



SALA PENAL

Magistrado Ponente:

JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ

Acusatorio ordinario: 2017-48301

Aprobado mediante acta 129

Medellín, septiembre diecinueve (19) de dos mil veintidós (2022).

Se decide el recurso de apelación presentado por el defensor contra la sentencia dictada por la Juez Cuarenta y Cinco Penal Municipal de este distrito el pasado 7 de marzo, mediante la cual responsabilizó penalmente a Joan Fernelly Atehortúa Osorio como autor de delito de violencia intrafamiliar agravado.

ANTECEDENTES

1. La sentencia.

La Juez encontró demostrado que el señor Atehortúa Osorio cometió el delito de violencia intrafamiliar, agravado por la condición de mujer y en un contexto de violencia de género (art. 229 inc. 2 del Código Penal), ocurrido en la noche del 25 de septiembre de 2017, cuando agredió físicamente a Kelyn Johana Tuberquia Giraldo, con quien convivía junto a sus dos

hijos: fuera de insultos, trató de asfixiarla, le pegó en la boca y la cogió de los brazos, lesiones que le dejaron 12 días de incapacidad médico legal sin secuelas.

La estructura de la decisión se sintetiza en los siguientes segmentos:

Inicialmente, le concedió credibilidad a la narración de la víctima Kelyn Johana Tuberquia Giraldo catalogándola como "*clara, consistente y contundente*", la cual estima "*consistente*" con los testimonios de María Cristina Giraldo y Dinacella Ramírez Múnera, quienes percibieron el maltrato frecuente que padeció y del médico legista Fabio Manuel Avendaño Ayala quien corroboró las lesiones y descartó que fueran autoinfligidas.

A continuación, catalogó los testimonios de la defensa, Byron de Jesús Goez Marín y Sebastián Herney Herrera Mora, como ilógicos e inconsistentes. El primero se hallaba en su residencia a una distancia que lo imposibilitaba escuchar lo que acaeció y el segundo, ocasional transeúnte, estaba por fuera de la visual de los hechos; dispuso, además, la indagación penal de estos testigos.

Por último, descartó la exculpación del acusado, quien afirmó que lo que quiso hacer fue "*evitar que Kelyn rodara por las escalas, la toma del brazo y le produce sin dolo alguno lesiones en el miembro superior*", y, por demás, excluyó que los hechos hubieran ocurrido en el balcón, que se hubiera

evitado un suicidio o que ella pretendiera salir a la calle en ropas menores.

En cuanto a las penas, impuso el mínimo legal de seis (6) años de prisión e inhabilitación de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, y descartó la prisión domiciliaria que por ser cabeza de familia fuera demandado en la audiencia del artículo 447 del CPP, por ausencia de acreditación, anotando que le corresponde a la madre y víctima suministrar los cuidados, pese a lo acordado en el ICBF y, si el supuesto es su incapacidad económica, debe esta reasumir la atención y cuidado *"sin importar quien hasta el momento, tuviera a su cargo la custodia y el cuidado personal"*.

2. La apelación.

La defensa solicitó la absolución y subsidiariamente la concesión de la prisión domiciliaria.

En cuanto a lo primero, censuró el fallo por haberle dado credibilidad al testimonio de la víctima y no a la prueba de la defensa, incluida la declaración del acusado.

Este proceder entiende que revela un ánimo parcializado de la Juez dirigido a favorecer los intereses de Kelyn Johana, y más en un caso donde no existe prueba directa y todo queda en una confrontación de narraciones. Opinó que la prueba de la fiscalía es débil y gaseosa, y la sentencia se caracterizó por

carencia de análisis riguroso jurídico o de derecho y surtido de apreciaciones personales.

El médico legista no fue testigo presencial y solo da cuenta de unas lesiones causadas acorde con la versión de Kelyn Johana y tampoco lo fueron "*María Cristina Giraldo y Dinacelli Ramírez*", recordando que el estudio de los hechos se debe limitar a lo ocurrido el referido 25 de septiembre.

Cuestionó la desacreditación de los deponentes de la defensa, Bayron Goez y Sebastián Herrera Mora, ordenando la indagación penal por falso testimonio, sin indicarse cuáles eran las inconsistencias y las manifestaciones ilógicas que presentaron. Consideró, por el contrario, que fueron espontáneos, concordantes y coherentes, y que vieron a la señora Tuberquia alicorada, "*como loca exaltada*", "*descontrolada*" y a Joan Farnelly tratando de evitar que se hiciera daño, y en este orden criticó que no se hubiera "*valorado*" el testimonio de su defendido.

Respecto a lo segundo, se limitó a solicitar la concesión de "*detención domiciliar*", acorde con la "*sentencia T003 de 2018*", porque está acreditado que la custodia y cuidado personal de los menores está en cabeza del acusado y vela económicamente por ellos. Concluyó que "*Privar de la libertad en establecimiento carcelario al procesado es atentar contra los derechos fundamentales de los menores, pues quedaría en riesgo grave su manutención*". Aportó al recurso los registros civiles de nacimiento de los hijos menores y un acuerdo de custodia y cuidado personal del 3 mayo de 2018,

afirmando que estos fueron aducidos también en la audiencia del artículo 447 del C.P.P.

ANÁLISIS Y CONCLUSIONES

Las dos pretensiones se examinan de la siguiente forma.

1. De la pretensión de absolución.

El conocimiento superior a la duda razonable descansó en la plena persuasión que le otorgó al testimonio de Kelyn Johana Tuberquia Giraldo, el cual conectó con la declaración del médico legista Fabio Manuel Avendaño Ayala que dio cuenta de las lesiones halladas al día siguiente de los hechos y la violencia que fuera conocida por María Cristina Giraldo y Dinacella Ramírez Múnera, y rechazó por ilógica e inconsistente el testimonio del acusado y los de sus amigos Byron de Jesús Goez Marín y Sebastián Herney Herrera Mora.

Fueron ciertamente escasas las censuras concretas que se presentaron, pues el apelante optó por expresar unas críticas de una generalidad inadmisibles en esta instancia. Es que se viene a este escenario procesal a reprochar como premisa principal la decisión de un juez y que nos marca el camino de nuestro estudio. Mas bien expuso su desagrado con la sentencia por parcializada y subjetiva y ausente de un análisis riguroso jurídico o de derecho, opinando que la prueba de cargos es débil y gaseosa. A cambio, debería el apelante más bien indicarnos cuáles y dónde se presentaron los errores de

hecho o de derecho que supone la Juez incurrió en su sentencia, con su respectivo soporte de demostración y trascendencia, pues si no se marca este lindero la valoración adquiere características oficiosas, contrarias a nuestro sistema.

En fin, desde la Sana Crítica, la Sala considera que las razones expuestas por la juzgadora son correctas y para la apreciación de los problemas jurídicos se verificará el tenor de las pruebas, su conexión externa, las apreciaciones de la Juez y del apelante, y otros adicionales que la Sala estima conducente introducir.

En un escenario de ausencia de otros testigos, la prueba principal es el testimonio de Kelyn Johana que, organizando su exposición, presentó tres acontecimientos esenciales:

Inicialmente que era una relación que duró más o menos trece años y de la que tenían dos hijos comunes y explicó que fue muy deteriorada ya que Joan Fernelly la maltrataba de manera permanente, la insultaba por todo y le decía que era *agüevada, inservible, que perra, bruta, maricon, gonorrea, hijueputa...*, situación que le tocaba aguantar por los hijos, ya que no tenía a donde ir y él sostenía el hogar. Que además no la dejaba trabajar, salvo un ocasional oficio de cuidado, la celaba y le revisaba sus redes sociales y referenció una primera agresión física en marzo de 2017 que originó que se fuera de la casa por unos dos meses.

Luego, el único suceso que fue particularizado en la acusación ocurrió en la residencia ubicada en el interior 301 de la calle 54 nro. 13-08, barrio Caicedo de esta ciudad el 25 de septiembre de 2017. Era una rutinaria noche en la que estaban en el balcón del apartamento, escuchando música, ella tomaba cerveza y él consumiendo marihuana y cerveza, la cual fue interrumpida cuando a raíz de una canción y Joan la increpó acerca de si era que se la había dedicado *el mozo*. Comenzó, entonces, la violencia. Se inició por la agresión verbal (*que perra, maricon, no sirve para nada...*), luego se entraron al apartamento, discutieron e insultaron, y prontamente comenzó el ataque físico señalando que la agarró del cuello, la empezó a ahorcar, ella le dio una palmada en la cara, él le cogió los brazos con mucha dureza, le tapaba la boca y le daba golpes en la cara.

Por último, se fue a dormir, al otro día acudió a la fiscalía, se separó y los hijos quedaron con el acusado y su mamá, por su *mejor economía*.

Se advierte que no hubo errores en la aprehensión de la prueba, tampoco refiere alguna el apelante, la incriminación realiza el delito de violencia intrafamiliar y agravada, por demás, porque hubo discriminación de género de la mujer en la que la superioridad física y económica de Joan Fernelly imponía una dominación permanente, como se describió en la acusación, que fue también visible en el testimonio del acusado en el que, con notas de irascibilidad evidente y siendo invitado a que se calmara (incluyendo a su defensor), presentó a su excompañera como loca, alcohólica, radical,

casquivana, pésima madre y desatenta con la casa, inclusive el día de los hechos no había lavado los trastos de la cocina, se quejó; si no fuera mujer no me hubiera pegado, anotó ella. Tiene razón la Juez cuando expuso que: *"...cómo dejar de lado los reprochables insultos que le prodigaba el señor JOAN FERNELLY ATEHORTÚA OSORIO a su compañera, en presencia de sus hijos; cómo la insultaba y maltrataba permanentemente apuntando a quebrantar su autoestima, pues que la reducía, dejando en su mente el mensaje por demás equivocado, que su condición era superior, siendo la víctima claramente humillada y cosificada, además de aislarla de su entorno familiar"*.

De manera especial, la Juez conectó el testimonio de Kelyn Johana con el del médico legista Fabio Manuel Avendaño Ayala, quien, sin tacha en cuanto a su conocimiento y experiencia e idoneidad, determinó una incapacidad médico legal de doce días con base en tres hallazgos fundamentales en el cuerpo de la víctima, observados al día siguiente de estos hechos, y que según su testimonio oral, no el informe pericial que propiamente no es prueba (y del que se desató un cúmulo de preguntas impertinentes acerca de si tenía una firma o no): i) equimosis ojo lado derecho, que le dicen periorbitaria: ii) laceraciones de la mucosa labial superior e inferior y iii) y en sus miembros superiores escoriación (rasguños) rodeados de equimosis (moretones), cara interna (especificó en el contrainterrogatorio). Consideró que las lesiones fueron causadas por mecanismo contundente, (que puede ser el puño, ejemplificó) y son concordantes con su narración.

Nadie ha dicho que se trató de un testigo presencial del acontecimiento, obviedad innecesaria que dejó consignada la defensa, pero sí es de corroboración, que es propiamente lo que desprecia. A través de conocimiento técnico especializado, observó al día siguiente de los hechos, unas lesiones que justo coinciden con la secuencia de actos expuestos por la víctima, y por consiguiente, las huellas materiales dejadas en el cuerpo como consecuencia del ejercicio de la violencia se hallan confirmadas.

Las lesiones corresponden a la narración de Kelyn Johana y la sugerencia, no desarrollada en el recurso, de que se pudo haber autoinflingido los daños corporales, esto es, que se agarró a puños ella sola, es especulativo e inverosímil. Ante pregunta de la apoderada de víctima acerca de si se las había propiciado o fueron autoinflingidas, indicó el médico legista que la respuesta sería especulativa. Dudó, es cierto, no se puede "*garantizar una condición como esta*", pero opinó que por las características de distribución no eran para una lesión autoinflingida, y admitió, en todo caso, que no se examinó a la paciente con esta variable. Ninguna prueba, entonces, se presentó en el juicio, ni en grado de posibilidad admisible.

Por último, declaró la Juez que el relato era "consistente" con los testigos María Cristina Giraldo y Dinacella (o Dina Cela) Ramírez Múnera, con dos tópicos muy accesorios al tema de debate principal: la primera acompañó a su hija a Medicina Legal y obviamente recibía las quejas de ella y la segunda, como los visitaba, observó algunos maltratos del acusado relativos a ofensas verbales.

La incriminación se fundó en un hecho vivido por Kelyn Johana no la descalifica el haber acudido a la Justicia al día siguiente y su relato ha sido constante y reiterado desde años atrás. Inclusive, desde otro ángulo, su denuncia e incriminación, no le trajo ningún beneficio a su vida, pues a la par de su separación, entregó los hijos a su compañero por un tema económico, los cuales no ha podido visitar o le fueron limitadas desde entonces, hecho admitido por Joan Fernelly.

Ahora bien, la defensa se queja por no habersele dado credibilidad al testimonio del acusado y dos testigos con los que pretendió coadyuvarlo.

La Sala está de acuerdo con la Juez.

El acusado, se posicionó eso sí, como una persona de excelsas condiciones: trabajador, virtuoso, casero, abstemio como el que más, ajeno a las psicotrópicas -como le preguntaron- y su compañera rodeada de vicios, maldades con él y sus hijos y desviaciones sexuales, que hasta los abandonó el 5 de octubre y se fue a vivir con otro sujeto y hacía video llamadas.

Dijo que llegó de trabajar, ella estaba tomando una cerveza como era costumbre, había visto algo raro con el señor del segundo piso, empezó a organizarse, y hubo discusiones, ella empezó a tratarlo mal, era agresiva, le gritaba y le tiró una cerveza, cuyo envase se rompió y él: "*yo estaba tranquilo y fresco*". Ella se calmó y se quedó en ropa interior.

Narró que cuando estaba de espaldas lavando los platos, pasó su compañera por su espalda en ropa interior con dirección a las escaleras que daban a la calle en estado de embriaguez, y ahí fue donde la tomó del brazo y la raspó por la velocidad que llevaba. Que ella grito: *ay mi brazo*¹, y él le respondió “*si boba si no te cojo del brazo... mira que te vas escalas pa abajo y te haces un daño*”² y, agregó, que vio que le salió *un poquito de sangre*. En fin, que le salvó la vida porque las escaleras eran peligrosas, y ya ella se acostó en la cama sola sin comer hasta el otro día.

No es un problema de choque de narraciones en un marco de ausencia de observadores directos. El examen de la prueba en conjunto reclama introducir el peritazgo del médico Avendaño Ayala ya referido, y quien halló hematoma en el ojo, laceraciones en labio y varias escoriaciones en sus miembros superiores, y que refuta la idea de que “ligeramente” la tomó del brazo.

Ahora bien, los testigos de la defensa introducen unas condiciones inverosímiles y diferentes. En su estudio fue acertada la Juez para excluirlos y el defensor desatendió y no controvirtió las claras razones de desacreditación.

Sebastián Herney Herrera Mora pasaba casualmente por la calle y al mirar al balcón, tercer piso donde vivía su amigo vio que ella se quería tirar, que estaba *como una loca*, y Joan la cogía o agarraba de la parte de atrás para que no se arrojara.

¹ Minuto 44:05

² Minuto 45:50

Es un insólito testigo que recrea una escena que ni siquiera su amigo acusado la ratificó, pues este, al igual que la víctima, aludió a que todo ocurrió al interior del apartamento. Es que ni se pusieron de acuerdo.

Y Bayron de Jesús Goez Marín es un vecino que se ubica en un primer piso a dos casas de diferencia de ese tercer piso y se posiciona con una extravagante y absurda capacidad de escuchar el diálogo que había al interior de ese distante apartamento. Que los oyó discutiendo, *“todos dos se trataron feo”* y él le decía que *“por favor no te vayas a ir en ropa interior... ni menos por las escaleras porque te vas a caer, y empezaron a discutir y según la bulla la jaló para que ella no se fuera a caer y supuestamente en el forcejeo le causó aporriones en la mano que yo tenga entendido eso fue lo único que pasó”*³. Y en el conainterrogatorio detalló que él le decía: *“cómo te vas a ir así, vos que sos boba, estás en paños menores... vení yo te cojo... vení yo te cojo”*⁴.

A esa distancia, el testigo es inidóneo para escuchar lo que afirmó y el tenor de ese diálogo no lo ratificó tampoco el acusado, lo que significa, con facilidad, que se lo inventó, y para culminar lo ilógico de su exposición, acerca de en qué consistía el alegato, añadió que lo escuchaba, pero no las palabras, ni directamente lo que decían, porque estaban adentro y tenían música en el balcón. Escuchó unas cosas y otras no.

³ Minuto 42:54

⁴ Minuto 55:20

Ambos declarantes mintieron en este proceso y fue correcto que se ordenara su indagación penal como autores del delito de falso testimonio, sin que se descarte la participación dolosa del acusado en alguna determinación en la comisión de este injusto contra la Administración de Justicia.

Por lo anterior, el análisis probatorio empleado por la Juez carece de errores y, en consecuencia, la Sala confirmará la sentencia que por apelación se revisa.

2. De la pretensión de prisión domiciliaria.

Solicitó el defensor la prisión domiciliaria, *acorde* con la *"sentencia T003 de 2018"*, porque los hijos menores están bajo la custodia y cuidado de Joan Fernelly y vela por ellos económicamente. Alegó que *"Privar de la libertad en establecimiento carcelario al procesado es atentar contra los derechos fundamentales de los menores, pues quedaría en riesgo grave su manutención"*.

En cuanto a la primera razón, la aplicación de la sentencia T003 de 2018 que invoca, lo correcto hubiera sido que el defensor nos explicara por qué estima que resultaba aplicable al acusado en lo fáctico o jurídico lo allí decidido. Sin ningún esfuerzo en el razonamiento, da por sentado que así es, falacia argumentativa de petición de principio.

En todo caso, la Sala no comparte este argumento.

La aludida sentencia T-003 refiere unos antecedentes fácticos diferentes en absoluto a los que acá estamos juzgando. En el evento allí descrito alude a un tema administrativo y no penal, originado en que la accionante fue desvinculada *"del cargo denominado Técnico Administrativo (código 367, grado 01) en cumplimiento de una orden judicial, a pesar de que asegura ser madre cabeza de familia"* y la Corte Constitucional, en detalle particular de lo que sucedió, negó la protección porque no se vulnera los derechos fundamentales *"cuando, mediante un acto administrativo, retira a dicha persona del servicio en cumplimiento de una orden emitida en una sentencia judicial ejecutoriada, que declaró la nulidad del acto a través del cual se realizó el nombramiento del empleado"*.

Y en lo normativo, quizás lo que pretende el abogado es que se traiga a colación la definición de madre o padre cabeza de familia allí precisado y que se concreta en el siguiente aparte: *"Para la Corte, la condición de padre o madre cabeza de familia se acredita cuando la persona (i) tiene la responsabilidad permanente de hijos menores o personas incapacitadas para trabajar, (ii) no cuenta con la ayuda de otros miembros de la familia y (iii) su pareja murió, está ausente de manera permanente o abandonó el hogar y se demuestra que esta se sustrae del cumplimiento de sus obligaciones, o cuando su pareja se encuentre presente pero no asuma la responsabilidad que le corresponde por motivos como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental"*.

Si esta es la reflexión, el apelante leyó con cuidado la sentencia que aduce como precedente y, agregamos, la Juez de instancia no expresó nada diferente a lo que allí se expuso.

En esta sentencia, nótese que la Corte Constitucional señaló como uno de los requisitos que: “(ii) *no cuenta con la ayuda de otros miembros de la familia*”, exigencia consonante con las definiciones legales y jurisprudenciales, que a continuación se describen y se subrayan.

El artículo 2º de la Ley 82 de 1993 “[P]or la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia” previó que:

“(…) es Mujer Cabeza de Familia, quien siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.”

En la sentencia SU-388 de 2005 la Corte Constitucional:

“(i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus

obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o, como es obvio, la muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar⁵

Y para terminar este recuento, la Ley 1232 de 2008:

“...ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar”.

Entonces, para el apelante es suficiente que los menores estén bajo el cuidado y protección del acusado y que este es el proveedor económico, lo que es una indebida interpretación. Se quedó en la mitad del camino. Es necesario que se presente deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar, lo que significa explorar y reconstruir necesariamente el contexto de las relaciones y vínculos de los protegibles constitucionalmente, lo que aquí no ocurrió

Miremos las siguientes variables:

⁵ Sentencia SU-388 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Se probó: i) la minoría de edad de los dos hijos comunes acorde con los registros civiles de nacimiento; ii) que están bajo el cuidado de Joan Fernelly y la mamá de este y abuela de los niños, tal como lo indican los testimonios de la víctima y el acusado, y se coadyuva con el acta de conciliación aportada en la audiencia del artículo 447 del CPP; iii) de la abuela nada se supo, y iv) y que Kelyn Johana Tuberquia Giraldo está desempleada, entregó los niños años anteriores después de la violencia por un tema económico, y admitió que está desempleada y que no le permitían las visitas.

La ayuda de otros miembros cercanos no se descartó y ninguna información la refuta. Total acierto de la Juez acerca de los otros protagonistas cercanos a la protección, la abuela y Kelyn Johana: *“bien puede la madre velar por el bienestar de los menores, como también pudiesen hacerlo los parientes próximos de la madre o el padre, atendiendo al principio de solidaridad”*.

Se confirmará la negativa, sin perjuicio que en sede de los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad la información atinente al grupo familiar de los menores se reconstruya, amplíe y detalle con miras, si es del caso, a un nuevo examen.

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

FALLA

Confirma la sentencia apelada e informa que procede el recurso de casación. Agregar que la indagación penal ordenada comprenderá al señor Joan Fernelly Atehortúa Osorio como determinador. Cítese a audiencia para su notificación.

Notifíquese y cúmplase

Los magistrados,



JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ



MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS



PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN.