



SALA PENAL

Radicado: 05-360-60-99-057-2020-01014
Procesado: Ever Alonso Gómez Yepes
Delito: Violencia intrafamiliar agravada
Asunto: Apelación de sentencia condenatoria
M. Ponente: Miguel Humberto Jaime Contreras

Aprobado por Acta No. 141

Medellín, veintidós (22) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

1. EL ASUNTO

Resuelve la Sala la apelación interpuesta por la defensa en contra de la sentencia proferida el 19 de abril de 2022, por el Juzgado 2° Penal Municipal de Itagüí, mediante la cual condenó al señor *Ever Alonso Gómez Yepes* por el delito de violencia intrafamiliar agravada en concurso homogéneo y sucesivo.

2. ANTECEDENTES

2.1. De los hechos

Fueron reseñados en el escrito de acusación de la siguiente manera:

“Narra la denunciante DEISY DAVID VÁSQUEZ, quien es menor de edad y se encuentra en estado de gravidez que para el día 11 de abril de 2020, siendo las 19:00 horas de

la noche, el joven EVER ALONSO GÓMEZ YEPES, luego de indagarle por una conversación de whatsapp que tenía con un amigo, la agredió verbal, física y psicológicamente, amenazándola de muerte, ocasionándole lesiones en su integridad física.

Ella expresa que lo conoce desde hace un año y llevan 10 meses de relación, fruto de esta relación tiene 8 meses de embarazo, en este tiempo de relación la ha agredido varias veces, pero que no lo había denunciado antes. En esta oportunidad la dama recibió por parte del médico legista una incapacidad provisional de 5 días, debiendo regresar a nuevo reconocimiento

El señor EVER ALONSO GÓMEZ YEPES, identificado con la C. C. No. 1.152.210.733 de Medellín, conocía que estaba maltratando de manera verbal, psicológica y física a su compañera permanente DEYSI DAVID VÁSQUEZ, quien es menor de edad y se encuentra en estado de gravidez, y quiso hacerlo, lesionando de esta forma el bien jurídico de la unidad familiar, sin que medie justa causa que permita ese comportamiento, de donde es posible realizarle un juicio de reproche, por cuanto al momento de ejecutar la conducta tenía capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento y tenía capacidad de determinarse de acuerdo con esa comprensión, era consciente que su conducta está prohibida, de ahí que le era exigible no maltratar a su compañera ni a los miembros de su núcleo familiar”.

En vista de que se decretó la conexidad con la actuación procesal identificada con CUI 05360-60-99057-2020-01312, conviene precisar que en el escrito de traslado de la acusación se relacionaron los siguientes hechos:

“El día 26 de agosto de 2020, siendo las 18:30 horas, en la CRA. 57 # 44-17, int. 201, barrio La Unión del municipio de Itagüí, el señor EVER ALONSO GOMEZ YEPES, en medio de una escena de celos, agredió a su compañera permanente DEISY DAVID VASQUEZ, de 15 años de edad. Afirmó DEICY que EVER le reclamó porque

se había demorado en llegar a la casa y se lanzó sobre ella para quitarle el bolso donde tenía su celular y su bebe NAISMITH GOMEZ DAVID, recibió un golpe la cabeza y le quedó un chichón. En el forcejeo para quitarle el teléfono, EVER ALONSO, le pegó un golpe muy fuerte a DEISY, en el rostro que la mandó contra la pared y luego al piso, donde cayó mareada, con la nariz reventada, desviada y sangrando abundantemente. A las siete de la noche acudió al hospital donde los dejaron hospitalizados a ella y su hijo hasta las cuatro de la mañana del día siguiente.

Por las lesiones recibidas a DEISY DAVID VASQUEZ (15 años de edad), le determinaron una incapacidad provisional de 15 días y secuelas por determinar y al niño NAISMITH GOMEZ DAVID, de 96 días de nacido, una incapacidad definitiva de 8 días, sin secuelas.

El señor EVER ALONSO GÓMEZ YEPES, MALTRATÓ físicamente a su compañera permanente e hijo, conocía que estaba maltratando a dos miembros de su núcleo familiar, ambos menores de edad y quiso hacerlo, lesionando la unidad y armonía familiar, sin justa causa; al momento de realizar la conducta el señor EVER ALONSO, tenía capacidad para comprender la ilicitud de su conducta y capacidad para determinarse de acuerdo con esa comprensión; era consciente que su conducta estaba prohibida y sabía que le era exigible una conducta conforme a derecho, es decir, no maltratar a ningún miembro de su familia”.

2.2. De la actuación procesal

El presente proceso se siguió por el trámite abreviado y el 11 de mayo de 2020, se legalizó la captura y se dio traslado del escrito de acusación, momento desde el cual se atribuyó a Ever Alonso Gómez Yepes el delito de violencia intrafamiliar agravada por ser la víctima una mujer menor de edad en estado de gestación y su compañera permanente (artículo 229, inciso 2 del Código Penal), cargo que no aceptó. Al imputado

se le impuso medida de aseguramiento no privativa de la libertad, consistente en observar buena conducta y la prohibición de acercarse a la víctima, salvo para el acompañamiento que requiera para el cumplimiento de sus obligaciones como padre del hijo en común.

La audiencia concentrada se hizo el 27 de noviembre de 2020, en la que la Fiscalía presentó adición al traslado de acusación indicando que: los hechos ocurrieron en la ciudad de Itagüí, barrio La Unión, y que “ese día 11 de abril de 2020, siendo las 19:00 horas, en la noche, el señor Ever Alonso Gómez maltrató físicamente a la menor Deisy David y le pegó un golpe en la cabeza, una cachetada, le pegó con la camisa que se había quitado en todo el cuerpo, le dio un cabezazo reventándole la boca, cogió un saco que estaba colgado y le quitó el gancho para pegarle, debiendo intervenir la abuela del acusado para que no la agrediera y como no le pudo dar con el gancho, le pegó una patada en la pierna derecha; el acusado también llamó a la mamá de la ofendida y le dijo que fuera por ella que la iba a matar y verbalmente la trataba con palabras como maricona, solapada, malparida, que con esas no se quedaba”. Agrega que “los hechos ocurrieron porque él le vio una conversación en el celular y le hizo poner la clave y esto dio origen a esta situación donde la agrediera física y verbalmente dañándole también el celular, siendo reiterativas estas situaciones”.

En relación con los elementos materiales probatorios adiciona los testimonios de la señora Olga Yepes Giraldo (abuela del acusado), Maricela del Carmen Vásquez (madre de

la ofendida), Cruz Margarita Vásquez (abuela de la ofendida) y Yurani Cantillo Cantillo (perita médica); como documentales el informe médico legal, la historia clínica de la ofendida e informe ejecutivo, así como el informe de captura.

Cabe advertir que, en la actuación procesal cuya conexidad fue decretada, la audiencia concentrada se llevó a cabo el 18 de junio de 2021 y en esa misma fecha se dispuso la conexidad.

El juicio oral se realizó en sesiones del 5 de octubre¹ y 23 de diciembre de 2021, fecha última en que se presentaron los alegatos de conclusión y se emitió sentido del fallo de carácter condenatorio. El 19 de abril de 2022 se llevó a cabo la audiencia de individualización de la pena y se dio lectura a la sentencia contra la cual la defensa interpuso el recurso de apelación, el cual sustentó por escrito dentro del término legal.

3. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El juez de primer grado encontró debidamente acreditada la relación existente para las fechas de los hechos entre Ever Alonso Gómez Yepes y Deisy David Vásquez, debido a su condición de padre y madre del hijo en común y por la

¹ En esta fecha se presentaron las siguientes estipulaciones probatorias:

- 1) Que la menor Deisy David Vásquez acudió al Hospital San Rafael de Itagüí el día 12-04-2020, donde le hallaron lesiones en su humanidad, las cuales le causaron incapacidad. En consecuencia, se renuncia al testimonio de la médica general, Dra. Yurany Cantillo Cantillo.
- 2) Que la menor Deisy David Vásquez, el 28 de septiembre de 2020, consultó por trauma nasal en el Hospital San Rafael de Itagüí con otorrino y se concluyó la existencia de la lesión. En consecuencia, se renuncia al testimonio de Lourdes María Álvarez.

relación marital que sostuvieron por años, en la que la postulada víctima pernoctaba eventualmente en la residencia de su agresor, siendo precisamente en ese inmueble en el que se presentaron los dos eventos que motivaron la investigación.

Señaló que la integridad familiar es el bien jurídico que protege el legislador en el cual se encuentra implícito la integridad personal de la víctima, pero no es la intensidad del daño corporal lo que castiga el legislador, sino el deterioro o lesión que sufra ese núcleo familiar como tal, encontrando que, en el caso concreto, dicho atentado quedó demostrado.

Así mismo, encontró demostrada la responsabilidad penal del acusado, tanto por lo expuesto por la víctima, quien de forma pormenorizada dio cuenta del actuar de su compañero y padre de su hijo; los estados de alteración en los que incurría y los maltratos psicológicos al emitir hacia ella calificativos deshonrosos, lo que es corroborado por las demás testigos que declararon en juicio.

De manera que encontró reprochable el proceder de Ever Alonso cuando obligó a la víctima a desbloquear su teléfono celular con la finalidad de mirar lo que dentro de dicho dispositivo se hallaba, demostrando con ello un claro y evidente atentado contra la intimidad de la víctima. Por tanto, determinó que la prueba obrante cumple las condiciones de aptitud y suficiencia para emitir condena.

Advirtió que al momento del sentido del fallo el juez de la época indicó que en cuanto a las lesiones del menor dictaría

sentencia absolutoria toda vez se demostró que no hubo dolo de lesionarlo, en punto a que, en su sentir, el golpe o lesión que recibió fue accidental y no intencional, por lo que se emitiría sentencia absolutoria en cuanto a este hecho.

Con relación a la circunstancia de agravación contenida en el inciso 2 del artículo 229 del Código Penal, esto es, por la condición de mujer de la víctima, señaló que la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha decantado que esta circunstancia no opera automáticamente por el hecho objetivo de que la violencia recaiga sobre una víctima mujer, sino que, en cambio, debe examinarse con detalle que dicha agresión sea producto de una pauta cultural, responda a ideologías de violencia de género o sea producto de un contexto de violencia, para lo cual cita la providencia del 6 de mayo de 2020, radicado 50282, con ponencia del Magistrado Jaime Humberto Moreno Acero.

Juzgó que el maltrato físico y psicológico sufrido por la víctima no corresponde a un evento único, aislado o fortuito, sino a un patrón reiterado del agresor. Estimó que la víctima y el procesado pernoctaron en la residencia de este, tal como lo afirma tanto la denunciante como su señora madre y durante ese tiempo fueron repetidos los actos de maltrato por parte del acusado hacia la menor, pues su narración es clara en indicar que el agresor la obligaba a desbloquear su teléfono celular con el fin de verificar los archivos para posteriormente

arremeter contra ella, con la advertencia de que con esa no se quedaba y que se las iba a pagar.

Consideró que del testimonio rendido por la víctima y de la madre de esta, se concluye de manera objetiva la sujeción a un patrón de conducta de maltrato realizado de manera sistemática, con lo que claramente se encuentra demostrado la existencia de un contexto de discriminación, dominación o subyugación de la víctima por parte del procesado, porque no solamente la maltrataba física y psicológicamente con golpes e insultos, sino que llegó al extremo de obligarla a desbloquear su teléfono celular.

En consecuencia, condenó al procesado como autor del concurso de delitos de violencia intrafamiliar agravada por ser la víctima una mujer, imponiendo la pena de 7 años de prisión. Para determinar la sanción, al no deducirse circunstancias de mayor punibilidad el juez se movió dentro del cuarto mínimo, que estableció entre 6 a 8 años, optando por imponer la pena mínima de 6 años a la cual le incrementó un año más en razón del concurso, quedando en definitiva una sanción de 7 años de prisión, y por el mismo lapso se impuso la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

De otro lado, negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria por expresa prohibición legal, contenida en el inciso 2 del artículo 68A del Código Penal, cuando se trata de delitos como el que por ahora se procede.

4. LA SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

La sentencia fue apelada por la defensa con la pretensión de que se revoque la condena y, en su lugar, se absuelva al señor Ever Alonso Gómez Yepes, para lo cual alude a una imposibilidad legal de la existencia del delito y no haberse probado su comisión.

Considera que en este caso no se cumple con los requisitos para proferir un fallo condenatorio, conforme con lo estipulado en el artículo 381 del Código de Procedimiento penal, al no haberse demostrado, más allá de duda razonable, tanto la existencia del hecho como la responsabilidad del acusado. Al respecto indica que no amerita discusión alguna que entre el procesado y la afectada existió una relación que incluyó sucesivos y esporádicos encuentros sexuales al punto de que se llegó a procrear un hijo; sin embargo, alega que no está demostrado que para la época de los hechos la víctima fuere la compañera permanente del acusado.

Establece como premisa de su argumentación que un matrimonio es válido en Colombia si se contrae entre dos personas mayores de 18 años o con permiso expreso y por escrito de los padres cuando se trata de menores, según lo dispuesto en el artículo 42 de la Constitución Política sobre la definición de familia, que a su vez remite a los artículos 116 y 117 del Código Civil, de manera que como las pruebas muestran que dicha relación empezó desde que la joven tenía un poco más de 14 años hasta después de haber cumplido los

15 años, concluye que en este caso no existió una relación legítimamente constituida de modo que no se les puede reconocer el estatus de compañeros permanentes en tanto la legislación determina que los menores de edad no pueden contraer matrimonio válidamente sin la expresa autorización de sus padres, exigencia que se extiende a esa especial relación de pareja como se desprende del texto constitucional cuando se refiere a una “decisión libre” y a la “voluntad responsable”.

Advierte que, si bien por vías de hecho muchas personas pasan por alto estas exigencias, se trata de costumbres que no cuentan con amparo normativo, además que en este caso ni siquiera se probó de manera clara y fehaciente esa relación de pareja con ánimo de permanencia en el espacio y en el tiempo, menos con el deseo de conformar una familia, así se hubiere procreado un hijo.

Por tanto, estima que, si la menor ofendida no tenía legítimamente la capacidad legal ni la autorización de por lo menos su progenitora para decidir libre y responsablemente conformar una familia con el acusado, lejos estuvo de probarse el hecho delictivo, el que fue acusado por haberse ejecutado en la compañera permanente y no debido a la condición de padre y madre de hijo menor de edad como equivocadamente se dijo en el fallo impugnado, lo que de paso vulnera el principio de congruencia y, en consecuencia, debe ser revocada la condena para absolver al acusado.

Subsidiariamente, plantea que, en caso de no ser acogida la tesis anterior, se considere que tampoco se probó la conducta delictiva endilgada puesto que no se logró establecer que la relación entre víctima y victimario tuviese la categoría jurídica de familia, unidad doméstica o estructura familiar, conforme con lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C-368 de 2014 con relación a la afectación y desestabilización de la unidad y armonía familiar, como elemento integrante del tipo penal.

Sobre esto último agrega que los dichos de la víctima no son absolutamente congruentes, por cuanto al principio de su intervención en el juicio dijo que Ever Alonso hacía cuatro meses era su pareja, pero en el contrainterrogatorio enfatiza que, si bien fueron pareja para la época de los hechos, en realidad eran novios porque tenían una relación sentimental, no vivían bajo el mismo techo y ella iba a la casa de él por unos días. Circunstancias que fueron corroboradas por la madre de la afectada, la señora Marisela del Carmen Vásquez, y por la señora Cruz Margarita Vásquez Rivera, quien relató que vivieron bajo el mismo techo solo una o dos noches.

En síntesis, considera que la Fiscalía no demostró esa relación de pareja como una unidad familiar debidamente estructurada, fundamentada en el amor y con unos propósitos claros, fuertemente cimentados y definidos o siquiera al menos como embrionaria, y que lo único que se halló fue una inconfundible y tortuosa relación amorosa que incluía encuentros sexuales esporádicos, ocasionales, de fines de semana, sin ese claro propósito de conformar una relación de

pareja que familiar y socialmente pudiera reconocerse como de “compañeros permanentes”, pese a haber procreado un hijo, lo cual, de suyo, no le da los ribetes propios que se requieren para esta particular relación de pareja.

5. LAS CONSIDERACIONES

El Tribunal, ejerciendo su competencia y atendiendo a que el recurso de apelación fue oportuna y adecuadamente sustentado, sin que se observen motivos que invaliden la actuación procesal, resolverá de fondo sobre los aspectos impugnados que se contraen a que, por razones de derecho y probatorias, los protagonistas de los hechos no eran compañeros permanentes de modo que no se pudo probar la conducta delictiva atribuida en la acusación.

Atendiendo a que en esta sede se imparte justicia rogada, sin perjuicio de las potestades oficiosas de control de validez y legalidad de la condena impuesta, se excluye del examen de la segunda instancia la violencia ejercida en contra del hijo del justiciable que la primera instancia consideró culposa, a la vez que se nos releva de ingresar en el tema de la violencia que desplegó el acusado en contra de la considerada víctima, la que no es cuestionada en modo alguno.

Notoriamente desacertada es la tesis inicial del apelante según la cual, por no cumplirse la regulación prevista para la validez del matrimonio de una pareja en la que haya menores de edad, no pueden considerarse como compañeros permanentes cuando alguno de la pareja es menor.

Aunque el apelante no fundamenta por qué las exigencias de validez del matrimonio pueden ser trasladadas a la institución de la unión marital de hecho, lo que se encuentra es que la regulación de esta última lo que pretende precisamente es ser ajena al vínculo formal matrimonial, como se desprende de que el artículo 1° de la Ley 54 de 1990, disponga en lo pertinente:

"... se denomina Unión Marital de Hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular. Igualmente, y para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho." (subraya de la Sala)

De manera que resulta absurdo que la existencia de una figura jurídica que opera de facto o de hecho se condicione a la validez de otro instituto que no solo es distinto, sino que precisamente se pretende sea una regulación diferente. Dicho de otra manera, matrimonio y unión marital de hecho no solo son dos institutos jurídicos diferentes, sino que el último surge precisamente para los casos en que el primero no se da, o falla incluso en su validez, causa por la cual no pueden ni deben guardar analogía en su estructuración o conformación, así la puedan tener en sus efectos.

Entonces, al margen del acierto que contengan las reflexiones del apelante, no son trasladables a la configuración de una institución que surge de hecho; pero aún más, dejando de lado lo expuesto, sería incomprensible que bajo la excusa de que una relación no es válida, se le considere adicionalmente

inexistente para desproteger los efectos penales cuando la mujer es víctima de violencia por parte de su pareja. No prospera, por tanto, la pretensión de la defensa bajo esta línea de argumentación que surge como deleznable.

Otra cosa ocurre con lo relacionado a si probatoriamente se estableció la unión marital de hecho, aspecto en el cual la Sala le concede razón al impugnante, pues los testimonios de la víctima, su madre y su abuela, son coincidentes en que apenas eran novios. Se sabe, con base en estos mismos testimonios, que al respecto no ofrecen motivos de sospecha o incredulidad, que no había mediado mucho trato cuando resultó en embarazo la menor, hasta el punto de que cumplió sus 15 años en ese estado; que el justiciable dijo responder por el hijo y, ocasionalmente, la menor se quedaba a dormir en la casa del acusado, momentos dentro de los cuales están los atribuidos como episodios de violencia intrafamiliar.

En la providencia SP19806-2017 (radicación 44.758), la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia advirtió sobre este punto: *"Ahora bien, para que sea reconocida la existencia de la unión marital de hecho y de la sociedad patrimonial, se requiere de la plena demostración de sus presupuestos objetivos, como la «comunidad de vida estable y permanente plasmada en las relaciones sexuales, ayuda, socorro mutuo y affectio marital, [que] genera efectos para los compañeros permanentes proyectados en derechos y obligaciones análogos a los del matrimonio, en su situación individual, familiar y estado civil»."*

Concedida la razón en este aspecto al impugnante, pues ciertamente no solo no se estableció esa comunidad de vida, sino que, por el contrario, se demostró que no se había avanzado en la relación hasta ese estado, surge el problema de si al fallar la condición atribuida para activar la configuración del delito de violencia intrafamiliar cabe considerar circunstancias probadas que eventualmente darían cuenta de otras condiciones que también lo producirían; tema frente al cual se contesta que si dichas circunstancias a la vez no están contenidas en el traslado de la acusación —que en este caso recoge tanto el juicio de imputación como de acusación— no será posible considerarlas.

Para la ilustración del punto, el Tribunal seguirá un precedente de esta misma Corporación sobre este tema y hará las reflexiones que sean del caso para fijar un marco teórico de regulación del asunto. Veamos:

“1. Como delito contra La Familia, el artículo 229 del Código Penal (modificado y adicionado por la Ley 1959 de 2019) previó que la violencia intrafamiliar podía ocurrir en dos escenarios: el primero al interior del núcleo familiar (inciso primero) y el segundo por personas que no hacen parte de este (parágrafo primero), en los siguientes eventos:

“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”:

- a) Los cónyuges o compañeros permanentes, aunque se hubieren separado o divorciado.
- 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.

c) Quien, no siendo miembro del núcleo familiar, sea encargado del cuidado de uno o varios miembros de una familia en su domicilio, residencia o cualquier lugar en el que se realice la conducta.

d) Las personas con las que se sostienen o hayan sostenido relaciones extramatrimoniales de carácter permanente que se caractericen por una clara e inequívoca vocación de estabilidad.

(...)

Precisamente se discute si se trató de una violencia al interior o por fuera del núcleo familiar. La Juez apreció que *“desde el año 2018 entre víctima y procesado existía una relación afectiva que bien puede calificarse como noviazgo o algo similar, compañero sentimental, pero no puede derivarse de ahí un concepto de núcleo familiar. Fue clara la prueba en determinar que convivencia como tal bajo el mismo techo, en condiciones de pareja, apenas fue de tres meses en esos años de relación sentimental”*. La apelante cuestionó el desconocimiento o indebida interpretación de la Ley 1959 de 2019 en que incurrió la Juez, que amplió su comisión por fuera de ese escenario y demanda una condena acorde con los literales a) y c) de la citada norma. Y la defensa, como no recurrente, enfatizó en la arista de ausencia de lesividad

Para definir la controversia inicialmente debemos examinar los términos expuestos en el escrito de acusación en cuanto a la imputación fáctica y jurídica, que como se sabe es esencial para el debido proceso en tanto que otorga vigencia a los principios de congruencia y derecho de defensa, esenciales en el sistema procesal que nos rige. Recuérdese que la congruencia que debe caracterizar la sentencia, se predica con la acusación y no con otros actos como la teoría del caso o alegatos finales.

La Sala Penal de la Corte (sentencia, SP-4012021-55833, 17/02/2021) reiteró que:

La congruencia constituye una garantía para el acusado que únicamente puede ser declarado penalmente responsable por los hechos atribuidos en la acusación. En tal sentido, se trata de la correlación que debe existir entre la conducta por la cual una persona es acusada y la decisión definitiva sobre su responsabilidad, indicó la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. De igual forma precisó que la acusación legalmente formulada se torna absoluta e intangible en cuanto a sus componentes personal y fáctico, esto es, que no puede variarse, modificarse o alterarse. Pero la congruencia jurídica es relativa, en tanto el juez se encuentra facultado para condenar de manera atenuada o por un delito distinto, siempre que no agrave la situación del procesado y no afecte el núcleo fáctico de la imputación. Lo anterior exige que en la acusación, la cual le corresponde exclusivamente a la Fiscalía General de la Nación acorde con el artículo 250 de la Constitución, se exprese la determinación fáctica y jurídica de la conducta penalmente relevante, señalándose en forma clara, precisa y comprensible los elementos que estructuran el tipo penal, además de las circunstancias específicas de mayor gravedad y/o las que tienen incidencia en la dosificación punitiva.

En esta arista procesal, es incuestionable que la acusación contiene indebidas indeterminaciones, ajenas a la claridad y precisión que debe comportar este acto.

En el escrito (sin modificación por parte de la fiscal en la audiencia concentrada), indicó la fiscal:

TIPIFICACION DE LA CONDUCTA: Por contar con elementos materiales con vocación probatoria que indican con probabilidad de verdad la existencia de la conducta y su responsabilidad, esta delegada da traslado del escrito de acusación de conformidad con la Ley 1826 de 2017 y 1959 de 2019 que será radicada ante Juez de conocimiento en donde se acusa a ELKIN ARLEY CARDONA GÓMEZ como probable autor de la conducta punible descrita y sancionada en el C.P. LIBRO II TITULO VI, CAPTITULO PRIMERO, en el artículo 229 MODIFICADO POR LA LEY 882 DE 2004 ART. 1 Y POR LA LEY 1142 DE 2007 ART. 33 y finalmente también modificado por la ley 1959 de 2019 denominado VIOLENCIA INTRAFAMILIAR AGRAVADA que establece “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 4 a 8 años. La cual se agrava y la pena se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes, toda vez que este caso por tratarse de violencia contra la mujer de prisión. Igualmente se aumentará hasta en otro tanto por tratarse de un concurso sucesivo y homogéneo de conductas de conformidad con el art. 31 del C.P.

Al seleccionar la tipicidad la fiscal atribuyó el primer inciso del artículo 229 que alude al maltrato físico y psicológico que se presenta respecto “a cualquier miembro de su núcleo familiar” y no avanzó hacia la imputación clara y precisa de cualquiera de las otras cuatro hipótesis previstas en el párrafo, como pretende ahora la apelante. La trascendencia de la ausencia de concreción acerca de la definición de a cuál de las conductas específicas se amplía la pena, se evidencia al denotar que le otorgan al Juez la indebida tarea de salir en búsqueda de cualquiera de las conductas que fuera demostrado; asume por este rol el papel de acusador y no de tercero imparcial. Si hay una tipicidad principal y otras adicionales que extienden la cobertura sancionatoria, la fiscal debió especificar cuál de ellas imputará y pretenderá condena.

Entonces, se advierte como primera conclusión que el delito atribuido al acusado de realizar la conducta prevista en el primer inciso del artículo 229, no se probó.” (M.P. Dr. JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ Rd: Acusatorio ordinario: 2020-54850)

Según la tesis de esta doctrina, que vincula horizontalmente a dos integrantes de esta Sala, al juez le está vedado diseñar a posteriori, con las pruebas practicadas y según su propia valoración de manera sobresegura y con merma de contradicción de la defensa, la causal que opera para la configuración típica de la violencia intrafamiliar.

Acogido este marco teórico, se deberán examinar los términos del traslado de la acusación en los dos eventos atribuidos al procesado, de modo que se establezca si, además de atribuir la condición de ser compañeros permanentes, se atribuyó de modo concurrente otra causa que sirviera de base a su pretensión de que se condene por violencia intrafamiliar.

Nótese que no se trataría de validar una atribución alternativa en la acusación, que la Sala de Casación Penal de la Corte, considera inadmisibles, como se desprende de la siguiente cita:

“6.2.3.4. La Fiscalía no puede imputar cargos alternativos

Por cargos alternativos debe entenderse la coexistencia de hipótesis diferentes frente a unos mismos hechos, como cuando, por ejemplo, se plantea que un determinado apoderamiento de dinero constituye hurto o estafa; que un puntual abuso sexual consistió en acceso carnal o en actos diversos del mismo; que un homicidio se cometió por piedad o para obtener tempranamente una herencia, etcétera. Es, por tanto, un fenómeno sustancialmente diferente de la imputación de concursos de conductas punibles, pues lo que denota es que la Fiscalía está dubitativa o no ha logrado estructurar la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes

Presentar hipótesis factuales alternativas resulta abiertamente contrario a los fines de la imputación, toda vez que: (i) el procesado no tendría claridad sobre los hechos frente a los cuales ejercerá su defensa; (ii) si el procesado decide allanarse a la imputación, no existiría certidumbre sobre los cargos frente a los cuales opera esa manifestación de la voluntad; (iii) en casos de allanamiento a cargos o acuerdos, el juez no tendría elementos suficientes para decidir acerca de los hechos que puede incluir en la sentencia; y (iv) no estarían claras las bases del debate sobre la procedencia de la medida de aseguramiento. (Sentencia SP2042-2019 del 5 de junio de

2019, Radicación n° 51007, M.P. Dra. Patricia Salazar Cuellar)

Así, lo que procederemos a establecer es si la Fiscalía, como causa de su pretensión, no solo incluyó la condición de ser compañeros permanentes, sino cualquier otra que autónomamente permita la configuración del delito, siempre y cuando dicha atribución no implique la disminución de posibilidades de contradicción a la contraparte.

En efecto, la Fiscalía para formular los cargos debería conocer plenamente los hechos relevantes que permiten la configuración del delito, de modo que cualquier desconocimiento de lo que su prueba informará al proceso le es atribuible como incuria, causa por la cual no podrá sacar provecho de no haber realizado una adecuada investigación y evaluación de la evidencia e información obtenida, sobre todo, si de ese modo se le merman derechos de la defensa.

Pues bien, puestos en esta labor se tiene que para el evento de violencia entre la pareja atribuido como realizado el 11 de abril de 2020, se fundamentó la configuración del delito con base en que eran compañeros permanentes, aunque se alude a que la joven había informado que conoce al acusado desde hace un año y tenían una relación desde hace 10 meses con un embarazo de 8 meses.

Pero esa circunstancia fáctica no se condujo a atribuirle como el que ambos fuesen padres de familia, lo que además no sería cierto para ese momento en que no habría nacido el hijo;

ni tampoco se atribuyó que fuesen novios, pues para esto se demanda el correlato fáctico que dé cuenta de la descripción que hace la ley en los siguientes términos: *“Las personas con las que se sostienen o hayan sostenido relaciones extramatrimoniales de carácter permanente que se caractericen por una clara e inequívoca vocación de estabilidad”*. Para deducir esta condición de la tipicidad debería mediar una clara atribución del correlato fáctico en el que se explique como dato en qué ha consistido la permanencia de las relaciones extramatrimoniales y también en qué factores se logra observar la clara e inequívoca estabilidad de la relación.

Entonces, como la Fiscalía en este primer evento solo consideró la condición de ser compañeros permanentes, atribución que no resultó cierta, habrá de concluirse que la hipótesis demostrada no encaja en la atribuida por la Fiscalía, lo cual será causa suficiente para anunciar la absolución por este evento. En otras palabras, la Fiscalía demostró un hecho de violencia que no configura violencia intrafamiliar y si bien podría degradarse la conducta a lesiones personales, por ser la incapacidad médico legal de apenas 5 días, debió tratarse el asunto como un delito querellable y agotar los requisitos de procesabilidad y procedibilidad, para proceder por el mismo, lo que no vemos agotado.

Pero otra cosa ocurre con el episodio ocurrido el 26 de agosto de 2020, puesto que en este caso, además de atribuirse la calidad de compañero permanente del acusado con Deysi David Vásquez, se atribuyó el haber golpeado al bebé, hijo del procesado, y por la minoría de edad de aquel se desprende,

además de lo acusado en la otra causa, que se trata del hijo común, motivo por el cual en este evento concurren dos condiciones que autónomamente permiten configurar el delito de violencia intrafamiliar, la unión marital de hecho y la condición de ser padres de familia.

Entonces, según lo que venimos hablando, falló la primera condición pero se demostró la segunda que también consta en la acusación e imputación en tanto el traslado hace las veces de estos dos actos procesales, de modo que, a juicio de la Sala, mantener la condena por los hechos ocurridos el 26 de agosto de 2020, no constituye vulneración del principio de congruencia, ni se afecta el principio acusatorio en tanto el cargo fue atribuido y ninguna afectación al debido proceso se encuentra en que concurriera su atribución con la condición de compañeros permanentes.

Aunque la defensa alega que solo se atribuyó que los cargos fueron por el apartado a) del artículo 229 del Código Penal y no del literal b), lo cierto es que la Sala estima lo contrario, pues además de que la Fiscalía omitió hacer ese encasillamiento, lo cierto es que fácticamente atribuyó las dos circunstancias que en el caso no son incompatibles y pueden concurrir sin que se afecte el debido proceso como sería que, por discutir una de dichas hipótesis, se reafirmará la otra.

En efecto, en el traslado del escrito de acusación se dice: *“El señor EVER ALONSO GOMEZ YEPEZ, maltrató físicamente a su compañera permanente e hijo, conocía que estaba maltratando a dos miembros de su núcleo familiar, sin justa causa...”*

también se especifica que el niño se llama Naismith Gómez David, que tiene 96 días de nacido, y en la otra acusación quedaba claro que esta pareja desde abril del año 2020 llevaban 10 meses de relación, de los cuales tenía 8 meses de embarazo, circunstancia que impide que surja cualquier ambigüedad sobre si cuando se dice “e hijo” se refiera a un hijo exclusivamente de la joven.

En consecuencia, juzga la Sala que la condena puede mantenerse por la comisión de este delito, pues el soporte probatorio referido a la violencia desplegada no fue objeto de impugnación y ciertamente se observa prueba de la cual se obtiene el conocimiento indubitable de que se desplegó violencia en contra de Deisy David Vásquez.

Además de la estipulación sobre la consulta por trauma nasal efectuada el 28 de agosto de 2020, se tiene que la propia víctima da cuenta del suceso e igualmente su señora madre, Marisela Del Carmen Vásquez, quien manifiesta que en la agresión cometida el 26 de agosto de ese año el acusado le quebró el tabique, agresión que fue corroborada con el testimonio de la abuela de la víctima, Sra. Cruz Margarita Vásquez Rivera, y que la perito de medicina legal, Catalina Sofía Vallejo, en su testimonio, ubica apenas como edema y equimosis en el dorso nasal que generó una incapacidad de 15 días.

En suma, revisados los motivos de impugnación y verificada la corrección de la condena solo por un delito, se ajustará la pena al mínimo de 6 años de prisión, puesto que la

agravante se conserva por la doble atribución de recaer la acción sobre una menor y ser mujer, última condición que puede soportarse no solo en los celos que originaron el altercado, lo cual es una reacción humana que no necesariamente se ubica en la superioridad masculina sobre la mujer y en general en la discriminación de género, sino especialmente por el afán de tener acceso al teléfono móvil de la víctima, como una muestra de dominio, control y sometimiento.

No obstante, para efectos de otorgar la libertad condicional, el Tribunal, actuando como juez de conocimiento, considera que la conducta no reviste mayor gravedad y no será impediente para otorgar el subrogado, de cumplirse con los demás presupuestos de ley.

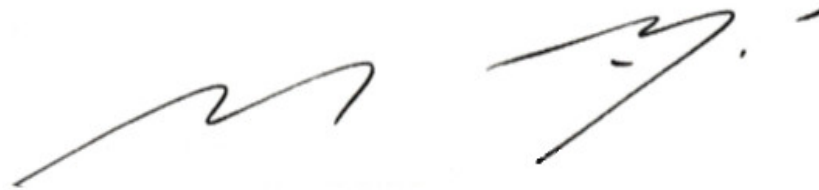
En mérito de lo expuesto, el Tribunal del Distrito Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Confirmar parcialmente la sentencia objeto de recurso, pero revocarla en cuanto condena por un concurso y, en su lugar, absolver al señor Ever Alonso Gómez Yepes por la violencia intrafamiliar atribuida como realizada el 11 de abril de 2020. En consecuencia, se modifica la pena que deberá descontar el procesado para fijarla en setenta y dos (72) meses de prisión, lapso al cual se reduce la inhabilitación para el

ejercicio de derechos y funciones públicas. En lo restante rige el fallo recurrido.

Esta providencia queda notificada en estrado al momento de su lectura y contra ella procede el recurso de casación, el que se podrá interponer dentro de los cinco (5) días siguientes, luego de lo cual se deberá presentar la respectiva demanda ante este Tribunal dentro del término común de treinta (30) días.



MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS
MAGISTRADO



PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN
MAGISTRADO



GABRIEL FERNANDO ROLDÁN RESTREPO
MAGISTRADO