

Proceso: 05-001-60-00206-2019-14996
Delito: Violencia Intrafamiliar Agravada
Condenado: Filiberto Mosquera Cautín
Procedencia: Juzgado 8° Penal del Circuito de Medellín
Objeto: Apelación de sentencia condenatoria
Decisión: Niega nulidad y confirma
M. Ponente: Luis Enrique Restrepo Méndez
Sentencia No: 009-2020

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, trece (13) de mayo de dos mil veinte (2020)

05-001-60-00-206-2019-14996

Proyecto aprobado según Acta No.034

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa de **Filiberto Mosquera Cautín**, en contra de la sentencia proferida el 13 de febrero de este año por el Juzgado 8° Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín por medio de la cual se le condenó como autor penalmente responsable del delito de violencia intrafamiliar agravada, donde resultó como víctima Sindy Paola Palacio Tapia.

1. HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES:

El 22 de junio de 2019, siendo aproximadamente las 11:20 de la mañana, Filiberto Mosquera Cautín agredió con arma cortopunzante a Sindy Paola Palacios Tapia, ex compañera sentimental con quien procreó una niña, causándole múltiples lesiones que le produjeron una incapacidad definitiva de 12 días con secuelas de carácter permanente.

El 23 de junio de 2019, el Juzgado 22 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de esta ciudad llevó a cabo las audiencias preliminares de legalización de la captura, formulación de imputación por el delito de homicidio agravado en modalidad de tentativa e imposición de medida de aseguramiento en establecimiento de reclusión en disfavor del ciudadano Filiberto Mosquera Cautín, quien decidió no aceptar los cargos¹.

Posteriormente, fue acusado por la Fiscalía General de la Nación mediante escrito presentado el 26 de julio siguiente, requerimiento fiscal que se concretó en audiencia realizada el 20 de agosto de 2019, ante la Juez 8ª Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín, donde se le llamó a responder como autor responsable de la conducta punible de tentativa de feminicidio agravado, de conformidad con lo preceptuado en los artículos 104 A literal A, 104 B literal G y 104 numeral 7 del C. Penal².

La audiencia preparatoria se realizó el 23 de septiembre de 2019 y una vez realizado el juicio oral³, la *a quo* profirió la sentencia que se revisa, en la que condenó al acusado por el delito de violencia intrafamiliar agravada descrita y sancionada en el artículo 229 inciso 2º del C. Penal y le impuso como penas, la principal de 6 años de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso. Negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

El defensor recurrió en apelación el fallo.

¹ Audiencias preliminares. Folio 4.

² Escrito de acusación y acta de audiencia de formulación de acusación. Folios 7 a 13 y 37.

³ Audiencia preparatoria y juicio oral en sesiones del 7 y 12 de noviembre, y 18 de diciembre de 2019, 13 de febrero de 2020. Folios 39, 47, 54, 68 y 75. .

2. DE LA DECISIÓN RECURRIDA

Luego de hacer un recuento de la actuación procesal y las pruebas practicadas en el juicio oral, la funcionaria de primer grado indicó que para emitir una sentencia de condena era necesario llegar al conocimiento más allá de toda duda razonable acerca de la ocurrencia de la conducta punible y la responsabilidad del acusado.

En el caso que nos ocupa, continuó, la fiscalía formuló acusación y solicitó condena en contra de Filiberto Mosquera Cautín por el delito de tentativa de feminicidio agravado, y en este sentido, para lograr su cometido, el ente persecutor debía demostrar:

i) Que el hecho existió, lo que en el caso concreto y atendiendo el cargo atribuido al procesado, implicaba demostrar que Sindy Paola Palacios Tapias sufrió unas heridas con arma corto punzante que le generaron unas lesiones en su cuerpo.

ii) Que el ciudadano procesado, Filiberto Mosquera Cautín fue el autor de esos hechos y

iii) Que el acusado actuó de forma responsable, analizando en este punto concreto la adecuación típica del comportamiento del procesado, si su actuar estuvo amparado en alguna causal de justificación y si la conducta la ejecutó con culpabilidad.

Resaltó que la comprobación de cada uno de los asuntos planteados y que se convierten en los problemas probatorios a resolver, es presupuesto del siguiente, además, que sin la verificación de los anteriores, no es dable ni legítimo proferir un juicio de reproche en contra del acusado, pues en el evento en que existan dudas razonables sobre los extremos fundamentales de la reconstrucción de los hechos, resulta imperioso emitir una decisión absolutoria, ya que ha de prevalecer la presunción de inocencia, la cual debe ser desvirtuada de manera integral para efectos de una condena.

Antes de entrar a verificar los anteriores presupuestos, dijo que las partes estipularon que Sindy Paola Palacios Tapias y Filiberto Mosquera Cautín, previo a estos hechos, habían compartido una relación sentimental que duró aproximadamente un año y de la cual nació su hija menor de edad, evento que se acreditó a través de las declaraciones coincidentes sobre este evento de la víctima Palacios Tapias y de su actual pareja Nemías González Izquierdo.

Dicho lo anterior, se ocupó de establecer si con las pruebas allegadas al juicio se satisficieron en su orden los presupuestos descritos con antelación.

Frente al primero de ellos, es decir, **si el hecho existió**, indicó que Sindy Paola Palacios Tapias, víctima directa narró que para el 22 de junio de 2019 a eso de las 9:00 de la mañana Filiberto Mosquera llegó a su casa, en la que habitaban además su progenitora, su hermana, sus sobrinos, su hija y su novio, tocó la puerta y como no le abrieron, la tumbó de una patada y comenzó a discutir con su madre y hermana porque quería ver a la hija que tienen en común y cuando ella salió de la habitación, éste la agredió con un puñal lesionándole el dedo y el brazo, retirándose ante la amenaza de la presencia policial.

Dicha testigo informó que cuando los agentes del orden llegaron a su residencia le recomendaron interponer otra denuncia, pues la noche anterior ya habían realizado una por hechos similares, por ese motivo ese mismo 22 de junio, ella y su novio Nemías González Izquierdo salieron en dirección a la fiscalía y cuando iban a coger un taxi, se encontraron con el procesado por lo que ella corrió pero éste la alcanzó y le hacía “*lances*” con una navaja en sus piernas, en ese momento un ciudadano llegó a socorrerla, mientras Mosquera Cautín emprendía la huida.

La víctima relató que el acusado la agredió en dos oportunidades, la primera el 21 de junio de 2019, cuando el procesado fue a su residencia, discutió con su actual pareja y a ella le propinó una patada; y la segunda, fue al día siguiente, ese 22 de junio cuando recibió cinco puñaladas, dos en su pierna izquierda y tres en la derecha.

De otro lado, dijo la *a quo*, se contó con el testimonio de Nemías González Izquierdo, testigo presencial y actual pareja de la señora Sindy Paola, quien declaró que el 21 de junio él fue agredido y amenazado por el acusado con un cuchillo, por ese motivo él lo denunció, pero al día siguiente regresó, tumbó la puerta, discutió con su suegra y su cuñada y cuando su pareja, es decir, Sindy Paola salió de su habitación, la “*chuzó*” en el brazo, por ese motivo cuando se dirigían a denunciarlo apareció de nuevo y ellos salieron corriendo, él alcanzó a cruzar la calle pero su novia no y cuando él volteó a mirar Filiberto la había tirado al suelo y la estaba “*chuzando*”.

Las anteriores declaraciones, fueron ratificadas por el perito Fabio Manuel Avendaño Ayala médico legista que valoró a la víctima por unas lesiones y quien indicó, que en el primer dictamen el hecho se narró partir de una situación de violencia de pareja, en la cual Sindy Paola Palacios Tapias fue agredida por arma cortopunzante que le causó lesiones en las extremidades superiores e inferiores que le causaron una incapacidad médico legal de definitiva de 12 días con secuelas permanentes por la cicatrización notoria de origen estético, las cuales no pusieron en peligro la vida.

Concluyó la funcionaria de primera instancia que es inequívoco el señalamiento que hace la víctima respecto al hecho de que el 22 de junio de 2019 fue agredida con arma blanca, además fue coherente, no incurrió en contradicciones y coincidió con Nemías González quien presencié los acontecimientos, así mismo advirtió que las circunstancias narradas resultaron compatibles con los hallazgos descritos por el médico legista; por tanto, no existe duda alguna de que, en efecto, el hecho existió.

En segundo lugar, se ocupó de establecer **si el acusado Filiberto Mosquera Cautín, fue el autor de la conducta descrita**; asuntó que en su consideración no tuvo mayor controversia en el juicio, pues el señalamiento de la víctima y Nemías González Izquierdo apuntan unidireccionalmente hacia Mosquera Cautín como aquel que le ocasionara las lesiones ya referidas a Sindy Paola

Palacios Tapia, declaraciones que resultan coincidentes con las de los agentes de la policía que intervinieron en la captura del procesado.

En ese sentido, continuó, el Pt. Jhon Jairo Reyes Reyes, quien efectuó la captura del acusado, explicó que el 22 de junio de 2019, cuando se encontraba realizando labores de patrullaje en el kilómetro 4,1 vía nueva al mar y que conduce a la altura del barrio Las Margaritas, su compañero de patrulla y él se encontraron una aglomeración de personas que señalaban a un sujeto que corría por haberle propinado unas puñaladas a una ciudadana que se encontraba en dicho lugar, motivo por el cual le dieron alcance y le realizaron un registro, hallándole en su mano derecha una navaja de pasta color negro. Relató además que dicho ciudadano fue identificado como Filiberto Mosquera Cautín y fue la persona que la agredida señaló como su expareja y autora de los hechos. Con este testigo se incorporó al expediente una navaja de pasta color negro.

Dijo la funcionaria de primer grado, que también asistió al debate público el Pt. Andrés Felipe Grajales Quirama, quien narró los hechos en forma similar a su compañero Reyes Reyes; por tanto, concluyó que a partir del análisis individual y en conjunto de las pruebas practicadas en el juicio quedó demostrada la autoría del hecho por parte de Filiberto Mosquera Cautín.

Reiteró que en punto a la existencia del hecho y la autoría del procesado ninguna discusión se presentó, pues incluso la misma defensa en sus alegatos conclusivos refirió que, si bien es cierto, Filiberto Mosquera Cautín agredió con arma blanca a la señora Sindy Paola Palacios Tapia por celos, también lo es que no tuvo como finalidad acabar con su vida, incluso resaltó que su asistido tuvo la intención de aceptar los cargos por el delito de lesiones personales, empero al variarse la calificación jurídica por parte de la fiscalía por el delito de feminicidio, su motivación desapareció.

Frente al último de los presupuestos, es decir, **que el acusado actuó de forma responsable**, indicó que constituyó el eje central de la discusión, pues era necesario establecer si Mosquera Cautín obró dolosamente de cara al tipo penal

acusado de feminicidio, es decir, si cuando lesionó a Sindy Paola Palacios Tapias, tenía o no la intención de acabar con su vida determinado por el odio a su condición de mujer o a su identidad, tal y como lo explica el artículo 104 A del C. Penal; o si eventualmente la intención no era causar la muerte sino lesionar en su integridad a quien fuera su compañera permanente y madre de su hija menor de edad.

De acuerdo con lo anterior, resaltó la *a quo* que la víctima narró en su testimonio que sostuvo una relación sentimental con el acusado por el término de un año y medio y convivió con él por espacio de un año bajo el mismo techo, pero la relación terminó porque Mosquera Cautín no se llevaba bien con su familia y les pidió abandonar el lugar; por ese motivo ella y su familia se mudaron de casa.

Dijo la juez de primer grado, que la víctima indicó que el comportamiento del acusado era normal y que cuando peleaban era porque tomaba y jugaba, enfatizando que cuando éste la llamaba a decirle que volvieran le decía “*que apenas la viera con alguien, iba a tener un problema*”, pero que ella nunca se sintió amenazada por éste y que nunca había tenido un episodio similar al que hoy es materia de juzgamiento, afirmación que sostuvo durante el contrainterrogatorio donde agregó que en el tiempo en que vivieron juntos el acusado no la amenazó, no le pegó, ni la maltrató, tampoco la trató con palabras soeces, no era celoso y, por el contrario, la trató con cariño. Adujo que no se enteró de que él sintiera odio por las mujeres ni por su género, pues la raíz de lo sucedido ese 22 de junio fue porque la vio con su nueva pareja y eso le desencadenó celos los cuales lo condujeron a amenazarla sólo en esa ocasión, cuando indicó que “*la habían dejado sola para él matarla*” refiriéndose al hecho de que su actual pareja había huido sin ella.

Respecto del testimonio de Nemías González Izquierdo, señaló la funcionaria que éste aseveró que antes de los hechos no había visto nunca al acusado, que sabía de él porque Sindy Paola le comentó que iba a visitar a la niña y que a veces tenían sus alegatos, pero nada mayor pues antes nunca vio que la amenazara.

Resaltó que a través de este testigo se conoció que por lo hechos ocurridos el 21 de junio de 2019, fue él quien denunció pues el acusado intentó herirlo pero Sindy Paola y su madre lo desarmaron del cuchillo del que se había provisto.

Bajo este panorama *-dijo la juez-* independientemente de si se asume que la teoría de los elementos subjetivos del tipo implican un dolo especial en el agente o si se consideran un ingrediente subjetivo del dolo, es inequívoco que estos elementos presuponen una valoración ex ante e interna en relación al sujeto activo de la conducta de cara a la realización del injusto penal, esto es, es una exigencia normativa de la valoración del impulso que pueda tener el actor frente a la realización de la conducta que está prohibida por la norma penal, concretamente la intencionalidad de causar la muerte por razones de género o identidad y para explicar lo anterior trajo a colación la sentencia C-539 de 2016.

Después indicó que dicha jurisprudencia constitucional es clara en reconocer que existe una remarcada obligación en los operadores jurídicos al momento de decantarse por considerar que en un caso en concreto opera uno u otro tipo penal, máxime cuando en conductas de similitud fáctica, eventualmente amparados simultáneamente por más de una prohibición normativa, una de ambas prevé una sanción más drástica para el procesado, esto es, ante eventos como los que fueron objeto del proceso penal, debe ser cuidadoso el juez al momento de ponderar las circunstancias que le permitirían considerar que se está o no frente al tipo penal más desvalorado por el ordenamiento jurídico.

Por lo anterior, continuó, no es gratuito para el análisis del presente caso, tener en cuenta los señalamientos que realizó la víctima de manera espontánea, tales como que el acusado nunca la amenazó, ni le pegó, ni la maltrató, incluso que no era celoso y que si la relación se deterioró fue porque no se llevaba bien con su familia, además que a éste le gustaba el licor y el juego pero nunca se dieron malos tratos, tanto así que ante las supuestas advertencias de que tendrían problemas si ella empezaba una nueva relación, no se sintió amenazada y consideró que lo hacía era por “*molestar*”, es decir, en este caso, no es posible apreciar como lo ha considerado la doctrina, alguna circunstancia contextual que

haga viable considerar que Sindy Paola Palacios Tapia venía siendo sometida a un patrón de desigualdad social, familiar o funcional derivada precisamente de su identidad como mujer, en concreto, no existen elementos de corroboración para concluir que se estaba ante un móvil orientado a la muerte de la víctima por su condición de ser mujer y para soportar lo anterior la *a quo* hizo referencia a la Sentencia C-297 de 2016.

De otro lado, manifestó que la conducta desplegada por el acusado tampoco se adecuaba fácticamente a la conducta punible de homicidio tentado, siendo ello apreciable a partir de la narración de los hechos realizada por la víctima y los hallazgos de medicina legal, pues los ataques no tenían como fin acabar con la vida de su expareja, asunto que coincide con lo narrado por la víctima quien dijo que los “*lances*” como ella refirió en el juicio, siempre se dieron en lugares no vitales, concretamente en sus piernas, los cuales según el perito médico no comprometieron ningún órgano vital y que por su naturaleza claramente no tenían entidad suficiente para causarle la muerte, de ahí que la incapacidad médico legal apenas alcanzara 12 días.

Resaltó que tan poco previsible era el ataque sobre la señora Palacios Tapias que su actual pareja para el momento de los hechos, Nemías González manifestó temor, pero sobre su integridad, pues narró que en los dos eventos emprendió la huida porque creyó que Filiberto Mosquera Cautín lo quería matar.

Así las cosas, para la juez de primer grado, la conducta no se adecua a los tipos penales de tentativa de feminicidio, ni de homicidio tentado, pero sí de “*violencia intrafamiliar agravada por cometerse contra una mujer*” descrito y sancionado en el artículo 229 inciso 2º del C. Penal y que tiene como bien jurídico la familia como pilar fundamental de la sociedad, el cual según ésta, se violentó con el actuar del procesado, subrayando que si bien la relación o el vínculo afectivo entre Sindy Paola Palacios Tapias y Filiberto Mosquera Cautín no se encontraba vigente para el momento de los hechos, no ocurría lo mismo con la relación filial que lo vinculaba con su hija menor de edad, por lo que es necesario dar aplicación a lo normado en el artículo 1º de la ley 1959 de 2019

que a su vez modificó el art. 229 del C. Penal y que señala en el párrafo 1º “*a la misma pena quedará sometido quien sin ser parte del núcleo familiar realice las conductas descritas en el tipo penal previsto en este artículo contra (...) b) El padre y la madre de familia, aun cuando no convivan en el mismo hogar, si el maltrato se dirige contra el otro progenitor...*”.

Señaló que adecuándose la conducta desplegada por Mosquera Cautín al tipo penal de violencia intrafamiliar, sí se violentó el bien jurídico protegido, pues aunque no se dio un serie sistemática de maltratos físicos o psicológicos en contra de Sindy Paola Palacios Tapias que dataran de tiempo atrás, basta con los hechos ocurridos ese 22 de junio de 2019 cuando Filiberto, quien fuera su excompañero permanente y padre de su hija, la atacó con arma blanca causándole lesiones en sus piernas y brazos, asunto que encaja en lo descrito por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SP964 del 20 de marzo de 2019 dentro del radicado 46935.

Frente al reparo que hizo la defensa de que se está atentando contra el principio de congruencia, aclaró que constatada la identidad fáctica de los hechos con el delito por el cual emitirá sentencia no existe tal vulneración, pues ésta ata al juez a no fallar en base a lo que no fue solicitado por las partes (extra petita) o que se otorgue más de lo pedido (ultra petita), esto es, de cara al proceso penal a fallar en perjuicio del procesado por un cargo del cual no tuvo la oportunidad de defenderse, situación que en el caso concreto no se daba, por cuanto la atribución fáctica de los hechos ha permanecido incólume, incluso desde la audiencia de formulación de imputación, fallándose, en consecuencia, con base a los hechos que fueron probados y debatidos durante el juicio oral y frente a los cuales la defensa tuvo la oportunidad de oponerse, facultándosele en las diferentes etapas del proceso el resistirse a la pretensión condenatoria de la fiscalía frente los hechos más que frente al tipo penal, tanto así que como estrategia optó por guardar silencio frente a los mismos, y en ese sentido soportó sus afirmaciones en la sentencia T-455 del 25 de agosto de 2016, la cual fue reconocida en reciente proveído de la Alta Corporación en Justicia a través de la sentencia SP606 del 11 de abril de 2018.

En síntesis, resaltó la *a quo*, que valoradas de manera individual y conjunta la pruebas allegadas al juicio oral, era posible señalar de manera clara que si bien, la fiscalía acusó a Filiberto Mosquera Cautín por el delito de tentativa de feminicidio agravado, la verdad es que los elementos normativos y fácticos acreditados en el juicio oral llevaron a concluir que se estaba ante el punible de violencia intrafamiliar agravada, categorización típica que deviene necesariamente de que no se acreditó más allá de toda duda razonable una intención homicida en su calidad de mujer de la víctima, e insistió que no se afectó el principio de congruencia pues la defensa y el procesado tenían claros los hechos materia de juicio, tanto así que el representante del acusado insistió en sus alegatos de cierre que las lesiones ocasionadas a Sindy Paola Palacios Tapias no fueron producto de la intención de causarle la muerte, sino producto de unos celos desatados por la nueva relación afectiva con Nemías González, aspecto subjetivo que motivó a su asistido a ocasionar sobre la humanidad de la fémina unas lesiones que pese a no poner en riesgo la vida, si eran relevantes para el derecho penal y la sociedad, y que se materializaban ahora en el reproche jurídico penal por el delito por el cual se emite condena y que surgió de la adecuación fáctica de los acontecimientos ventilados en el juicio.

Finalmente, adujo la funcionaria de primer grado que el comportamiento del acusado no estuvo amparado en ninguna causal de justificación por lo que se estaba ante una conducta antijurídica; además, se trataba de una persona imputable y consiente del carácter ilícito de su conducta, al punto que, según lo manifestado por los testigos de cargo, en las dos ocasiones que agredió a Sindy Paola, se dio la fuga ante la posible intervención de terceros, por lo que el hecho ilícito se ejecutó por parte de un individuo que obró con plena culpabilidad.

En consecuencia, condenó al acusado como autor penalmente responsable de la conducta punible de violencia intrafamiliar agravada.

La fiscalía, la representante de la víctima y el defensor apelaron la decisión.

3. DEL RECURSO

El defensor público de Filiberto Mosquera Cautín mostró inconformidad con la sentencia e interpuso en audiencia el recurso de apelación, el cual sustentó por escrito dentro del término oportuno con miras a que se declare la nulidad “*por ineficacia de los actos procesales vicio in prosedendo*” (sic) el cual sustentó de la siguiente manera:

Explicó que en este proceso existió ineficacia de los actos procesales, artículo 457 del C. de P.P, por violación al debido proceso, al derecho de defensa y congruencia y trajo a colación una Sentencia de la Corte Suprema de Justicia dentro del radicado 47671 del 17 de septiembre de 2019 donde básicamente se dijo que “*aunque se formulen de manera correcta los hechos jurídicamente relevantes en la imputación, si estos no obran en la acusación se viola el mencionado principio y consigo el debido proceso y derecho de defensa del acusado*”.

Luego indicó que la nulidad y la apelación son dos figuras distintas porque una resolución judicial puede tener dos clases de vicios, los primeros respecto del procedimiento, denominados errores “*improcedendo*” (sic) generadores de nulidad, y los segundos, que giran en torno a la aplicación de la norma procesal o “*in iudicando que genera apelación que nace de la interpretación que hace el juez*”, figuras que no son sinónimas y tienen autonomía jurídica propia.

Después hizo una narración de los hechos de forma ininteligible y señaló que por éstos se legalizó captura, se formuló imputación y se impuso medida de aseguramiento en contra de su asistido por el punible de homicidio agravado tentado, resaltando que el mismo 22 de junio de 2019, la víctima denunció por el delito de lesiones personales dentro de este radicado, pero el 21, o sea un día antes y dentro del radicado 2019-14941 presentó denuncia por violencia intrafamiliar.

Informó que durante la acusación, por sugerencia del representante del Ministerio Público se modificó la adecuación típica a tentativa de feminicidio, aspecto que le impidió a su asistido realizar un preacuerdo con la fiscalía; finalmente, la Juez emitió condena por el delito de violencia intrafamiliar agravada.

En un párrafo aparte, el cual denominó *“tipicidad antijuridicidad”*, explicó que de acuerdo con reiterada jurisprudencia, la cual no precisó, el derecho fundamental al debido proceso en materia penal constituye una limitación a la acción punitiva del Estado, en cuanto comprende el conjunto de garantías sustanciales y procesales contenidas en el artículo 29 de la Carta Política y la Sentencia T-039 de 1996.

Dijo que *“de la narrativa fáctica no es predicable la alteración del mundo real y circundante de manera formal, al conocerse que la actividad desarrollada NO coteja en los lineamientos del artículo 104 del CP, feminicidio, ni tentativa de homicidio ni violencia intrafamiliar”* y después resaltó que tampoco es predicable la antijuridicidad formal en tanto la conducta no lesionó el bien jurídico que tutela con celo la Constitución Nacional, el derecho a la vida, por ese motivo -en su criterio- *“ni en esta oportunidad, ni nunca”* podrá pregonarse la autoría de su defendido en esta conducta, situación que dijo, merece un análisis pormenorizado, pues el ente fiscal no pudo desvirtuar el derecho de presunción de inocencia y tampoco colmó las expectativas del artículo 381 del C. de PP.

Posteriormente en el acápite que tituló *“De las pruebas”* hizo un recuento de los testimonios que se practicaron en el juicio y luego indicó que las de referencia son aquellas que violan *“la inmediación de la prueba (sic) artículo 16 del CPP y el derecho de confrontación”*.

Insistió que como la fiscalía no pudo demostrar más allá de toda duda que el ciudadano Mosquera Cautín tenía la intención de *“asesinar”* a la señora Sindy Paola Palacios Tapia por razones de género o discriminación, fue condenado por

delito diferente, violándose el principio de congruencia y debido proceso, el cual se quebrantaba cuando:

- i) El juzgador al dictar sentencia desborda el marco fáctico o condena por un delito distinto al que fue objeto de la acusación.
- ii) Incluye circunstancias no deducidas en el calificadorio o desconoce los atenuantes que se le reconocieron.
- iii) Deja de considerar una o varias conductas punibles respecto de las cuales ha debido pronunciarse y
- iv) Condena a una persona que no fue acusada.

Luego hizo alusión a los requisitos exigidos para proferir sentencia por una conducta punible distinta a la contenida en la acusación así:

- i) La fiscalía debe solicitarla de manera expresa.
- ii) La nueva imputación debe ser por un delito del mismo género.
- iii) El punible de la nueva imputación debe ser de menor entidad.
- iv) La nueva imputación debe respetar el núcleo fáctico de la acusación y
- v) No se afecten los derechos de los sujetos.

Por lo anterior, insistió en la nulidad con base en el artículo 457 del C. de PP, por violación a las garantías fundamentales al derecho de defensa y debido proceso y consecuentemente disponer la libertad del procesado.

De otro lado, la Fiscalía anunció mediante un oficio de fecha 19 de febrero del año que avanza, que desistía del recurso de apelación interpuesto en audiencia de lectura de la sentencia de manera verbal, mientras la representación de víctimas no hizo sustentación del mismo, aspecto frente al cual no hubo pronunciamiento del juzgado de origen.

Los sujetos procesales no recurrentes no realizaron manifestación alguna.

5. CONSIDERACIONES

5.1 Es competente la Sala para abordar el estudio de la decisión proferida por la *a quo*, en virtud del factor funcional determinante de la misma, consagrado legalmente en el artículo 34 numeral 1 de la ley 906 de 2004.

5.2 Como aclaración preliminar, el Tribunal debe manifestar que el escrito de apelación presentado por la defensa es desde todo punto de vista deficiente, además de confuso y casi ininteligible. En él, el togado se dedica a lanzar afirmaciones de orden teórico, en su mayoría descontextualizadas y carentes de respaldo argumentativo. Veamos algunos ejemplos de lo acabado de mencionar:

Se refiere a vicios *in procedendo* sin explicar la intelección que tiene de tal concepto, para luego invocar de manera genérica la ineficacia de los actos procesales en todas sus causales, de manera indistinta, dentro de las cuales refiere el principio de congruencia, mención que cierra con una cita jurisprudencial del todo caótica pues no expone la relación que tiene con las afirmaciones sueltas y descontextualizadas que realizó hasta ese momento.

Queda claro que hasta aquí el recurrente no ha formulado ningún tipo de reparo concreto en contra de la sentencia apelada, pues su discurso es absolutamente insustancial en la medida en que está plagado de definiciones y conceptos teóricos que no aterrizó al caso concreto.

El único aspecto que podría admitirse como sustento de la apelación, no sin acudir al principio de caridad, tiene que ver con una presunta violación del principio de congruencia, que plantea, también de manera confusa sosteniendo que su poderdante no podía ser imputado por homicidio agravado porque la denuncia se presentó por lesiones y violencia intrafamiliar y que no podía tampoco ser acusado por feminicidio, homicidio, ni violencia intrafamiliar porque el bien jurídico tutelado no se lesionó y no se superó la presunción de inocencia.

Con la anterior precisión, en consideración al principio de prioridad, el Tribunal se ocupará de establecer, en primer lugar, si en el *sub examine* procede la nulidad por violación al principio de congruencia, para luego examinar si de las afirmaciones del censor puede inferirse algún atentado en contra de los derechos al debido proceso y de defensa, para finalmente verificar el fundamento probatorio considerado por la *a quo* para proferir fallo de condena por el delito de violencia intrafamiliar agravada.

Desde ya se anticipa que ninguno de los reparos postulados está llamado a prosperar.

De la congruencia

5.3 El primer cuestionamiento de la defensa toca con la vulneración al principio de congruencia, pues la falladora de instancia dictó sentencia condenatoria por un delito distinto al acusado.

Pues bien, como lo ha analizado la jurisprudencia, el principio de congruencia constituye una garantía derivada del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política y su finalidad es asegurar que el sujeto pasivo de la acción penal sea condenado, si hay lugar a ello, por los mismos hechos por los que se le acusó, sin sorprenderse a última hora con imputaciones frente a las cuales no tuvo oportunidad de ejercer el derecho de defensa y contradicción⁴.

Entonces, cuando se profiere un fallo con desconocimiento de los parámetros de la acusación, se afectan las reglas del debido proceso en su estructura básica, de allí la necesidad de mantener el núcleo esencial de la imputación fáctica, como garantía plena del ejercicio del derecho de defensa, pues esa es la base de la cual se deriva la calificación jurídica que realmente corresponde aplicar, de ahí que si se conserva ese aspecto medular, no es factible predicar violación alguna, pues la defensa material y técnica ha tenido la oportunidad de desvirtuarlos ya sea

⁴ C.S.J. Sala de Casación Penal, providencia radicada al No. 44287 del 25 de mayo de 2015.

aportando pruebas o controvirtiendo las de cargo. Así, el mencionado postulado no se desconoce por el simple y solo hecho de proferir la condena por un delito diferente del aquel por el cual se convocó a juicio al acusado.

En reciente jurisprudencia el Máximo Órgano de la Justicia Ordinaria reiteró los requisitos para proferir una sentencia por una conducta cuyo *nomen iuris* difiere de aquel contenido en el requerimiento fiscal, y lo hizo en los siguientes términos:

“Aun cuando la Corte inicialmente sostuvo que al fallador le era dable condenar por un delito distinto al objeto de acusación, a condición de que fuera objeto de expresa solicitud por la Fiscalía, ese criterio, posteriormente fue abandonado, de modo que, en el panorama vigente, un pedimento de dicha estirpe no resulta necesario a los efectos de variar la calificación jurídica de la conducta.

Por contera, la jurisprudencia más reciente...al entender que la acusación es un acto dúctil, ha precisado la posibilidad de condenar por ilicitudes diversas a las contenidas en el pliego de cargos, en la medida que: i) la nueva imputación corresponda a una conducta del mismo género y con este se favorezcan los intereses del procesado; ii) la modificación se oriente hacia un injusto de menor entidad; iii) la tipicidad novedosa respete el núcleo fáctico de la acusación- requisito que como se viera es de carácter absoluto-; y iv) no se afecten los derechos de los intervinientes.⁵

Bajo este marco conceptual, la Sala pasará al estudio del caso, no sin antes recordar la intervención de la Fiscalía en punto de la imputación, acusación y petición de condena las cuales se contraen a lo siguiente:

Formulación de imputación

⁵ CSJ. Sala Penal. Sentencia del 13 de noviembre de 2019, radicado 52.370

“De acuerdo con los elementos materiales probatorios la fiscalía según lo que se ha narrado ampliamente puede inferir razonablemente que el ciudadano Filiberto Mosquera Cautín y no otra persona, fue quien causó lesiones en la humanidad de la señora Sindy Paola Palacio Tapia, lesiones que a pesar de no haber puesto en peligro su vida por la cantidad y por la situación en que se generaron, si nos permiten establecer que se trata de una tentativa de homicidio”.

En este punto, la base fáctica de la imputación estuvo representada por la agresión física con arma blanca que Filiberto Mosquera Cautín realizó en contra de Sindy Paola Palacio Tapia, con los resultados que sobre su salud ocasionó ese ataque. De esta manera la Fiscalía imputó el delito de tentativa de homicidio agravado, descrito y sancionado en los artículos 103, 104 numeral 7º y 27 del C. Penal⁶, en calidad de autor.

Formulación de acusación

Al formular la acusación, la agencia fiscal describió el supuesto fáctico así:

“...al día siguiente el 22 de junio a eso de las 9:30 de la mañana regresa nuevamente el señor Filiberto a la casa de Sindy, como no le abren la puerta la violenta, entra en insulta a su expareja, amenaza a su novio que igual estaba presente y golpea a la fémina, ante esa nueva agresión decide Sindy trasladarse a la fiscalía a denunciarlo nuevamente pero su intención se ve truncada, pues cuando se dirigía al bunker en el sector del kilómetro 41 nueva vía al mar a la altura del barrio las Margaritas, fue interceptada nuevamente por Filiberto quien con arma blanca en la mano la agrede en varias oportunidades en su cuerpo, ella se defendía como podía y solo fue la intervención de las personas que pasaron y observaron el hecho lo que hizo que el atacante

⁶ Audiencia de formulación de imputación del 23 de junio de 2019. Minuto: 01:18:31.

cesara en su intención pues con la reacción de los transeúntes Filiberto quiso huir del lugar,...

En el acápite de análisis interpretación y conclusiones dice preceptúa el médico “incapacidad médico legal provisional 10 días, secuelas médico legales por definir. Nota: las lesiones no pusieron en grave peligro la vida de la anterior” firmado por el doctor Ricardo de Jesús Toro en calidad de médico legista.”⁷

Queda claro que la imputación fáctica objeto de acusación fue exactamente la misma, aunque la fiscalía se decidió por variar la calificación jurídica de la conducta.

Alegatos de conclusión de la Fiscalía

En estos el delegado del ente investigador mantuvo el supuesto fáctico plasmado en la acusación y en cuanto a la imputación jurídica en ocasiones se refirió al delito de feminicidio agravado en modalidad de tentativa y en otras homicidio tentado, sin embargo, finalizó su intervención trayendo a colación el radicado 41457 del 4 de marzo de 2015 de la Corte Suprema de Justicia, relativa al delito de feminicidio, para concluir que en esta ocasión se debía condenar por feminicidio agravado en modalidad de tentativa, artículo 104 A.

Como se puede observar, a pesar de que la fiscalía se mostró vacilante al momento de referirse a la imputación jurídica, la fáctica fue exactamente igual en los tres momentos procesales en que debió ocuparse del asunto, pues fue claro en señalar que el 22 de junio de 2019, en vía pública éste agredió con arma blanca a Sindy Paola Palacios Tapia, su excompañera y madre de su hija, movido por los celos provocados por su nueva relación.

⁷ Audiencia de formulación de acusación del 20 de agosto de 2019. Minuto: 06:34.

Por su parte, la falladora concluyó que con las pruebas practicadas en el juicio se descartó la configuración de las conductas punibles de feminicidio y de homicidio, ambas en la modalidad de tentativa y, por el contrario, el acontecer fáctico descrito encuadraba en el delito de violencia intrafamiliar agravada en atención a la relación filial que lo vinculaba con la víctima Sindy Paola Palacios Tapia por cuenta de su pequeña hija.

La descripción típica de la conducta por la que optó la *a quo* es del siguiente tenor:

Artículo 229. Violencia intrafamiliar. El que maltrate física o psicológicamente a cualquier miembro de su núcleo familiar incurrirá, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor, en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años.

Nótese como en el *sub judice* no existe un factor diferenciador del núcleo fáctico descrito desde la formulación de acusación, petición de condena y sentencia, pues quedó establecido, a través de las pruebas recaudadas en el juicio, y en especial del testimonio de la víctima Sindy Paola Palacios Tapia que el acusado, quien fue su compañero sentimental y padre de su hija, fue la persona que le infligió una agresión física con los resultados conocidos y descritos más atrás. Por tanto, considera esta instancia que, en efecto, como lo resaltó la *a quo*, la plataforma fáctica de los hechos permaneció incólume con la calificación contenida en la sentencia.

En las condiciones expuestas, debe concluirse que en el presente asunto se cumplió con los requisitos que la jurisprudencia ha decantado a efectos de posibilitar que el juez falle por una conducta diferente de aquella contenida en la convocatoria a juicio, pues ninguna duda asiste al Tribunal de que se trata de una conducta del mismo género, sin que ello se desvirtúe por la ubicación en el código penal de los tipos penales en discusión, tal como lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia en decisión del 22 de febrero de 2017, dentro del radicado 43041 explicó:

“(…) en CSJ SP, 30 nov. 2016, rad. 45589, al examinar un asunto regulado por la Ley 906 de 2004, esta Corporación señaló que la identidad del bien jurídico de la nueva conducta, no es presupuesto del principio de congruencia y que nada impide hacer la modificación típica dentro de todo el Código Penal, al igual que en los procesos tramitados bajo la Ley 600 de 2000.

Así discernió:

“Debe advertirse también que la identidad del bien jurídico no es un presupuesto insoslayable del respeto al principio de congruencia y, por ende, de la posibilidad de condenar por una conducta punible distinta a la definida en la acusación. Ya en múltiples decisiones se ha insistido en que «La modificación de la adecuación típica de la conducta puede hacerse dentro de todo el Código Penal, sin estar limitada por el título o el capítulo ni, por ende, por la naturaleza del bien jurídico tutelado», por cuanto «En la ley procesal actual –Ley 600 de 2000-, a diferencia de la anterior, la imputación jurídica provisional hecha en la resolución acusatoria es específica (art. 398.3), (por ejemplo, homicidio agravado previsto en los artículos 103 y 104.1 del Código Penal), sin que se exija el señalamiento del capítulo dentro del correspondiente título, lo que significa que para efectos del cambio de la adecuación típica o de la congruencia, esos límites desaparecieron»⁸.

Claro, cierto es que esas consideraciones se han realizado frente a procesos tramitados bajo la Ley 600 de 2000; sin embargo, nada obsta para que, igualmente, sean predicables de los que, como el presente, obedezcan a la ritualidad establecida por la Ley 906 de 2004, pues en ésta la imputación jurídica también es específica y provisional, por lo que ninguna razón habría para que se mantuviera una exigencia que respondía, como se vio, a las formas restringidas que para ese acto

⁸ Sentencias del 16 de marzo de 2016 (SP3339), rad. 44288; del 8 de noviembre de 2011, rad. 34495, y del 14 de septiembre de 2011, rad. 33688, ratificaron lo dicho originalmente en el auto del 14 de febrero de 2002, rad. 18457 y reproducido en las sentencias del 24 de enero de 2007, rad. 23540, y del 2 de julio de 2008, rad. 25587.

procesal preveía el código de 1991 (Decreto 2700). Eso sí, no sobra reiterar que la inmutabilidad fáctica sigue siendo presupuesto inamovible de la legalidad de la sentencia, en cuanto garantía esencial del derecho a la defensa.

De lo anterior se sigue que, hoy en día, es procedente variar la calificación jurídica de la conducta imputada por la Fiscalía, así no corresponda al mismo título, capítulo y bien jurídico tutelado, siempre que se mantenga el núcleo fáctico de la imputación, se trate de un delito de menor entidad, y se respeten los derechos de las partes”.

Además, las penas con que se sancionan las conductas ponen de presente, sin ningún esfuerzo, el carácter favorable al sentenciado de aquella por la que optó la *a quo*, pues se trata de un injusto que si bien se considera grave, este juicio de valor es menor que aquel que pesa sobre el delito de feminicidio así sea en su modalidad tentada. Es así que el delito de feminicidio agravado apareja prisión que oscila entre 250 y 500 meses, mientras la violencia intrafamiliar agravada tiene una pena privativa de la libertad de 72 a 168 meses; y, lo que es más importante, no se generó indefensión para el procesado, pues tanto éste como su defensor conocían a plenitud los cargos, sabían qué hechos eran los constitutivos del delito y cuál era la imputación fáctica, circunstancia que les permitió activar a su favor el ejercicio pleno de sus derechos de contradicción y defensa.

Todo lo anterior, sin que se avizore una afectación al derecho de los intervinientes, en particular los de la víctima que contó con plena representación y garantías a lo largo de la actuación y si bien en principio recurrió la decisión, al final desistió junto a la fiscalía, del recurso, proceder que puede identificarse con su conformidad con lo resuelto.

Finalmente, la cita jurisprudencial que aportó la defensa en su recurso en punto de este tema concreto está desactualizada, pues claro quedó que la jurisprudencia no exige que la variación en la calificación provenga de una iniciativa fiscal,

posición o criterio que la Sala de Casación Penal de la Corte recogió hace casi una década.

En síntesis, para esta Sala emerge claro que la acusación cumplió los requerimientos mínimos para permitir al acusado y su defensor conocer de manera clara e inequívoca el acontecer fáctico por el cual se le hizo el llamado a juicio, el cual se mantuvo incólume en la decisión que puso fin a la instancia, a punto tal que se vieron en posibilidad de estructurar su estrategia defensiva, aducir y acreditar probatoriamente sus exculpaciones, o incluso brindar las explicaciones atinentes a su inocencia, de ahí que la pretensión que indistintamente busca la nulidad de la sentencia condenatoria y la consecuente libertad de su asistido no tiene vocación de prosperar.

Así, estando clara la acusación y siendo congruente la sentencia con aquella, se impone dar respuesta al siguiente reparo.

De la nulidad por violación a garantías fundamentales, artículo 457 de la ley 906 de 2004.

5.4 El apelante solicitó la nulidad de lo actuado por ineficacia de los actos procesales de que trata el artículo 457 del C. de P.P, la cual se materializa cuando se advierte la vulneración al derecho de defensa y al debido proceso en aspectos sustanciales.

En este orden de ideas, conviene precisar que la nulidad es considerada como la máxima sanción prevista por el legislador para privar a un acto procesal de sus efectos jurídicos, en tanto que el mismo se haya configurado inobservando garantías fundamentales y aspectos propios del procedimiento, también es importante destacar que ésta se encuentra orientada por los principios de taxatividad, protección, convalidación, trascendencia, instrumentalidad y el carácter residual.

Por consiguiente, el funcionario judicial sólo podrá decretar las nulidades expresamente consagradas⁹, no podrá invocarlas el sujeto procesal que ocasionó la configuración de la causal salvo el caso de ausencia de defensa técnica, la irregularidad puede convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del imputado o acusado siempre y cuando se hayan observado las garantías fundamentales, quien la invoca está obligado a demostrar que la irregularidad afecta las garantías constitucionales de los sujetos procesales o desconoce la estructura básica del proceso judicial y que no existe otro mecanismo procesal distinto a para subsanar el yerro cometido.

De lo expuesto se deduce, entonces, que quien aduce la nulidad tiene la obligación de indicar el motivo que la origina y las razones de hecho o de derecho en que la fundamenta. Dichos principios, como lo señaló la Corte Suprema de Justicia¹⁰, deben concurrir en cada caso.

No obstante, en el *sub judice* el censor no le demostró a la Sala la concurrencia de cada uno de los principios que rigen la declaratoria de nulidad, más allá de insistir que se vulneró el principio de congruencia y el derecho de defensa, los cuales, como se dijo en párrafos anteriores, fueron respetados durante toda la actuación procesal, por lo que tal ausencia de acreditación resultaría suficiente para denegar su pretensión. Es más, tan imprecisa es su postura que omitió mencionar a partir de qué momento debía rehacerse el proceso en caso de declararlo nulo, es decir, hasta dónde llegó el efecto del error *in procedendo* invocado.

Al parecer una razón de la nulidad que invoca la defensa tiene que ver con que la fiscalía haya optado por una calificación jurídica de los hechos diferente de la plasmada en la noticia criminal y que, como consecuencia de ello, haya visto frustrada la posibilidad de aceptar los cargos con los beneficios que un tal proceder le acarrearía. Al respecto, olvida el censor que la titularidad de la acción penal la tiene la fiscalía y no la víctima, es aquella y no esta quien posee la

⁹ Artículo 458 de la ley 906 de 2004.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Radicado 43158 del 12 de marzo de 2014.

competencia constitucional de decidir la calificación provisional correcta de los hechos que pone en su conocimiento el ofendido, sin que el carácter provisional de esa calificación y la posibilidad derivada de ese carácter de una modificación en sede de la sentencia respalde un alegato como el presentado.

Es que el carácter provisional de la calificación se explica en que al momento del requerimiento fiscal no hay pruebas en el sentido técnico de la palabra, estas se concretan en el juicio y solo hasta ese momento entra el juez a valorarlas, de allí que siempre está latente la posibilidad de que su poder suasorio se distancie de alguna manera de la pretensión fiscal, sin que esa realidad descalifique su proceder o invalide el proceso en los términos que en que parece sugerirlo el censor.

Así las cosas y dado que la Sala indicó que en este proceso no hubo quebrantamiento alguno del principio de congruencia y mucho menos del debido proceso, que configura la causal de nulidad de que trata el artículo 457 de la ley 906 de 2004, no es viable entonces decretarla y mucho menos ordenar, como lo pretende el censor, la libertad de su asistido.

5.5 Superado lo anterior, ***se impone el análisis de la prueba practicada en juicio para verificar si existió o no fundamento probatorio para proferir fallo de condena por el delito de violencia intrafamiliar agravada***, esto con fundamento en la mención, que no argumento, que hiciera el censor en punto del desconocimiento de la presunción de inocencia de su cliente.

Según se entiende de la ambigua argumentación del recurrente, las críticas en punto a la valoración probatoria se hacen con fundamento en las declaraciones de los testigos de cargo, las cuales calificó de “*pruebas de referencia que violan la inmediación de la prueba artículo 16 cpp y el derecho de confrontación*” sin exponer ninguna premisa que sustente su afirmación.

Pues bien, luego de constatar los registros de audio y la sentencia, para esta Sala es claro que el fundamento de la misma está representado por las declaraciones

recibidas durante el juicio oral, ante la juez de conocimiento, por testigos que aseguraron haber percibido de manera directa y personal los hechos. Así las cosas, la afirmación del censor es temeraria, de mala fe y carente de fundamento, razón por la cual el Tribunal no ahondará en argumentos para responderla.

En efecto, basta recordar que es prueba de referencia la representada en declaraciones rendidas por fuera del juicio o relacionadas con hechos no percibidos de manera directa, a través de sus sentidos, por el deponente, situación del todo distante en este asunto, de acuerdo con lo mencionado atrás y que se ratificará en los apartes siguientes.

5.6 Dijo el censor, sin ningún soporte argumenta que la conducta de su cliente no se puede adecuar a ninguno de los tipos penales de los que se habló a lo largo del proceso, ni por el que se profirió condena, porque el bien jurídico tutelado no se vulneró ni puso en peligro, además de que no se desvirtuó la presunción de inocencia. A fin de responder ese reparo, aunque se aclara que podría no responderse por su formulación precaria e incompleta, la Sala dará un vistazo a la prueba recaudada, no sin anticipar que poco dejó la *a quo* por considerar en su muy bien construida providencia.

Desfiló por el juicio en primer término Sindy Paola Palacios Tapia, quien narró que para el día 22 de junio de 2019 vivía con su hermana, su mamá, sus 2 sobrinos y su hija en Vallejuelos, sector Robledo las Margaritas de esta ciudad.

En esa fecha como a las nueve de la mañana, cuando se encontraba en su casa con las personas que dijo convivir y su novio Nemías González Izquierdo, llegó el acusado Filiberto Mosquera, tocó la puerta de su casa, pero como no le quisieron abrir él comenzó a forzarla y *“le metió una patada a la puerta y la tumbó, repentinamente entró a la casa empezó a alegar con mi mamá y mi hermana, al ver eso yo salí de la habitación a ver qué pasaba, cuando yo salí él me agredió con un arma de..., un puñal que él tenía, yo retrocedo para la casa y al ver que va a llegar la policía él se va”*.

Resaltó que la discusión se ocasionó porque él quería ver a la hija que tienen en común y la madre no lo permitía, de ahí que la atacara al salir de la habitación para enterarse de lo que ocurría, momento en el cual es agredida con “puñal” y lesionada en dedo y brazo.

Una vez llegó la policía a su residencia le indican que nuevamente debe instaurar una denuncia, pues la noche anterior, es decir el 21 de junio de 2019 ya lo había hecho porque Filiberto Mosquera “*fue a mi casa a formarme un escándalo pero ese día no hubo agresión*”. Entonces, cuando iba caminando a coger un taxi con su actual pareja para ir a la fiscalía, se encuentran al acusado, salen corriendo y como ella no cruza la vía, es alcanzada y nuevamente agredida con el arma blanca: “*me hacía los lances en las piernas, yo solamente le tiraba patadas para que no se acercara tanto a mí, yo estaba recostada a un muro que hay en toda la avenida y entonces como es una carretera transitada comenzaron a aglomerarse los carros y en ese momento llega un carro y piensa que él me esta como robando y se sale el señor del carro con un arma y el alcanza a mirarlo, se aparta de mí y sale corriendo*”.

Relató que recibió cinco lesiones, dos en la pierna izquierda y tres en la derecha y que en la noche anterior, Filiberto Mosquera fue a su residencia y le hizo un escándalo, no hubo agresión en contra de ella pero si de su novio Nemías González Izquierdo.

Informó además, que convivió con el procesado bajo el mismo techo por espacio de un año y que mientras estuvieron juntos su comportamiento era normal, pero cuando ella empezó su nueva relación le decía que iba a tener problemas, pero en ningún momento se sintió amenazada pensó que “*él lo decía como por molestar*”¹¹.

Durante el interrogatorio cruzado dijo que durante el tiempo de convivencia el acusado no la amenazó, ni la maltrató y tampoco le pegó, mucho menos se enteró

¹¹ Audiencia de juicio oral del 7 de noviembre de 2019. Minuto: 01:01:45

de algún odio por las mujeres o por el género femenino, de ahí que atribuyera la agresión al hecho ser vista con su nueva pareja el detonante del ataque¹².

Como puede verse, la víctima hizo una narración coherente y sobre todo verosímil de los hechos, si se tiene en cuenta que su relato es rico en detalles de tiempo, modo y lugar; pero especialmente es categórica en señalar a su ex compañero sentimental y padre de su hija menor, Filiberto Mosquera Cautín como la persona que ese 22 de junio del año pasado, la agredió en plena vía pública y le ocasionó una serie de lesiones en sus miembros superiores e inferiores, que si bien no pusieron en riesgo su vida, ciertamente le ocasionaron una incapacidad médico legal de 12 días con secuelas de carácter permanente.

Ahora, cobraron especial relevancia para el *sub examine* los restantes elementos de conocimiento, los cuales se unieron al testimonio de la ofendida para reforzarla y complementarla, erigiéndose como fundamento del conocimiento al que arribó la juez de instancia y que, como se anticipara párrafos atrás, comparte enteramente esta Sala.

En el mismo sentido, Nemías González Izquierdo¹³, actual pareja de la ofendida y testigo presencial de los hechos, indicó que la conoce desde hace un año y para ese entonces ya tenía una niña con el procesado.

Respecto a los hechos indicó que para esa fecha cuando estaba en casa de su novia, Filiberto Mosquera llegó entre las 9:00 y 10:00 de la mañana, tocó la puerta y como no le abrieron la tumbó y empezó a discutir con la mamá de Sindy Paola, pero cuando ésta salió de su habitación “*él la chuzó en el brazo*”, por ese motivo llamaron a la policía, siendo aconsejados para denunciar de nuevo, dado que la noche anterior también habían tenido un altercado con el procesado.

Precisamente cuando él y su novia iban a coger un taxi para ir a la fiscalía, entre las 11:00 y 12:00 del mediodía “*apareció el señor otra vez*”, ellos salieron

¹² *Ibidem*. Minuto 01:33:32

¹³ Audiencia de juicio oral del 7 de noviembre de 2019. Minuto: 01:43:59

corriendo pero Sindy Paola no alcanzó a cruzar la calle y “él la cogió y la estaba chuzando, la tiro al suelo y empezó a chuzarla, cuando yo trate de pasar no pude inmediatamente llamé otra vez a la policía y le explique lo que estaba pasando”.

En el conainterrogatorio¹⁴ aceptó no haber escuchado que éste amenazara a Sindy Paola Palacios, su novia.

De conformidad con lo anterior, hay que señalar entonces que no sólo existe prueba directa- *de ninguna manera de referencia como lo indica el censor*- que incrimina al acusado, representada en el relato de los hechos que hiciera la propia víctima y que fuera ratificado por Nemías González Izquierdo, su novio, cuyo contenido para la Sala no solo merece plena credibilidad, sino que además es respaldado por los testimonios de los Agentes de la Policía John Jairo Reyes Reyes y Andrés Felipe Grajales Quirama, quienes realizaron la captura en flagrancia del hoy procesado.

Fue así como el Patrullero Reyes Reyes¹⁵ informó que el 22 de junio de 2019 siendo aproximadamente las 11:20 horas cuando realizaba labores de patrullaje con su compañero Andrés Felipe Grajales Quirama¹⁶ -*quien valga decir, dentro del juicio oral expuso los hechos de forma similar*- en el sector de la vía al mar, kilómetro 4.1 a la altura del barrio las Margaritas, encontraron “*una aglomeración de personas*” que les señalaban a un sujeto que corría y era el responsable de causarle “*unas puñaladas a una ciudadana*”, él iba a 80 metros más o menos, de inmediato lo abordaron, éste se identificó como Filiberto Mosquera Cautín y al practicarle un registro le encontraron un arma blanca tipo navaja la cual fue incautada en ese momento.

Finalmente el doctor Fabio Manuel Avendaño Ayala¹⁷, médico legista que practicó el segundo reconocimiento a la víctima y con quien se incorporó el

¹⁴ Ibídem. Minuto 02:04:08

¹⁵ Audiencia de juicio oral del 7 de noviembre de 2019. Minuto: 23:01

¹⁶ Ibídem. Minuto 42:05

¹⁷ Audiencia de juicio oral del 12 de noviembre de 2019. Minuto 04:38

informe de pericial de clínica forense¹⁸ explicó que las lesiones causadas con arma corto punzante a nivel de sus miembros superiores e inferiores le generaron una incapacidad definitiva de 12 días con secuelas permanentes de carácter estético por el proceso de cicatrización, pero éstas no pusieron en peligro la vida por no comprometer órganos vitales.

Así las cosas, para la Sala emerge con claridad la materialidad de la conducta punible y la responsabilidad del acusado Mosquera Cautín, pues fue éste y no otra persona quien agredió físicamente a Sindy Paola Palacios Tapia, madre de su hija, generándole unas lesiones que arrojaron una incapacidad médico legal definitiva de 12 días con secuelas de carácter permanente, siendo importante precisar que para el momento en que ocurrieron los acontecimientos estaba vigente el artículo 1° de la ley 1959 del 20 de junio de 2019 que modificó el 229 del C. Penal que señala:

“El que maltrate física o psicológicamente a cualquier miembro de su núcleo familiar incurrirá, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor, en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años.

La pena se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes cuando la conducta recaiga sobre un menor, adolescente, una mujer, una persona mayor de sesenta (60) años, o que se encuentre en situación de discapacidad o disminución física, sensorial y psicológica o quien se encuentre en estado de indefensión o en cualquier condición de inferioridad.

(...)

Parágrafo 1°. A la misma pena quedará sometido quien sin ser parte del núcleo familiar realice las conductas descritas en el tipo penal previsto en este artículo contra.

¹⁸ Informe UBMDE-DSANT-17656-C-2019 del 9 de octubre de 2019. Folios 57 y 58.

(...)

b) El padre y la madre de familia, aun cuando no convivan en el mismo hogar, si el maltrato se dirige contra el otro progenitor.

(Negrilla de la Sala)

En consecuencia, la Sala encuentra que en este evento no se aplicó de manera indebida el tipo penal del artículo 229 del Código Penal vigente para el momento de la conducta atribuida al procesado, pues aunque éste ya no hacía parte del núcleo familiar conformado por Sindy Paola y su pequeña hija, la norma es clara en señalar que en dicha conducta incurrirá quien sin ser parte de éste realice las conductas descritas en la norma.

Empero, si el anterior argumento normativo llegase a ser considerado insuficiente, destáquese que los hechos no solo gravitan en torno a los celos por la nueva relación de la víctima, sino también respecto de la familia, y en concreto, la posibilidad de visitas a la menor de tan solo un año y medio de nacida.

Las anteriores razones son las que explican y justifican la adecuación típica de la conducta por la que optó la *a quo* de manera razonable y acertada.

5.7 En conclusión, no existe en el plenario causal o motivo de invalidez de lo actuado, primero, porque la sentencia si bien cierto se profirió en condena por una calificación jurídica distinta de la contenida en la acusación, no menos cierto es que se ajustó a las pautas que la jurisprudencia ha decantado pacíficamente para entender válido un tal proceder; y, segundo, porque no demostró el censor que se haya desconocido el derecho de defensa y debido proceso que le asiste a su apadrinado. Además, la prueba recaudada en el juicio, proveniente de testigos directos de los hechos, demostró la ocurrencia de la conducta que se adecua al tipo penal escogido por la primera instancia, sin que se haya demostrado por el censor lo contrario. Por consiguiente, se negará la nulidad impartirá confirmación a la sentencia recurrida.

En virtud de lo expuesto, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución **NIEGA LA NULIDAD Y CONFIRMA** el fallo de fecha, sentido y origen precisados en esta decisión.

Esta providencia queda notificada en estrados y contra la misma solo procede el recurso extraordinario de casación. Una vez ejecutoriada, regrese la carpeta al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

*

**LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
MAGISTRADO**

**

**JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
MAGISTRADO**

**

**NELSON SARAY BOTERO
MAGISTRADO**

- * Original Firmado
- ** Proyecto aprobado en Sala de Decisión Virtual

Nota: La providencia con las respectivas firmas puede ser consultada en la Secretaría de la Corporación, una vez finalice la medida de aislamiento preventivo obligatorio decretada por el Gobierno Nacional en el marco de la emergencia sanitaria causada por el COVID-19.