareja se lleve de manera natural y pacífica, se agrede a lo más íntimo de la familia, mucho más cuando existen hijos menores que se ven afectados.

Así, con haberse probado tres hechos por los que se realizó la acusación, es suficiente para que se configure la violencia intrafamiliar, sin que *se requiera que con ese bisturí se haya tocado la humanidad de la víctima*. Los actos generaron en la víctima zozobra, temor, angustia, miedo, merma de la autoestima, por las expresiones utilizadas, tipificándose la conducta porque se consagró que comete violencia intrafamiliar el cónyuge, aunque se hubiera separado o divorciado. Por tanto, si bien la fiscalía no probó todos los hechos descritos en la acusación, los tres que se probaron

resultaban suficientes para condenar, sin que advirtiera causal de justificación que pudiera excluir la antijuridicidad.

Luego de estas conclusiones aclaró que no se daba el concurso homogéneo y sucesivo de conductas punibles de violencia intrafamiliar objeto de la acusación, pues si bien fueron varios los episodios probados, la afectación al entorno familiar fue uno solo, *es decir se trata de muchas conductas que vulneraron un solo bien jurídico tutelado, la paz, armonía y unidad familiar.*

Y en cuanto a uno de los tópicos de la apelación, tampoco consideró demostrada la agravante del inciso 2 del artículo 229, cuando la conducta recaiga sobre una mujer, ya que, conforme a la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, a la fiscalía le correspondía demostrar que existió violencia de género, *pues la simple constatación de esta condición del sujeto pasivo no es suficiente, sino que en cada caso debe establecerse si la conducta reproduce una pauta cultural de discriminación, irrespeto y subyugación, que ha afectado históricamente a las mujeres, cuya abolición constituye una de las razones principales de tal agravante.*

Estimó que, si bien se probaron dos hechos graves de agresión a la víctima, que es mujer, y la conducta agresiva y reiterada del procesado, al perder credibilidad la versión de las dos vecinas de la víctima respecto de tres episodios, la prueba recaudada resultaba insuficiente para demostrar que su conducta fue fruto de una pauta cultural de agresividad a la mujer o que el señor **Omar de Jesús** consideraba que era

un objeto de su propiedad. Si bien en los hechos de la acusación la fiscalía se refirió a la conducta cometida como violencia sistemática, esa teoría no logró ser probada ante las falencias en los interrogatorios y la mengua en la credibilidad de dos testigos.

Finalmente, la pena principal la fijó en el mínimo de 4 años e impuso igual término para la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas. Igualmente asignó la prohibición de acercarse a la víctima y/o a los integrantes de su grupo familiar y la de comunicarse con ellos por un lapso igual al de la pena principal, de conformidad con el inciso final del artículo 51 del CP. Por prohibición legal se negaron los mecanismos sustitutivos del encarcelamiento, conforme lo previsto en el artículo 68A del Código Penal.

3. Las apelaciones.

3.1. El fiscal 31 local interpuso el recurso por dos razones: la primera, por no haberse tenido en cuenta la agravante descrita en el inciso 2 del artículo 229 de la Ley 599 de 2000 en relación con la condición de mujer de una de las víctimas y, segundo, por desconocerse la modalidad concursal que fue atribuida en la acusación.

Adujo que, contrario a lo manifestado por el Juez, se demostró que la señora Luz Mery fue víctima de discriminación, humillación y cosificación, y ello era un hecho reiterativo; incluso en la mayoría de los maltratos estaba en compañía de sus dos hijos menores, y así lo dieron a conocer

tanto la víctima como los testigos. Al señor **Omar de Jesús**, no le importaba que estuvieran presentes sus hijos y permitía que ellos observaran esas agresiones.

Resaltó que se podían verificar los elementos del tipo penal de violencia intrafamiliar agravada en los testimonios practicados. En los hechos jurídicamente relevantes descritos en la acusación, demostrados en el juicio, se puede apreciar que se trata de un maltrato reiterativo hacia la víctima, alrededor de siete hechos de violencia se indicaron en el escrito, aunque para el Juez solo se logró probar la responsabilidad en tres, lo que demuestra la reiteración de la conducta, además en cada uno se logró acreditar la violencia de género, ya que se dio en un contexto de subyugación, discriminación y superioridad del procesado hacia la víctima. Todo ese maltrato verbal, psicológico y amenazas de muerte sufrido por Luz Mery, quedó demostrado con los testimonios.

El 18 de mayo de 2020 la atacó con un bisturí, le gritaba *"no me la des botada, te voy a matar, perra hijuetantas, esta me la vas a pagar"*, maltratos presentados cada 15, 20 días o cada mes. La cosificó al punto de que Omar de Jesús le manifestaba que ella debía servirle la comida, el fresco, y se desquitaba la rabia con los niños.

Para el 6 de junio de 2020, la amenazaba con un bisturí, le decía que la iba a picar, siempre la agredía donde estuviera, ya que ella le manifestaba que no volvería con él, le hacía escándalos, le decía que Jorge era su "mozo" y la amenazaba

con picarlos, la insultaba constantemente con palabras vulgares y deshonrosas.

El 2 de julio de 2019, la víctima manifestó que el enjuiciado le dijo que le arreglara el niño y *"que se cuidara mucho, que eso no se iba a quedar así"*, mientras que la miraba *"rayada"*.

El 21 de julio de 2019, manifestó que Omar de Jesús entró hasta la cocina a la fuerza y le dijo que *"llamara al que quisiera, al mozo que de ahí lo sacaban muerto"*, la agredió verbalmente, y seguidamente se le llevó el celular, le dañó unas cámaras y la amenazaba con dañarle el televisor si llamaba a la policía.

Inclusive, el Juez en su sentencia reconoció que la violencia ejercida por **Omar de Jesús** hacia la víctima se dio dentro de un marco de dominación, pero extrañamente no reconoció la agravante.

Relacionó la sentencia T-878 del 18 de noviembre de 2014, e indicó que quedó probado que no se trató de un suceso aislado, sino de uno de los tantos eventos acontecidos en un contexto de violencia sistemática, reincidente, que precisamente se encuadran dentro de una violencia basada en género. En relación con la modalidad concursal, indicó que quedó demostrada, y el mismo despacho reconoció que la Fiscalía logró demostrar tres de los hechos indicados en el escrito de acusación, *por lo que se debe tener en cuenta el concurso homogéneo y sucesivo de violencia intrafamiliar agravada al momento de calcular la pena a imponer.*

3.2. El defensor pretende la revocatoria de la condena y la expedición, en su lugar, de un fallo absolutorio por ausencia de responsabilidad.

Puso de presente que el Juez realizó un análisis juicioso respecto a los diversos referentes jurisprudenciales y conceptos de lo que significa la conducta de violencia intrafamiliar, no obstante, consideró que esa valoración no aplica al caso en concreto. Si bien existen sendas denuncias realizadas por la víctima en contra de su representado, el contexto de dichas afirmaciones carece de realidad como fue debatido en juicio. La sentencia se basó en tres testimonios: Luz Mery Hernández Velásquez, Jorge Eliecer Díaz Jaramillo y Nelson Alberto Ortega Gómez, y en tres hechos circunstanciales para emitir un fallo condenatorio: la supuesta utilización de un bisturí, de una expresión "...perra hijueputa", y la amenaza "...no me la dejes botada".

Criticó inicialmente que se le hubiera creído a la víctima. Frente al hecho del 6 de junio del 2020, en el centro de la ciudad, cerca al almacén El Tigre, que en cierta parte es el más cuestionable por el fallador, cuando Luz Mery se acercó al vehículo que la transportaba fue abordada por Omar de Jesús y este le dañó su bolso con un bisturí, situación afirmada por el señor Jorge Eliecer Díaz Jaramillo, taxista que esperó a Luz Mery.

Empero, existe un tercer testigo de ese hecho, Nelson Alberto Ortega Gómez, persona que contrató al acusado para que lo llevara al centro de la ciudad, quien narró que los alcanzó un

taxi, se bajó él y se le tiro al capó del carro de Omar, le lanzó unas puñaladas y luego le dañó las llantas del carro. Afirmó que el acusado para defenderse se cubrió con un bolso como de mujer, el cual no sabe de dónde cogió. Su representado declaró que Jorge lo persiguió en el centro y le dijo *“que no tenía que estar haciendo por allá, le sacó una navaja la esquivó y luego le chuzó las dos llantas delanteras”*. En este suceso el acusado se defendió con un bolso de las puñaladas que le lanzaba Jorge, situación corroborada por Nelson, quien iba de copiloto. Considera que en este caso se presentó una riña entre Jorge Eliecer como agresor y **Omar de Jesús** como víctima, pero se les restó credibilidad a estos dos testimonios.

Además, adujo que la violencia física y verbal, manifestada por la víctima no es verosímil por ausencia de evidencias, pues no fue soportado en ninguna prueba como historias clínicas o dictámenes periciales que estableciera que lo relatado fuese cierto, entonces no se puede pensar que **Vélez Aguirre**, *“hubiese llegado el día 6 de junio del 2020 a quererle hacer daño con un bisturí”*.

Asimismo, si el enjuiciado hubiese realizado tal acto violento contra una fémina, *es claro que hubiese sido objeto de linchamiento por esas hordas que confluyen en ese sector”*; tampoco es posible creer que no hubiera llegado la policía dado que fue llamada por Luz Mery y Jorge, a sabiendas que es la comuna 10, Candelaria, que tiene más pie de fuerza, además de las cámaras de video del 123, situación que hubiese dejado como mínimo la captura del agresor. En todo caso si hubiese ocurrido una disputa, ello se contemplaría

como una riña callejera, como lo prescribe el Código Nacional de Seguridad y Convivencia en su artículo 27.

Consideró, entonces, que la conducta atribuida no ocurrió en los términos indicados por Luz Mery y Jorge Eliecer, sino que sucedió una riña *"y solo ellos saben los motivos que la ocasionaron"*, y el *A quo* no le dio la debida importancia al testimonio de Nelson Alberto Ortega Gómez, que en parte acreditó un enfrentamiento, el cual se configuró en una riña, y fue honesto en manifestar lo que percibió ese día, sin omitir la verdad. Es que, igualmente, ese suceso ocurrió en fracción de segundos por lo que fueron sorprendidos y este testigo no tenía conocimiento de esa diferencia entre los actores, declaración que brindó otro panorama de lo que verdaderamente acaeció, dejando a un lado esa afirmación de que la víctima fue objeto de actos violentos o denigrantes.

Expuso que en la otra circunstancia de agresión del 18 de mayo de 2020, en que inicialmente la víctima expresó no recordar que fue lo que pasó y luego relató que su representado llegó al lugar donde trabajaba y la agredió con un bisturí, y que había tres testigos, uno de ellos era Jorge Eliecer, *"quien vuelve a aparecer en escena"*.

El juzgador analizó la presencia de otro hecho de violencia, pero de los tres testigos que había de esta situación, eligió a Jorge Eliecer nuevamente, y se dirá entonces que no importa con que objeto la estaba ultrajando, que solo basta la agresión, sin embargo, tiene relevancia, porque no es lo mismo un bisturí y un destornillador, objetos que se

diferencian hasta en su diseño, considerando además como extraño que entre tres personas que estaban como testigos ninguno reaccionara ante este ultraje, de lo que concluyó que lo relatado por Luz Mery y Jorge Eliecer, solo fue un entramado, donde quisieron enlodar al enjuiciado.

Resaltó que aunque en el fallo, el Juez no tuvo en cuenta el concurso homogéneo y sucesivo, criticó la decisión en el sentido de que si bien dos hechos están descritos en la sentencia como situaciones violentas y con testigos, no puede predicarse que dichas situaciones fueron como lo afirmó la víctima y su testigo.

En lo que concierne al hecho del 6 de junio de 2020, no existe plena probabilidad que Luz Mery haya sido agredida y la desmintió Nelson Alberto Ortega. Con respecto al episodio donde no se tiene claro si la agresión fue con bisturí o destornillador, ésta carece de veracidad dado que hasta la misma testigo casi no recuerda dicha situación y estima que el resto de las denuncias instauradas tienen escasa credibilidad.

Es más probable y veraz lo descrito por la señora Carmen Cecilia Vélez Aguirre, hermana de su representado, con el que se reflejó que **Vélez Aguirre** es un padre protector que está al pendiente y cuidado de sus hijos, por tal razón no sucumbió a los reclamos de Luz Mery frente al regreso de sus hijos y mucho menos en las condiciones de movilidad que esta pretendía brindarle.

Consideró que no se observa en este escenario las actitudes negativas, como desconsiderado, maltratador y violento. La testigo afirmó que **Omar** y Luz sí habían tenido discusiones y problemas pero que luego *volvían normal como una pareja*, testimonio que le pareció verosímil e imparcial. Estas personas desde hace dos años ya no convivían y fue por voluntad de su representado, la única permanencia que tenían para estar en contacto con sus hijos. De manera transparente afirmó verse envuelto en un proceso ante la Comisaría de Familia del barrio Santo Domingo, y también fue diáfano en afirmar que en ese caso *fue juzgado como responsable*. No existe prueba que determine la violencia intrafamiliar contra sus hijos o su expareja.

Conforme lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, no solo se debe visualizar el efecto que se tiene con la mujer en un enfoque de género, sino realizar una georeferenciación de todo lo que aconteció en el entorno familiar. El A quo debió *“ir más allá para estructurar circunstancias de vulneración a ese bien jurídico tutelado de la familia”* y poder acreditar que **Omar de Jesús Vélez Aguirre** es responsable de la conducta atribuida.

CONSIDERACIONES

Como primer problema jurídico nos corresponde resolver si de las pruebas practicadas se deriva un conocimiento más allá de toda duda razonable acerca de la existencia del delito y la responsabilidad del acusado, necesario para establecer un fallo de condena en contra del señor **Omar de Jesús**

Vélez Aguirre, pues en sentir de la defensa debió haberse impartido una sentencia absolutoria por los tres eventos declarados por el Juez y, en caso de confirmarse la decisión, se abordarán las pretensiones del fiscal para que se estime que se trató de un concurso delictivo y que se le adicione la agravante excluida, obviamente con las consecuencias punitivas respectivas.

1. De la pretensión de absolución de la defensa.

Omar de Jesús Vélez Aguirre en su condición de excompañero de Luz Mery Hernández Velásquez, y con dos hijos menores de edad comunes, fue acusado de realizar el delito de violencia intrafamiliar, tipificado en el artículo 229 del Código Penal (modificado y adicionado por la Ley 1959 de 2019¹), relacionando el párrafo primero que permite extender la tipicidad a personas que no hacen parte del núcleo familiar, refiriéndose también en forma confusa a los literales a) y b), subsunción típica que no es objeto de apelación, y que se concretó en lo ocurrido los días 21 de julio y diciembre 28 de 2019 y junio 6 de 2020, pues el fiscal apelante no cuestionó las tácitas absoluciones respecto a los otros cuatro hechos que no fueron incorporadas en la parte resolutive, como por técnica así debió haber ocurrido.

A efectos de examinar los argumentos de disenso, se verificará inicialmente el tenor de la exposición de la víctima,

¹ Por medio de la cual se modifican y adicionan artículos de la Ley 599 de 2000 y la Ley 906 de 2004, publicada en el diario oficial No. 50.990 de 20 de junio 2019.

sin duda prueba principal, para luego enlazar las críticas expuestas por el apelante.

1.1. La señora Luz Mery Hernández Velásquez narró lo siguiente:

(i) Que el 6 de junio de 2020 interpuso denuncia porque fue agredida por el acusado con un bisturí, en el centro por el viaducto del Metro, tres cuadras abajo del éxito de San Antonio, *"en sí a mí no, agredió al señor conductor que me estaba recogiendo"*. Relató que su excompañero le sacó la cartera del taxi y la destruyó con el bisturí, y cuando llegó le dijo que la iba a picar y a matar, el conductor trató de defenderla, *entraron ellos a pelear* y el señor **Omar** se echó a la fuga. Acotó que *"el señor conductor obviamente pues le dañó dos llantas porque él también trató de puyarle las de él"*. Agregó:

"...que él siempre me mantenía agrediendo estuviera acá o estuviera donde me encontrara, igual es porque creo yo que porque no volvía con él, desesperado, no sé porque él siempre era lo mismo que nos separábamos, él llegaba y me hacía escándalos y todo, pero nunca me había tirado pues así con armas y ese día no sé porque, según él dice que el señor don Jorge es mozo mío, pues tenemos una bonita amistad y todo, pero igual yo andaba y andaba con él, porque la verdad si me daba pues como que susto pero no porque fuera nada mío, y entonces él decía que era mozo mío y que nos iba a picar y ya... Fiscal: Ese día también la amenazó con el bisturí?. Testigo: en si

con el bisturí no, pero pues me lo mostró y me dijo que no me la diera botada, que me iba a picar...”.

También refirió que:

“...me decía perra hijuetantas, no me la dejés botada que te voy a picar... perra hijueputa...”.

(ii) Cuando se le preguntó por el 28 de diciembre de 2019, indicó que no recordaba fechas exactas, pero en una ocasión *“él me vino a atacar acá, en donde yo trabajo que en ese entonces era mi negocio... me vino a atacar también con un bisturí, y otra vez me vino a atacar con un destornillador”*. Asimismo, fue al Picacho y le formó un escándalo, también con el destornillador, los clientes se metieron a defenderla y él salió corriendo, siempre le gritaba no me la dejes botada, o perra hijuetantas, que te voy a matar o que estas me las vas a pagar, episodios que ocurrían cada 15 o 20 días, o cada mes, usualmente después de que *“llegaba, rogaba, lloraba...”* pero nunca tan fuerte y con tanta agresividad.

Explicó que convivieron un año en la casa separados de cuerpos, *“yo en un cuarto y él en el otro, pero cuando se metió con su mamá, su hijo mayor decidió sacarlo de la casa”*. Además, resaltó que le pegaba y que cuando él no estaba de acuerdo en algo, por ejemplo que ella no le diera plata para pagar las deudas o que la visitaran su familia o amistades, empezaba a enojarse, *“si no le corría con la comida entonces ya él se enojaba, pero es que no servís pa nada, que por qué*

no me puedes servir la comida"², sin que permitiera que lo atendieran los hijos en algunas ocasiones, porque debía ser ella.

Lo denunció ante la Comisaría de Familia y "lo condenaron", le quitaron la custodia de los niños y le pusieron la cuota alimentaria. Especificó que los niños siempre estuvieron presentes, incluso el hijo mayor se le enfrentó cuando estaba grande *porque ya él me iba a pegar y mi hijo se metía entonces me trataba mal, me insultaba y mi hijo le decía que me respetara* y una vez le tiró y su hijo se fue con él a los golpes, *mi hijo me dijo que él ya no estaba pequeño que ya se iban a dar los dos*, él hacía el intento de tirarle y en una ocasión que estaba su hijo con su familia organizando la casa, si no retrocede *me da en la cara*, salió el hijo con el escándalo y lo calmó, ese fue el primer día que lo detuvieron.

(iii) Llevaban como cuatro meses de separados y los hijos le insistieron *"para que volviera con el papá y yo dije que no"*. En una oportunidad la convencieron de salir juntos y fueron a comer el día del amor y la amistad *del año pasado*. Él le insistió que le diera otra oportunidad y ante la negativa, su respuesta fue agresiva. Le dijo *"tenés otro"*, se empezó a sentir mal y cuando iban en el carro, aceleró mucho y *se vino furioso*, la niña y el nieto se pusieron a llorar, *"pa nos vamos a matar, pa nos vamos a matar y eso es lo que quiero matarnos todos porque esto no es vida"*. Los niños lograron calmarlo y se tranquilizó en un semáforo, los dejó en la casa

² Registro 30:06.

y se fue, le dijo a los hijos que esa era la última vez que salían juntos.

Explicó que el detonante para que cesara la convivencia, fue el maltrato hacia su madre, quien convivía con ellos. Sus problemas eran por las deudas de **Omar de Jesús**, que le tocaba pagarlas a ella y *“un 25 de diciembre terminando 26 yo había quedado en darle una plata a él para arreglar el carro el termina a las 10 de la noche me fui a acostar y me dijo, hija si me vas a dar la plata y yo le dije no me quedó un peso, la verdad pagué facturas y no me quedó un peso, la respuesta de él fue no me servís para gran puta mierda, que maricada con vos, eso es lo que me ibas a colaborar...”*. Se enojó, la sacó del cuarto a estrujones, y *como a los dos meses fue que echó a mi mamá de la casa.*

Entró en crisis, el hijo la llevó al hospital, *“se me subió la presión”*, era lunes y despertó el miércoles, y cuando volvieron a la casa el señor Omar ya no estaba porque el hijo le dijo que se fuera. Desde ese día el acusado ha ido a hacerle escándalos, y una vez le dio con el palo de la escoba porque se le metió estando afuera, como al mes de haberse ido, y como no quería cogió un cuchillo y le dijo que no se lo aguantaba más, los hijos lo sacaron, volvía y le hacía escándalos, pero no volvió a entrar a la casa.

(iv) Expuso, acerca del *21 de julio de 2019*, que fueron muchos sucesos, pero no recuerda fechas, se le puso de presente la denuncia para refrescar memoria, y dijo que *llegó el señor Omar, yo tenía una vitrina atravesada, él me dijo que*

lo dejara pasar, yo le dije que no, y él se metió a la fuerza, entró a la cocina, me dijo que llamara al hijo de puta que fuera, que con el que fuera se hacía matar, que llamara al mozo, que a él lo sacaban de acá era muerto, me cogió el celular que porque él tenía que ver qué era lo que yo tenía ahí, llamó a la policía pero nunca llegó, me dañó unas cámaras que tenía, las arrancó, y la amenazó diciéndole que si llamaba a la policía le iba a picar el televisor y que iba a picar al hijuetantas que llegara. Al otro día volvió, le quitó el celular como dos días "que porque tenía que mirar cuantos mozos tenía yo ahí", y le rogó que le diera la clave y luego se lo entregó. Con el cuchillo le dijo que iba a picar al que fuera "que lo tenía que dejar quedar acá, que de acá lo sacaba muerto", pero cuando vio que no le prestó atención, dañó las cámaras y me dijo que me cuidara "cuídate perra hijueputa, no me la dejés botada por ahí oíste, esto no se queda así, y salió y se fue".

1.2. Inicialmente, no existe discusión de que la señora Luz Mery y Omar de Jesús tienen un vínculo matrimonial, porque aún no hay fallo de divorcio acorde lo afirmó la primera en su declaración, que de esa relación tienen dos hijos, y que aun después de su separación de hecho se dieron diferentes encuentros no solo por la relación familiar en cuanto a esos hijos, sino por el asedio ejercido por el acusado respecto de su expareja.

Diferente a lo planteado por el apelante, la Sala también concluye un conocimiento más allá de toda duda razonable para conservar la declaratoria de responsabilidad penal.

Con el testimonio de la víctima, se demostró un maltrato verbal y psicológico, entendido en términos amplios, esto es, sin vinculación a la demostración de un daño efectivo en esas esferas a través de un dictamen pericial o historia clínica, planteamiento que utilizó la defensa equivocadamente para refutar la existencia del delito.

En ese sentido, la señora Hernández Velásquez señaló concretamente, es decir con fechas exactas, dos escenas de maltrato como acaba de relacionarse, el 21 de julio de 2019 en su negocio, al lado de su residencia, y el 6 de junio del año siguiente en el centro de la ciudad cuando se encontraba comprando mercancía y estaba acompañada de un conocido, que también declaró en el juicio y corroboró esta última situación, el señor Jorge Eliecer Díaz Jaramillo, taxista y vecino de la señora Luz Mery, quien indicó que en esa última ocasión, sin recordar la fecha pero sí los hechos, la estaba esperando porque lo contrató para realizar una carrera, el acusado apareció, sacó un bolso de la señora Hernández Velásquez de la parte delantera del taxi, y lo cogió con el bisturí *“y lo volvió nada”, “y entonces ella no estaba, y cuando ella llegó a presenciar, le decía y esto le va pasar a usted gran perra hijuetantas... perra hijueputa, y con el bisturí volviendo el bolso nada”*. Resaltó que ella le tenía pánico al señor **Omar de Jesús** y temblaba cuando lo veía.

Y respecto del tercer hecho tenido en cuenta en la sentencia, también mencionado por la víctima aunque no especificó la fecha, este mismo testigo corroboró que recordaba que a finales del año pasado, *fue como el 28 o algo así*, luego

estableciendo que fue *como el 28 de diciembre del año pasado*, de lo cual debemos entender que es de 2019 porque la declaración fue rendida en el 2020, explicó que presencié cuando el enjuiciado *vino, estacionó el carro en la mitad de la calle, lo dejó con puertas abiertas, el carro prendido, y se bajó con un bisturí y se le fue encima*, la señora lo empujó y *se le entró ahí mismo*. Con el bisturí *le mandó un viajado, o sea le lanzó el bisturí como a cortarla*, ella se entró y el emprendió la huida porque había dejado prendido el carro.

En estas condiciones, no hay razones para desacreditar la incriminación. Se destaca la persistencia y corroboración, por lo menos con otro testigo, y guiados por la acusación, en un lapso temporal entre los años de 2019 y 2020, en los que el señor **Vélez Aguirre** amenazó y asedió a la señora Luz Mary, lo que realiza el elemento de tipicidad de *maltrato*, en este caso verbal y psicológico, al igual que la demostración de la agravante, porque pese a haber sido descartada por el Juez, el escenario presentado por la víctima nos lleva a reafirmar ese elemento esencial de violencia contra la mujer, aspecto que será retomado más adelante.

El recurrente cuestiona el relato de la víctima comparándolo con las declaraciones del señor Nelson Alberto Ortega Gómez y del mismo acusado, testigos de la defensa, acerca de los hechos ocurridos en el centro de la ciudad, 6 de junio de 2020, cuando la señora Luz Mery compraba mercancía para su negocio y dijo ser agredida por su expareja.

En ese sentido, se presentó el testimonio de Nelson Alberto Ortega Gómez, como quien, a su vez, en esa fecha, contrató o le pidió colaboración al enjuiciado para que lo llevara al centro de la ciudad para recoger unos insumos para el cumpleaños de su papá, y quien narró que los alcanzó un taxi, el conductor *se le tiro al capó del carro de Omar, le lanzó unas puñaladas y luego le dañó las llantas del carro*, y que el acusado para defenderse se cubrió con un bolso *como de mujer* y que no sabe de dónde lo cogió, pero para la Sala no resulta creíble su declaración, pues como lo apreció el Juez de instancia, se ubicó como observador de todos los hechos, pero en últimas excluye interesadamente los que van en detrimento del acusado, como la presencia de la señora Luz Mery en el lugar, pese a que mencionó la utilización de un bolso "*como de mujer*" como supuesto mecanismo de defensa del procesado respecto de la actual pareja de su exesposa, constatación suficiente para negarle alguna persuasión.

Incluso la misma señora Luz Mery reconoció respecto del señor Jorge Eliécer que: "*el señor conductor obviamente pues le dañó dos llantas porque él también trató de puyarle las de él*", lo que hace evidente que si bien el señor Nelson Alberto pudo haber estado presente, pues así también lo refirió, interesadamente omitió la presencia de la víctima para que se entendiera que se trataba de una simple riña entre los señores **Omar de Jesús** y Jorge Eliécer, que es la tesis que propone la defensa.

En ese sentido, el acusado también declaró que en ese evento el atacante fue el señor Jorge Eliécer, que se fue para evitar

problemas y que no denunció porque estaba amenazado por una organización delincuencia, pero por las mismas razones anteriores, su versión tampoco es creíble. Sustrajo de la escena a la víctima, obviamente para eludir el maltrato mencionado por los dos testigos principales de la Fiscalía, entre ellos el de la señora Luz Mery, y esa evasión de información incluso continuó cuando indicó no haber sido condenado en la Comisaría de Familia, cuando mediante el procedimiento de impugnación de credibilidad, el Fiscal demostró la declaratoria de responsabilidad en esa dependencia.

En estas condiciones, además de la absurda coincidencia (también fue contratado por un amigo suyo para recoger unos implementos en el centro, casualmente por donde se encontraban la víctima y el testigo Jorge Eliécer), es claro que las denuncias por la persecución, atosigamiento y el maltrato fueron interpuestas por la señora Luz Mary en contra del señor **Omar de Jesús**, no al contrario, y que en todos los episodios de violencia expuestos por la víctima, el acusado le reclamó por la supuesta relación que tenía con otros hombres, a quienes insistentemente calificó como "mozos", y por lo cual la denigró como "*perra hijueputa*" y "*vagabunda*", en un claro escenario de dominación, propio de la violencia de género, a propósito de la procedencia de la agravante, situación que incluso se vio reflejada en la declaración del acusado, de la cual resaltamos se caracterizó por la ausencia de control judicial, cuando continuó demeritando su comportamiento respecto del género masculino, como cuando indicó que en una ocasión había *una rumbita* en su

casa y observó que Luz Mery “*estaba con otro muchacho en una pieza encerrados*”³, que le reclamaba por las conversaciones con otros hombres, como el “*vecino de un billar*”, y que ella le pedía perdón. Que en otras ocasiones llegaba a la casa de noche “*y había un compañero mío también taxista que se mantenía en la casa tomando cerveza... y la respuesta de ella era a mí no me tiene que cuidar usted la chimba...*”, que no le servía la comida a él pero si “*al muchacho*”, que no se acostaba temprano, perjudicándolo a él y a sus hijos, etc, situaciones que nada tenían que ver con estos hechos y aun así se le permitió avanzar en la declaración de las mismas.

Además de la exigencia de huellas físicas o emocionales para la tipificación de la conducta de violencia intrafamiliar, que el legislador no previó y que por demás desconoce el principio de libertad probatoria que impera en nuestro sistema, el defensor propone como tesis, acerca de los hechos ocurridos el 6 de junio de 2020, que de haber sido cierto el maltrato de su representado en el centro de la ciudad, *hubiese sido objeto de linchamiento por esas hordas que confluyen en ese sector*, y que tampoco es posible creer que no haya llegado la policía, al tratarse de un sector que *tiene más pie de fuerza*, además de las cámaras de video del 123, lo que hubiese dejado como mínimo la captura del agresor, pero el argumento es especulativo. Ninguna regla de experiencia avala estas conclusiones, y la inferencia de que una intervención policial en la zona es siempre obligatoria tampoco fue probada.

³ Registro 21:30.

La propuesta de una riña entre **Omar de Jesús** y el testigo Jorge Eliécer, también resulta irrelevante. El defensor reduce la comisión de la conducta de violencia intrafamiliar a los problemas que pudiesen existir entre ellos, cuando realmente la víctima relacionó sendas agresiones en su contra, ocurridas entre el 2019 y 2020, cuando se separaron de hecho, y en todo caso, las rencillas existentes entre estos ciudadanos no son objeto de discusión en este proceso.

En ese sentido, el ánimo de animadversión, que entendemos es el que desea plantear la defensa, al tratarse de la eventual actual pareja de la víctima, no tiene fundamento, teniendo en cuenta que incluso, además de mínimo dos denuncias ante la Fiscalía que le fueron exhibidas en su declaración para refrescar memoria, la señora Luz Mery también acudió a una Comisaria de Familia, como lo reconoció el acusado, y según lo presentó el Fiscal en el contrainterrogatorio conforme al trámite de impugnación de credibilidad, en cuyo fallo del 2 de diciembre de 2020, se leyó: *“Declarar responsable de los hechos de violencia intrafamiliar al señor OMAR DE JESÚS GÓMEZ AGUIRRE... en contra de la señora LUZ MERY HERNÁNDEZ VELÁSQUEZ...”*, lo que desdice una simple intención vindicativa y por el contrario prueba la constante búsqueda de protección de la señora Luz Mery ante los constantes agravios del enjuiciado.

Acerca del hecho ocurrido el 18 de mayo de 2020, el censor cuestionó nuevamente la credibilidad que se le dio al testimonio tanto de la víctima como del señor Jorge Eliécer, resaltando que no es lo mismo un bisturí que un

destornillador, pero es que finalmente ese hecho no fue tenido en cuenta en la condena ni en la apelación del Fiscal, y en todo caso la víctima en su relato narró, sin especificar fechas exactas porque insistió en que no las recordaba, que había sido amenazada con ambos elementos: *hay una vez que él me vino a atacar acá, en donde yo trabajo que en ese entonces era mi negocio, me vino a atacar también con un bisturí, otra vez me vino a atacar con un destornillador*, y que varios clientes que estaban allí, *se metieron* y la defendieron, que es la situación que como cliente, afirmó el testigo Jorge Eliécer que presenció, quien recordemos es vecino del lugar donde la señora Luz Mery tiene un almacén, *una pañalera que es donde yo hago la recargas*, y quien aseveró, respecto de ese maltrato que *"tengo varios sucesos, las fechas no"*, aludiendo respecto de uno de ellos, que mientras entraba a comprar un helado, *el señor la estaba puyando con un destornillador*, cuando llegaron otros dos compañeros, él salió y se fue.

La afirmación, entonces, de que se trata de un *entramado* para perjudicar al señor **Omar de Jesús**, tampoco tiene sustento. Nos quedamos sin saber cuál sería la razón para que, culminada la relación, la víctima acudiera insistentemente a diversas autoridades a exponer su vida privada, que porque simplemente acordaron ella y el testigo, *enlodar* al enjuiciado. El recurrente no elaboró ningún argumento en ese sentido y es incorrecto pretender que la Sala lo estructure, y en todo caso, en ninguno de esos testimonios se advirtieron exageraciones, contradicciones, predisposición, o un ánimo diferente a contar lo sucedido.

Advertimos que incluso, estos testigos fueron sinceros en insistir que no recordaban las fechas exactas de los sucesos y que finalmente no hubo lesión con ninguno de los elementos utilizados por el acusado para intimidar a su expareja, como para avanzar a un maltrato físico, lo que obviamente sería más perjudicial para el procesado (por lo menos en el interregno por el que se acusó).

Las circunstancias reveladas por los testigos de la fiscalía, establecen la realización del verbo rector "maltrato" del acusado a su cónyuge, y el planteamiento de que, conforme al testimonio de la señora Carmen Cecilia Vélez Aguirre, hermana del procesado, se advirtió que **Omar de Jesús** es un padre protector que está pendiente de sus hijos, y que por tal razón no sucumbió a los reclamos de Luz Mery frente al regreso de sus hijos a su residencia, cuando se encontraban fuera de la ciudad en época de cuarentena, no es objeto de discusión en esta actuación. Finalmente, pese a la acusación, la violencia en contra de los menores no fue tomada en cuenta como agravante en la sentencia y tampoco fue un tema claramente discutido por la Fiscalía en el recurso interpuesto, por lo que la Sala no realizará ningún pronunciamiento al respecto.

Además de los testigos principales, de manera general, las señoras Angie Katherine Baldeón Balles y María del Carmen Balles Morales, vecinas de la señora Luz Mery, también relacionaron el contexto de violencia y maltrato ejercido por el acusado, los escándalos que hacía, e incluso las amenazas de matarla, y aunque también dijeron presenciar los hechos

acaecidos el 6 de junio de 2020, cuando la víctima estaba comprando mercancía en el centro de la ciudad, por su falta de precisión acerca de si estaban solas o acompañadas o quien tenía el bolso, sus testimonios no serán tenidos en cuenta en relación con ese hecho concreto.

2. De la agravante.

Para excluir la agravante, expuso el Juez que *“En el presente caso, si bien se probaron dos hechos graves de agresión a la víctima, quien es una mujer, y que se probó la conducta agresiva y reiterada del procesado, tres episodios al perder credibilidad la versión de las dos vecinas de la víctima, la prueba recaudada por la fiscalía no resulta insuficiente para demostrar que su conducta sea fruto de una pauta cultural de agresividad a la mujer, o porque el señor Omar de Jesús Vélez Londoño considerara que la señora Mery Fuera un objeto de su propiedad. Si bien en los hechos relatados en la acusación la fiscalía se refirió a la conducta cometida por el procesado como violencia sistemática, esa teoría no logro ser probada ante las falencias en los interrogatorios y la mengua en la credibilidad de dos de los testigos, por lo tanto, se condenará por el tipo penal básico”*.

La Sala no comparte su apreciación, sin olvidar que la agravante también fue deducida porque los actos violentos se cometieron en presencia de hijos menores de edad, enunciado que no abordó el Juez, pero que en todo caso no fue objeto de apelación.

Acerca del concepto de violencia, la Ley 1257 de 2008⁴, en los apartes que queremos destacar, en el inciso primero del artículo segundo señaló: *“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”*.

En ese sentido, importa recordar que la Sala Penal de la Corte en sentencia del 26 de mayo de 2021 (SP215-202-Impugnación Especial No. 58464) realizó el siguiente recuento acerca del punto de partida jurisprudencial y entendimiento dogmático:

5.4.2. La Corte, en la providencia CSJ SP4135-2019, 1 oct. 2019, rad. 52394, se encargó de clarificar los contornos que permiten estructurar la causal de agravación prevista en el inciso segundo del artículo 229 del Código penal, a partir de: (i) los antecedentes de la norma (Ley 882 de 2004), a través de la cual se adicionó la circunstancia de mayor punibilidad, orientada, en lo concerniente a la mujer como sujeto pasivo de violencia doméstica, a garantizar la igualdad, a combatir la discriminación en razón del sexo y a erradicar la violencia ejercida contra este sector de la población; (ii) el estudio de constitucionalidad (sentencia Corte Constitucional CC C-368-2014) de la mencionada reforma

⁴ “Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, de la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones”.

legislativa; (iii) algunos referentes de derecho comparado, puntualmente el del sistema jurídico español, donde el delito de violencia intrafamiliar y la circunstancia de agravación están regulados de manera semejante; y, (iv) la igualdad y la consecuente prohibición de discriminación por razón del sexo o la identidad de género, como un bien jurídico adicional en el delito de violencia intrafamiliar.

Así, al precisar el sentido y alcance de la circunstancia de mayor punibilidad aludida, argumentó que la misma *«está supeditada a la demostración de que la conducta constituye violencia de género, en la medida en que sea producto de la discriminación de las mujeres, del hecho de considerarlas inferiores, de su cosificación y, en general, cuando la conducta reproduce la referida pauta cultural que, con razón, pretende ser erradicada»*.

Además, en la sentencia CSJ SP922–2020, 6 mayo 2020, rad. 50282, la Corporación recalcó que:

(i) A pesar de la importancia del contexto para visibilizar la violencia ejercida en contra de las mujeres y establecer su verdadera gravedad, no puede entenderse que se trata de un elemento estructural del delito, ni permite descartar que un solo acto de agresión, así se trate de un hecho aislado, constituya violencia intrafamiliar. Y,

(ii) Para que se materialice la circunstancia de agravación punitiva prevista en el inciso segundo del artículo 229 del Código Penal, no es necesario demostrar que el sujeto activo actuó con un propósito específico, o bajo un determinado convencimiento, o con una intención especial (sin perjuicio de los elementos estructurales del dolo); basta acreditar un elemento objetivo, atinente a

la lesividad de la conducta en lo que concierne al bien jurídico de la igualdad y el consecuente derecho a no ser discriminado, esto es, que la conducta desplegada por el sujeto activo inserte o reproduzca la pauta cultural de sumisión de la mujer respecto del hombre.

Lo que evidenciamos, acorde con el planteamiento del fiscal, es que Luz Mery fue víctima de *discriminación, humillación y cosificación*, porque los diferentes actos narrados demuestran un claro escenario de subordinación en la ejecución de los hechos de agresión. No obstante la culminación de la relación de pareja, el procesado insistió en perseguirla e insultarla como *perra hijueputa* o *vagabunda*, que si no quería volver con él era porque tenía *mozos*, e incluso la despojó del celular para verificar otras eventuales relaciones amorosas, situaciones propias de *“una relación asimétrica de poder caracterizada por prácticas asignadas a través de las estructuras sociales, reforzadas por la dependencia socioeconómica y, de esa manera, convertidas en prejuicios y estereotipos de género...”*⁵, conforme lo ha reiterado la Sala de Casación Penal de la Corte.

3. Del concurso delictivo.

Para examinar esta segunda pretensión del fiscal, salta a la vista la necesidad de recordar la carga procesal de una debida sustentación del recurso de apelación, pues en esta arista, siendo sustancialmente dispositivo, a los jueces no nos

⁵ Sentencia del 18 de agosto de 2021, radicado 57196, SP3583-2021, con ponencia del doctor Gerson Chaverra Castro.

corresponde sustituir al impugnante y suponer las razones concretas que sustentan su inconformidad. Sustentar es exponer las razones por las cuales se considera que una decisión de un juez es equivocada y por consiguiente debe ser sustituida, modificada o anulada y tiene como punto de partida, inexorable por demás, los argumentos que fueron empleados por el juez y que se quiere discutir.

Sobre esta estructura lógica del recurso y sus consecuencias, la Corte (por ejemplo, en auto del 2 de agosto de 2017 AP4870-2017-Radicación 50560) ha sostenido que para:

“... en debida forma el recurso no basta con manifestar de manera abstracta la inconformidad con el fallo o insistir en los argumentos expuestos en etapas previas de la actuación. Por el contrario, se requiere atacar los fundamentos de la providencia recurrida, pues solo de esta manera es posible para la segunda instancia abordar el ejercicio dialéctico respecto de su acierto y legalidad.

Por ende, si el apelante incumple la carga de sustentar en debida forma el recurso, el superior carece de competencia para pronunciarse sobre la decisión censurada, la cual está lógica y jurídicamente limitada a las razones de inconformidad del impugnante y a los asuntos inescindiblemente ligados a aquéllas.

Comparemos, entonces, qué expuso el Juez y cuáles fueron las razones de refutación presentados por el apelante:

i) En la sentencia, sostuvo el Juez en las consideraciones generales sobre "*la unidad de acción en el delito de violencia intrafamiliar*" y con base en la sentencia del 6 de marzo de 2019 (SP679-2019- Radicación 51951 del 6 de marzo de 2019), de la que transcribió varios párrafos, lo siguiente:

Por último, conviene precisar que el delito de violencia intrafamiliar, en tanto la afectación sea a una familia, tiene unidad de materia, pues se vulnera el bien jurídico tutelado cuando se cumplen el precepto típico, con uno o varios comportamientos, de tal manera que cuando un individuo agrede física o psicológicamente a uno miembro de la familia en varias oportunidades (o a varios miembros de la familia) se afecta a la familia en su conjunto. Lo que no implica que en determinados casos sea posible el concurso, de conductas como podría acontecer cuando un individuo pertenezca a dos núcleos familiares diferentes y agrede a ambos o cuando de las agresiones han sucedido afectaciones a la familia en diferentes circunstancias de tiempo y modo perfectamente desencuadrables la una de la otra. De todas formas, en caso de acusarse por un concurso, es deber de la fiscalía demostrar por qué, según la descripción factual se dan las circunstancias propias del concurso homogénea de conductas punible.

Para concluir en la parte final de la decisión:

"Ahora bien, aunque se acusó al procesado por concurso homogéneo y sucesivo de conductas punibles del delito de violencia intrafamiliar, para este juzgado está claro que, en el presente caso no se da el concurso, pues si bien fueron varios los episodios probados, la afectación al entorno familiar del procesado es uno solo, es decir se trata de muchas conductas que vulneraron un solo bien jurídico tutelado, esto es, la paz, armonía y unidad

familiar de la familia conformada por Omar de Jesús Vélez Aguirre, la señora Luz Mery Hernández Velásquez y sus hijos”.

ii) En el recurso, se limitó el fiscal apelante a sostener que:

“Con relación a la modalidad concursal, esta queda plenamente demostrada, habida cuenta que el mismo despacho reconoce plenamente que la fiscalía logró demostrar tres de los hechos indicados en el escrito de acusación, por lo que se debe tener en cuenta el concurso homogéneo y sucesivo de violencia intrafamiliar agravada al momento de calcular la pena a imponer”.

De esta confrontación se concluye la ausencia de sustentación, pues el fundamento del delito unitario compuesto por tres hechos la hizo residir el Juez en que se trataba de *“un solo bien jurídico tutelado, esto es, la paz, armonía y unidad familiar de la familia conformada por Omar de Jesús Vélez Aguirre, la señora Luz Mery Hernández Velásquez y sus hijos”*, lo anterior con base en precedente jurisprudencial que fue debidamente identificado.

Este argumento no fue refutado por el apelante, que se limitó a insistir que fueron tres los sucesos, que, como acabamos de ver, no fue propiamente la razón para descartar el concurso y optó por no abordar y refutar el concepto dogmático empleado por el juzgador.

En consecuencia, con esta falencia la Sala no puede entrar oficiosamente a examinar si es correcto o no el entendimiento del delito unitario que para este caso se dedujo en la

sentencia, y como consecuencia se dispondrá a rechazar el recurso por ausencia de sustentación.

4. Tasación de la pena

4.1. Se modificará la sanción impuesta, reconociendo la procedencia de la agravante, por lo que se debe ajustar la pena en seis (6) años de prisión⁶, mínimo de la infracción por la que se procede, atendiendo que éste fue el rasero con el que el juez de primera instancia tasó la pena sin que fuera objeto de impugnación y en igual lapso debe ser aumentada la inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas.

4.2. Acerca de la imposición de la pena accesoria de la *"prohibición de acercarse a la víctima y/o a los integrantes de su grupo familiar y la de comunicarse con ellos por un lapso igual al de la pena principal, de conformidad con el inciso final del artículo 51 del CP."*, impuesta por el Juez de primera instancia, la Sala realizará la siguiente corrección oficiosa.

El artículo 52 del Código Penal determina que la privación de otros derechos se impondrá *"cuando tenga relación directa con la realización de la conducta punible, por haber abusado de ellos o haber facilitado su comisión, o cuando la restricción del derecho contribuya a la prevención de conductas similares a la que fue objeto de condena"*. A continuación, en su inciso segundo, dispone como requisito de validez que *"En la*

⁶ "La pena se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes cuando la conducta recaiga sobre un menor, adolescente, una mujer..."

imposición de las penas accesorias se observara estrictamente lo dispuesto en el artículo 59”, y para terminar esta reseña esta última norma dispone que “Toda sentencia deberá contener una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena”.

En ese contexto, la Sala Penal de la Corte, por ejemplo, en sentencia del 30 de noviembre de 2016 (SP17468-2016 - radicación N°. 48.193) ha expresado que:

En ese sentido, de tiempo atrás, la Corte se ha ocupado de resaltar que aunque el juez tiene la facultad de escoger, de manera discrecional, entre las penas accesorias consagradas en la ley la que se adecua al caso concreto, también ha sido cauteloso al señalar que (CSJ SP, 2 may. 2001, rad. 13.683):

(...) ello no significa que la decisión respecto de éstas tenga la característica de fundarse en la arbitrariedad o capricho, puesto que se hallan legalmente ceñidas a unos parámetros concretos en cuanto a su aplicación y duración, como son los de gravedad y modalidades del hecho punible, el grado de culpabilidad, las circunstancias de atenuación y agravación, y la personalidad del agente, según se establece del artículo 61 ejusdem, factores todos ellos que involucran para el juzgador la necesidad de realizar un cuidadoso análisis con miras a evaluar tanto la procedencia de la respectiva imposición como su posible prolongación en el tiempo, siendo su deber, además, considerar las diferentes funciones que dentro del

ordenamiento penal justifican su imposición conforme a la regulación normativa, al respecto contenida en el artículo 12 del estatuto punitivo.

En similar sentido, la Sala ha dicho que, *«esta clase de sanciones accesorias que el legislador dejó a la discrecionalidad del juzgador no pueden imponerse de manera mecánica, pues deben corresponder a una debida fundamentación que involucre su nexo causal con el delito por el cual se imparte condena al sujeto, de manera tal que se demuestre que debido a la conducta realizada, aquél está incapacitado o inhabilitado para ejercer sus derechos (...)»* (CSJ SP, 15 dic. 1999, rad. 11.981).

Tal obligación se desprende del principio de motivación de las decisiones judiciales consagrado en el artículo 59 del Código Penal, el cual impone el deber de fundamentar explícitamente la pena, tanto en lo cualitativo como en lo cuantitativo.

Es evidente que el Juez transgredió el principio de legalidad al limitarse a imponer esta sanción sin motivación, partiendo del supuesto equivocado de que se hallaba implícita o lógica. Como el principio de legalidad debe estar vigente en todos los espacios de la actuación, oficiosamente se revocará la pena accesoria por ausencia de motivación.

5. Otras determinaciones.

Por último, en atención a las absoluciones tácitas que fueron declaradas por el Juez de primera instancia, en cuanto a varios hechos descritos en la acusación, que finalmente no

fueron apeladas por la fiscalía y respecto de las cuales no se adoptó ninguna decisión de fondo, la Sala también de manera oficiosa adicionará la sentencia, en cuanto a que se absolverá al señor **Omar de Jesús Vélez Aguirre** por las conductas de violencia intrafamiliar agravada, respecto de los hechos de abril de 2019, 2 de julio de 2019, 13 de abril y 18 de mayo de 2020, descritos en la acusación.

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

FALLA

Primero: Confirmar la sentencia que por apelación se revisa con la **modificación** que se condena por la agravante deducida y, en consecuencia, se ajusta la pena que debe descontar el señor **Omar de Jesús Vélez Aguirre** a seis (6) años de prisión y en igual lapso se aumentará la sanción de inhabilitación de derechos y funciones públicas.

Segundo: Revoca oficiosamente la pena accesoria prevista en el artículo 43, numeral 10, del Código Penal.

Tercero: Por ausencia de sustentación, se rechaza el recurso de apelación en relación con la pretensión de que se reconozca un concurso efectivo de delitos, decisión de la que se informa que procede el recurso de reposición.

Cuarto. Absolver al señor **Omar de Jesús Vélez Aguirre** por las conductas de violencia intrafamiliar agravada, respecto de los hechos de abril 19 de 2019, julio 2 de 2019, abril 13 y mayo 18 de 2020, descritos en la acusación.

Quinto. Se informa que procede el recurso de casación y cítese a audiencia para su notificación, si es del caso virtual.

Cúmplase

Los magistrados,



JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ



MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS



PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN