El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

**TEMAS: VIOLENCIA INTRAFAMILIAR / NULIDAD PROCESAL / VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO POR USO INDEBIDO POR PARTE DEL JUEZ DE LA FACULTAD DE INTERROGAR A LOS TESTIGOS / NO SE PRESENTÓ EN ESTE CASO / ELEMENTOS DEL DELITO INVESTIGADO / SITUACIÓN DE MARGINALIDAD DE LA PROCESADA / CARGA PROBATORIA / RELACIÓN CAUSAL ENTRE DICHA CONDICIÓN Y EL HECHO PUNIBLE.**

… en punto de la intervención excepcional del juez al efectuar preguntas complementarias en desarrollo del juicio oral, la jurisprudencia ha plasmado lo siguiente:

“[…] tal prerrogativa debe ser limitada a fin de que el juicio no adquiera un cariz inquisitivo: “la regla es que el juez debe mantenerse equidistante y ecuánime frente al desarrollo de la declaración, en actitud atenta para captar lo expuesto por el testigo y las singularidades a que se refiere el artículo 404 de la Ley 906 de 2004, interviniendo sólo para controlar la legalidad y lealtad de las preguntas, así como la claridad y precisión de las respuestas […]”.

Surge de lo anterior, que el juez no puede sustituir a las partes, ni mucho menos apoyar a alguna de ellas en su teoría del caso…

… al revisar con detenimiento la actuación que en desarrollo del juicio oral adelantó la a quo, en especial durante las preguntas complementarias que efectuó a la señora Dory Luz Higuita, observa la Colegiatura que en momento alguno se advierte que con ello se haya afectado la igualdad de oportunidades que tenía la señora JMHT frente a la Fiscalía, ni mucho menos que con un tal proceder se hubiere privilegiado al órgano persecutor. (…)

… el cargo formulado contra la judicializada tanto en la imputación como en la acusación fue el de autora en el punible de violencia intrafamiliar consagrado en el artículo 229 C.P. que señala:

“[…] El que maltrate física o sicológicamente 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, una mujer…

De acuerdo con lo establecido en el artículo 2º de la Ley 294/96 que desarrolló el artículo 42 Superior, se consideran como integrantes de la familia: (i) los cónyuges o compañeros permanentes; (ii) el padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar; (iii) los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos; y (iv) todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integradas a la unidad doméstica. (…)

Reclamó de manera supletoria el letrado… se tuviera en cuenta su situación de marginalidad, en tanto la misma con antelación a los hechos permanecía en la calle y no contaba con permiso para ingresar a la vivienda de su señora madre en donde también permanecía su hija menor de edad.

Lo que sobre el particular debe asegurar la Corporación, es que en principio no se cuenta con prueba al menos directa en relación con ese estado de marginalidad al cual se hace alusión en el recurso, básicamente porque se sabe que la aquí acusada tuvo dificultades al parecer con la drogadicción y ello dio lugar a que no pudiera seguir ejerciendo la custodia de su hija lo mismo que no poder permanecer en esa casa de habitación; empero, ningún medio probatorio se allegó a efectos de establecer que una tal dependencia a los tóxicos fuera real.

No obstante lo anterior, la Sala podría tener por establecida una condición personal degradante en la persona de la procesada… Pero ocurre, que para dar aplicación a la diminuente, no solo se debe demostrar fehacientemente dicha condición de marginalidad, ignorancia o pobreza extrema, sino que, según lo manda el dispositivo 56 C.P., se requiere establecer la relación causal entre dicha condición desfavorable y el punible que se juzga.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**PEREIRA-RISARALDA**

**RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

Magistrado Ponente

 **JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Pereira, dos (02) de diciembre de dos mil diecinueve (2019)

 ACTA DE APROBACIÓN N° 1088

 SEGUNDA INSTANCIA

|  |  |
| --- | --- |
| Fecha y hora de lectura:  | Diciembre 03 de 2019. 9:00 a.m. |
| Imputado:  | JMHT |
| Cédula de ciudadanía: | 1`088.002.448 expedida en Dosquebradas (Rda.) |
| Delito: | Violencia intrafamiliar |
| Víctima: | Dory Luz Higuita Taborda |
| Procedencia: | Juzgado Primero Penal Municipal con función de conocimiento de Dosquebradas (Rda.) |
| Asunto: | Decide apelación interpuesta por la defensa contra la sentencia condenatoria de marzo 11 de 2016. SE CONFIRMA. |

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira pronuncia la sentencia en los siguientes términos:

1.- hechos Y precedentes

La situación fáctica jurídicamente relevante y la actuación procesal esencial para la decisión a tomar, se pueden sintetizar así:

1.1.- De la información contenida en el fallo objeto de cuestionamiento, se desprende que los hechos tuvieron ocurrencia en febrero 26 de 2015, a las 17:50 horas, en la residencia ubicada en la manzana 2, frente a la casa 7, vía pública del barrio Saturno de Dosquebradas (Rda.), cuando fue capturada la señora JMHT luego de haber agredido a su señora madre DORY LUZ HIGUITA TABORDA en presencia de su nieta de 4 años.

1.2.- Por ese acontecer fáctico y habiéndose aprehendido en situación de flagrancia la aquí comprometida, se realizaron las audiencias preliminares (febrero 27 de 2015) ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con función de control de garantías de Dosquebradas (Rda.), por medio de las cuales: (i) se legalizó su captura; (ii) se le formuló imputación como autora del punible de violencia intrafamiliar -inc. 2º art. 229 C.P.-, cargo que NO ACEPTÓ; y (iii) se le impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario.

1.3.- Ante esa no aceptación de cargos, la Fiscalía radicó escrito de acusación (abril 10 de 2015) el cual le fue asignado al Juzgado Primero Penal Municipal de Dosquebradas (Rda.), autoridad ante la cual se llevaron a cabo las audiencias de formulación de acusación (abril 28 de 2015), preparatoria (junio 18 de 2015), y juicio oral (agosto 19 de 2015), al cabo del cual se emitió un sentido de fallo de carácter condenatorio y se procedió a dar lectura a la sentencia en marzo 11 de 2016, por medio de la cual: (i) se declaró responsable a JMHT por el delito de violencia intrafamiliar; (ii) se le impuso sanción privativa de la libertad equivalente a 72 meses de prisión e inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso igual a la pena principal; y (iii) se le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena, lo mismo que la prisión domiciliaria.

Los fundamentos que tuvo en consideración la funcionaria de primera sede para llegar a tal conclusión, los hizo consistir en lo siguiente:

Con lo arrimado a juicio se demostró la materialidad de la ilicitud, amén de haberse acreditado el parentesco existente entre la señora JMHT y su señora madre DORY LUZ HIGUITA TABORDA, lo mismo que las lesiones que esta última sufrió en febrero 26 de 2015 en el interior de su vivienda.

Respecto a la responsabilidad, estimó que la conducta era típica, antijurídica y culpable, sin quedar duda alguna que la aquí procesada agredió a su progenitora, a quien le ocasionó una lesión que se soportó con la valoración médica.

Acorde con lo planteado por la defensa, debe obrar congruencia entre lo que se imputa, se acusa y por lo que se condena, y luego de realizar la disertación pertinente para dilucidar si la acusada fue responsable del delito de violencia intrafamiliar o de hurto, consideró que de conformidad con las pruebas arrimadas ella incurrió en un concurso heterogéneo de esas conductas, y que la agresión estuvo originada en la necesidad de consumar el punible contra el patrimonio económico. No obstante, a pesar de tenerse clara tal situación, la misma no podía ser condenada por el delito de hurto, en tanto la Fiscalía nada peticionó sobre ese particular injusto y solo pidió sentencia por violencia intrafamiliar, a consecuencia de lo cual la condena debía limitarse al delito contra la unidad familiar con miras a evitar la vulneración del principio de congruencia.

1.4.- El defensor de la procesada no estuvo de acuerdo con esa determinación y la impugnó, motivo por el cual una vez sustentó por escrito el recurso, la actuación se remitió a esta Corporación para desatar la alzada.

2. DEBATE

**2.1-** Defensa -recurrente-

El letrado pide en su recurso que: (i) se absuelva a su prohijada; o (ii) se declare la nulidad del juicio por vulneración al debido proceso; o, en caso de confirmarse la condena (iii) se tenga en cuenta la circunstancia de marginalidad para la correspondiente redosificación punitiva. Para tales efectos argumentó:

Frente a la nulidad deprecada, considera que en este asunto la a quo vulneró el principio de imparcialidad, por cuanto interrogó de manera extensa y exhaustiva a su protegida, sin atender los reclamos que realizó en ese sentido no obstante que una tal intervención es excepcionalísima, e incluso, por el contrario, con más ahínco efectuó esa labor de interrogar abiertamente a la testigo, con lo que desequilibró la balanza de la justicia a favor de la Fiscalía, además de desconocer las técnicas del interrogatorio. Soporta su petición de nulidad en decisión emitida por esta misma Sala, así como lo referido por la Corte Constitucional en Sentencia C-144/10.

Adicionalmente, estima que si el acto de formulación de acusación es complejo, en el mismo dejó expresa constancia que lo fáctico estaba incompleto, se mutiló al existir unos momentos anteriores y otros posteriores, lo que se avala con la declaración de la víctima y quienes capturaron a la procesada. Y si bien de los hechos plasmados en el escrito acusatorio se configuraría la violencia intrafamiliar, al descubrir los elementos de prueba se advierte que el móvil de la agresión fue la intromisión clandestina de **JMHT** a la vivienda de su señora madre, como quiera que no tenía autorización para ingresar allí desde hacía ya varios años, lo cual hizo con el propósito de apoderarse de unos bienes, mismos que ya tenía empacados, pero sin que de ello nada refiriera la Fiscalía en la acusación.

Así las cosas, es del criterio que no por el hecho de haber causado su defendida lesiones a su señora madre, lo cual acepta, correspondería a una violencia intrafamiliar, pues ello sucedió en un contexto distinto, y no como fragmentariamente lo señaló la Fiscalía.

No es verdad que la defensa admita, como lo asegura el fallo, que la conducta por la cual se condenó a su defendida haya sido originada en la necesidad de consumar el hurto, toda vez que en sus argumentos explicó que el motivo de la presencia de su cliente en dicha residencia, frente a lo cual no se opone, era hurtar unos elementos, tal cual así se acreditó y a raíz de ello se produjo la riña. Lo que considera es que debió ser juzgada por el comportamiento de hurto que dio lugar posteriormente a la agresión, y no por la violencia intrafamiliar. En esas condiciones, al haberse vulnerado el principio de congruencia lo que corresponde ahora es la absolución.

En último término, al demostrarse que para la fecha de los hechos **JMHT** era habitante de calle sin autorización para ingresar a la vivienda de su señora madre, amén de su condición de adicta a sustancias alucinógenas, y tratarse de un hecho notorio como se demostró en juicio, en el evento que su pretensión no prospere se le debe reconocer tal condición de marginalidad, la cual influye en la dosificación punitiva.

**2.2-** Fiscal -no recurrente-

Pide se confirme el fallo de condena emitido y para ello sostuvo:

Las pruebas arrimadas por la Fiscalía confirman la teoría del caso, y la funcionaria de primer nivel las valoró de manera integral ya que no dejan duda alguna acerca de la materialidad del ilícito de violencia intrafamiliar, conducta frente a la cual casi no se presentan testigos externos, en tanto todo ocurre en el interior de los hogares, y los únicos que pueden declarar con objetividad son las víctimas o sus allegados. En esos términos, no está dentro de lo común que una víctima de este tipo de conductas vaya a inventarse una agresión física o verbal para causar daño indebido a un consanguíneo por venganza, amén de las consecuencias penales que ello acarrea.

Insiste en que el ilícito que acá se consumó fue el de violencia intrafamiliar, y no una tentativa de hurto calificado como lo pregona la defensa, ya que este comportamiento contra el patrimonio económico no se verificó, como quiera que la señora **JMHT** al parecer quiso sustraerse por la fuerza algunas pertenencias de su propiedad y nadie puede hurtar lo que es suyo. No obstante, de haberse dado una tal ilicitud, lo que eventualmente se presentaría sería un concurso heterogéneo de conductas punibles. Así que por parte alguna se avizora la posibilidad de fallo absolutorio en los términos en que lo reclama la defensa.

3.- Para resolver, se considera

**3.1.- Competencia**

La tiene esta Colegiatura de conformidad con los factores objetivo, territorial y funcional a voces de los artículos 20, 34.1 y 179 de la Ley 906/04 -modificado este último por el artículo 91 de la Ley 1395/10-, al haber sido oportunamente interpuesta y debidamente sustentada una apelación contra providencia susceptible de ese recurso y por una parte habilitada para hacerlo -en nuestro caso la defensa.

**3.2.-** **Problema jurídico planteado**

Corresponde al Tribunal establecer, en primer término, si hay lugar a decretar la nulidad de lo actuado por violación al debido proceso, como lo pide el abogado recurrente. En caso de no prosperar esa pretensión, la Sala se ocupará de determinar si la sentencia de condena está acorde con el material probatorio analizado en su conjunto, en cuyo caso se dispondrá la confirmación, o de lo contrario, se procederá a su revocatoria para proferir en reemplazo un fallo de carácter absolutorio como lo solicita la parte recurrente. Así mismo, de confirmarse el fallo, se verificará si la procesada se hace acreedora a una reducción de pena por su condición de marginalidad.

**3.3.- Solución a la controversia**

Con antelación a estudiar el fondo del asunto y como quiera que una de las pretensiones del apoderado recurrente hace alusión a la nulidad de lo actuado -en la audiencia del juicio oral-, por cuanto en su sentir la funcionaria de primer nivel se desbordó en los interrogatorios efectuados a la víctima en este asunto, deberá la Sala analizar en primer lugar tal circunstancia, en tanto de resultar favorable lo pedido se relevaría la Corporación de estudiar lo referente a la responsabilidad que según se afirma le atañe a la acusada.

 - *La solicitud de nulidad*

Expresa el abogado recurrente que la funcionaria judicial se desbordó indebidamente al momento de proceder a efectuar preguntas complementarias a la señora DORY LUZ HIGUITA TABORDA -madre de la acusada quien obra en condición de denunciante-, no obstante que tanto fiscal como defensor habían hecho del interrogatorio y contrainterrogatorio, y con ello inclinó la balanza de la justicia a favor del ente acusador, pese a la situación excepcionalísima que para ello le confiere el canon 397 C.P.P., a consecuencia de lo cual, a su entender, se vulneró el principio de imparcialidad y de contera el debido proceso, lo que en su sentir es una circunstancia generadora de nulidad de lo actuado.

Debemos empezar por señalar, que la imparcialidad del funcionario judicial debe mantenerse a toda costa en el diligenciamiento, con miras a que proceda a establecer la verdad de lo sucedido con total objetividad. Y tal imparcialidad, está correlacionada con el principio de igualdad de armas, bajo el entendido que toda persona que se encuentre comprometida en un hecho delictivo, tiene derecho a contar con los medios adecuados para contrarrestar las pruebas presentadas por la contraparte, en circunstancias de similar capacidad demostrativa. Al respecto la Sala de Casación Penal en CSJ SP, 23 mar. 2011, rad. 34412, indicó:

“Un plano de igualdad para el adecuado desempeño del rol que a cada una le compete observar sólo se logra si se les brinda las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación.

El principio de igualdad de armas se dinamiza en dos direcciones complementarias: de un extremo, se traduce en que los contendores en el proceso deben contar con las mismas oportunidades para participar en el debate; y de otro, en términos probatorios, aquella regla implica la necesidad de que la defensa y la Fiscalía tengan acceso al mismo material de evidencia requerido para sustentar y enfrentar su teoría del caso (acto propio y obligatorio para el acusador, no así en lo que respecta al defensor para quien es potestativo) en el debate que tendrá lugar en el juicio.

Respecto de la actividad probatoria orientada a la fijación de las circunstancias fácticas relevantes que serán llevadas al conocimiento del funcionario encargado de dirimir la controversia, la doctrina puntualiza que “…el derecho a la libertad de armas tiene por objeto impedir una situación de privilegio o supremacía de una de las partes, garantizando así la igualdad efectiva de las posibilidades y cargas del actor y el demandado en la alegación y prueba de los hechos controvertidos para lograr la plenitud del resultado probatorio…”, luego la incolumidad de ese axioma impide “…privar de trámites determinados en las normas rituarias de alegación o contradicción a una de las partes, o crear obstáculos que dificulten gravemente la situación de una parte respecto de la otra” [[1]](#footnote-1).

Y en lo relativo a la facultad que tiene el juez para intervenir de manera excepcional en el interrogatorio, conforme el canon 397 CPP, para hacer preguntas complementarias -las que igualmente se extienden al Delegado de la Procuraduría- una vez finalizados los interrogatorios de las partes, la Alta Corporación también ha señalado que las mismas: “están orientadas a perfeccionar o complementar el núcleo fáctico introducido por aquellas a través de los respectivos interrogantes formulados al testigo, es decir, que si las partes no construyen esa base que el juez, si la observa deficiente, puede completar, no le corresponde a éste a su libre arbitrio y sin restricciones confeccionar su propio caudal fáctico” [[2]](#footnote-2)

Así mismo, en punto de la intervención excepcional del juez al efectuar preguntas complementarias en desarrollo del juicio oral, la jurisprudencia ha plasmado lo siguiente:

“[…] tal prerrogativa debe ser limitada a fin de que el juicio no adquiera un cariz inquisitivo: “la regla es que el juez debe mantenerse equidistante y ecuánime frente al desarrollo de la declaración, en actitud atenta para captar lo expuesto por el testigo y las singularidades a que se refiere el artículo 404 de la Ley 906 de 2004, interviniendo sólo para controlar la legalidad y lealtad de las preguntas, así como la claridad y precisión de las respuestas […]” [[3]](#footnote-3).

Surge de lo anterior, que el juez no puede sustituir a las partes, ni mucho menos apoyar a alguna de ellas en su teoría del caso, en tanto el ejercicio de la acción penal le compete a la Fiscalía, y a la defensa le corresponde la correlativa labor de contrarrestar la acusación que el Estado le efectúa a su defendido, siendo por tanto estos los encargados de hacer llegar al juez imparcialidad, ajeno a los hechos y a las partes, los elementos de prueba que le permitan adoptar una decisión en el asunto en conflicto.

En el presente caso, considera el defensor que la juzgadora desbordó tal facultad y procedió a interrogar a la víctima, incluso en un número similar de preguntas a las realizadas por Fiscalía y Defensa en el interrogatorio y contrainterrogatorio, en las que auscultó situaciones ya preguntadas y en un claro desconocimiento de las técnicas que rigen el interrogatorio excepcional del juez y del Ministerio Público.

Pues bien, al revisar con detenimiento la actuación que en desarrollo del juicio oral adelantó la a quo, en especial durante las preguntas complementarias que efectuó a la señora DORY LUZ HIGUITA, observa la Colegiatura que en momento alguno se advierte que con ello se haya afectado la igualdad de oportunidades que tenía la señora **JMHT** frente a la Fiscalía, ni mucho menos que con un tal proceder se hubiere privilegiado al órgano persecutor.

A diferencia del caso analizado por esta misma Sala en decisión a la cual hizo referencia la parte recurrente[[4]](#footnote-4), en la que se ordenó la nulidad por violación al principio de imparcialidad, en esta ocasión las preguntas que realizó la a quo no se extendieron más allá del núcleo esencial de lo declarado por la señora DORY LUZ HIGUITA a raíz del interrogatorio y contrainterrogatorio propuestos por las partes. Significa lo anterior, que en el interrogatorio complementario que hizo la funcionaria no se trataron temas distintos a los ya encausados tanto por la Fiscalía como por Defensa.

Véase: (i) le preguntó a la testigo si le tenía prohibida la entrada a la casa a su hija, y si para la fecha del hecho le autorizó el ingreso, situación que partió precisamente de algunos de los cuestionamientos que al respecto efectuó la defensa en el contrainterrogatorio; (ii) la indagó acerca de lo sucedido en el interior de la vivienda, a lo cual respondió la afectada para dar más claridad sobre algo que constituía la esencia misma del episodio; y (iii) la víctima le indicó a la falladora en qué consistieron las lesiones -sobre las cuales incluso ya habían declarado los profesionales en la salud que la atendieron-, y enfatizó que pidió ayuda a la policía a raíz de los golpes que sufrió, mas no de un posible hurto acerca de lo cual ya había indagado a profundidad el abogado en el contrainterrogatorio, amén que su teoría consistía precisamente en la comisión de un delito de tal naturaleza a cambio de una violencia intrafamiliar.

No puede negarse que en efecto el interrogatorio directo que formuló la Fiscalía a la testigo fue en realidad parco, en tanto no se ahondó en mayores detalles acerca de lo sucedido, como sí lo hizo el abogado en el contrainterrogatorio, aunque el mismo se centró en la comisión de un posible hurto, lo que en su sentir derivó en la confrontación que sostuvieron madre e hija.

No obstante tan singular situación, para la Corporación las preguntas que formuló la juzgadora no pueden catalogarse de “indebidas”, como quiera que se evidencia que su contenido era de carácter ACLARATORIO y no para auscultar situaciones fácticas DISTINTAS a las que ya habían sido tratadas por Fiscalía y Defensa. Y si bien la funcionaria de primer nivel, una vez concluyó su interrogatorio indagó a la testigo si deseaba “agregar algo más a la declaración”, ello no es ajeno a las reglas comunes de un interrogatorio, ni comporta irregularidad sustancial que implique pregonar la invalidez de lo actuado.

Así las cosas, la intervención de la titular del despacho, si bien podría calificarse como extensa en comparación con lo que de usanza se estila, no fue indebida por constituir preguntas complementarias a la víctima, y en modo alguno estuvieron sesgadas para intentar favorecer el interés de alguna de las partes, a consecuencia de lo cual la petición de nulidad que se reclama no está llamada a prosperar.

Todo lo anterior, aunado a que en sentir de la Sala, así se excluyeran las preguntas formuladas por la funcionaria judicial, aún se seguirían evidenciando elementos de prueba que permitirían configurar la conducta atribuida a la hoy procesada, tal cual se verá más adelante. Siendo así, en virtud del principio de trascendencia que inspira el instituto de las nulidades, tampoco habría lugar a invalidar la actuación.

 *- De la materialidad y responsabilidad en el ilícito de violencia intrafamiliar*

Al no observarse entonces por parte de la Colegiatura existencia de vicios sustanciales que afecten garantías fundamentales de las partes e intervinientes, puesto que el trámite de todas las etapas procesales se surtió con acatamiento del debido proceso, y los medios de conocimiento fueron incorporados en consonancia con los principios que rigen el sistema penal acusatorio, se pasará a analizar de fondo el fallo confutado.

De conformidad con lo preceptuado por el artículo 381 de la Ley 906/04, para dictar una sentencia de condena es indispensable que al juzgador llegue el conocimiento más allá de toda duda, no solo frente a la existencia de la conducta punible atribuida, sino también en cuanto a la responsabilidad de las personas involucradas, y que tengan soporte en las pruebas legal y oportunamente allegadas al juicio.

En este caso, el cargo formulado contra la judicializada tanto en la imputación como en la acusación fue el de autora en el punible de violencia intrafamiliar consagrado en el artículo 229 C.P. que señala:

“[…]  El que maltrate física o sicológicamente **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, **una mujer**, una persona mayor de sesenta (60) años o que se encuentre en incapacidad o disminución física, sensorial y psicológica o quien se encuentre en estado de indefensión. PARÁGRAFO. A la misma pena quedará sometido quien, no siendo miembro del núcleo familiar, sea encargado del cuidado de uno o varios miembros de una familia y realice alguna de las conductas descritas en el presente artículo […]”.

Como puede observarse, se trata de un tipo penal con sujeto activo y pasivo cualificados, puesto que ambos deben pertenecer al mismo núcleo familiar, y de carácter subsidiario porque solo se tendrá como tal si la conducta –maltrato físico o psicológico- no constituye un delito sancionado con pena mayor.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 2º de la Ley 294/96 que desarrolló el artículo 42 Superior[[5]](#footnote-5), se consideran como integrantes de la familia: (i) los cónyuges o compañeros permanentes; (ii) el padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar; (iii) **los ascendientes o descendientes de los anteriores** y los hijos adoptivos; y (iv) todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integradas a la unidad doméstica.

El tipo penal de violencia intrafamiliar busca proteger la armonía de la familia acorde con el mandato constitucional, y por ello tanto el agresor como el agredido deben hacer parte del mismo núcleo, bien sea por vínculos de consanguinidad, jurídicos o por razones de convivencia.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia ha precisado: “[…] **el propósito del legislador al tipificar esa conducta como delito, es amparar la armonía doméstica y la unidad familiar**, sancionando así penalmente el maltrato físico o sicológico infligido sobre algún integrante de la familia. Bajo esa línea, **el elemento esencial para que el mismo se configure es que ese maltrato provenga de y se dirija sin distinción hacía un integrante del núcleo familiar o de la unidad doméstica**, en tanto el concepto de familia no es restringido ni estático, sino que evoluciona social, legal y jurisprudencialmente […]”[[6]](#footnote-6) –negrillas de la Sala-

Al efectuar el pertinente juicio de valor sobre los hechos materia de la presente actuación, estos encuadran sin duda alguna dentro de la descripción típica del comportamiento antijurídico en cita, por cuanto se le endilga a la acusada haber maltratado físicamente a su señora madre, y ese vínculo entre padres e hijos, como lo ha sostenido la jurisprudencia: nunca se pierde aunque no convivan bajo el mismo techo, y por ello el maltrato físico o psicológico del uno hacia el otro siempre configura violencia intrafamiliar. En ese sentido precisó la Alta Corporación:

“[…] Afirmar que una vez cesa la convivencia entre cónyuges o compañeros permanentes se mantiene entre ellos el “*núcleo familiar*” cuando tienen un hijo común menor de edad, comporta una ficción ajena al derecho penal. Resulta por lo menos incorrecto, a la luz del principio lógico de no contradicción (según el cual, algo no puede ser y no ser al mismo tiempo), que se edifique el ámbito del *núcleo familiar*, el cual supone la existencia real y no meramente formal de una familia en su conjunto, su unión, su cotidianidad, su vínculo estrecho, su afectividad y su coexistencia diaria, a partir de la noción de *hijo de familia*, sin importar si los padres se encuentran o no separados. Si el núcleo supone unión y conjunción, se desvirtúa y pierde su esencia cuando hay desunión o disyunción entre sus integrantes.

En efecto, no hay duda que los menores, mientras no se emancipen, tienen la condición de hijos de familia. Pero ello no puede conducir a la suposición artificiosa de que los padres, aunque se encuentren separados o inclusive aunque nunca hayan convivido (como puede ocurrir con el hijo fruto de una fugaz relación sexual) integren el núcleo familiar objeto de tutela dentro del ámbito de protección de la norma que se ocupa de la violencia intrafamiliar (artículo 229 del Código Penal).

En síntesis, lo que el tipo penal protege no es la familia en abstracto como institución básica de la sociedad, sino la coexistencia pacífica de un proyecto colectivo que supone el respeto por la autonomía ética de sus integrantes. En ese sentido, fáctica y normativamente **ese propósito** concluye entre parejas separadas, pero **se mantiene respecto a los hijos, frente a quienes la contingencia de la vida en común no es una condición de la tipicidad por la intemporalidad que supone el vínculo entre padres e hijos.**

Dogmáticamente en el delito de violencia intrafamiliar la noción de *núcleo familiar* resulta de obligatoria constatación en el ámbito de la tipicidad, pero a su vez, en sede de la categoría de la antijuridicidad, corresponderá verificar si el maltrato físico o sicológico tuvo entidad suficiente para lesionar el bien jurídico de la armonía y unidad familiar. Si la agresión no ocurre entre miembros del mismo núcleo, la conducta podrá ser típica de lesiones personales, pero no de violencia intrafamiliar. Si tiene lugar entre integrantes del núcleo familiar pero carece de importancia para causar afrenta al bien jurídico objeto de protección, el comportamiento será típico de violencia intrafamiliar, pero no antijurídico [...]”[[7]](#footnote-7) –parte de negrillas y subrayado excluidos-

En este asunto se corroboró con el registro civil de nacimiento aportado como prueba, que entre víctima y victimaria existe el vínculo de consanguinidad de madre e hija, y no obstante que para la fecha en que sucedieron estos hechos -febrero 26 de 2015- la señora **JMHT** no convivía con su ascendiente como quiera que habitaba en la calle y solamente se le permitía el ingreso a esa vivienda para bañarse, comer y luego marcharse, según lo sostuvo la progenitora, hay lugar a entender que muy a pesar de las circunstancias el vínculo materno-filial permanecía incólume.

De lo relatado por la señora DORY LUZ HIGUITA, se desprende que en esa oportunidad su hija **JMHT** entró a su residencia sin permiso, y luego de solicitarle que se marchara so pena de llamar la policía, esta se enfureció y procedió a atacarla, a consecuencia de lo cual la afectada tuvo que defenderse. Se añade, que para ese instante no solo se encontraba la madre sino una menor hija de la procesada, frente a la cual la abuela tiene la custodia, y el temor era que a esta le pasara algo en esa confrontación.

Surge evidente que en el interior de dicha vivienda se presentó un altercado que generó un daño a la integridad física de la señora DORY LUZ HIGUITA, y aunque en sentir del letrado recurrente ello ocurrió por cuanto la intención de **JMHT** era la de hurtar algunos elementos, los que incluso tenía empacados en una bolsa, frente a lo cual nada dijo la Fiscalía en la acusación, de la información que suministró la afectada se extrae que la misma en momento alguno puso en conocimiento de las autoridades un tal delito contra el patrimonio económico, sino lo atinente a la afectación en su integridad personal ocasionada por la reacción violenta de su hija al pedirle que se marchara de la casa.

Incluso, contrario a lo referido por el litigante inconforme, no se advierte que la conducta desplegada por la judicializada pueda enmarcarse en un punible diferente, como podría ser el de hurto. Lo dicho, en cuanto la afectada acudió a las autoridades no por un posible delito contra el patrimonio económico, ya que incluso desconocía la intención de su hija de apoderarse de algunos elementos no obstante que tenía unas cosas empacadas en una bolsa, sino por la agresión de la que fue objeto, a consecuencia de lo cual ello fue precisamente lo que enmarcó la teoría del caso de la Fiscalía, máxime que la hoy denunciante no se detuvo a examinar el contenido de lo que allí llevaba para establecer si eran bienes que no le pertenecieran a su hija.

No podía entonces haberse encausado la investigación, como así lo pretende el acucioso defensor, por un delito de hurto a efectos de pregonar que las lesiones que sufrió la señora DORY LUZ fueran consecuencia de la actividad que desplegara su cliente para lograr ese supuesto cometido.

Pero si en gracia de discusión se quisiera enmarcar el comportamiento en un tal proceder, tendríamos que decir que entonces la procesada incursionó no en uno sino en dos delitos en concurso heterogéneo de hurto y lesiones, atados por una relación de medio a fin en lo que se ha dado en llamar la conexidad paratática o idelógica. Y, siendo así, de todas formas, en virtud del principio de congruencia, la falladora no podía tener en consideración sino el último de los punibles que en realidad constituía una afrenta contra la unidad familiar, sin que el hurto hubiese podido ser materia de juzgamiento al no haber sido imputado en su debido momento.

Ahora bien, no desconoce la Sala que desde la formulación de acusación el abogado defensor consideró que la conducta que se debió imputar fue aquella contra el patrimonio económico y no la de violencia intrafamiliar, lo que a la hora de ahora lo lleva a pregonar que la Fiscalía “mutiló” la situación fáctica en lo atiente a tal ilicitud. Y desde luego, los hechos son los que conforman el sustrato de la acusación cuya confección está a cargo exclusivo de la Fiscalía General de la Nación, frente a los cuales debe girar la intervención en la etapa del juicio y la correlativa sentencia, sin que tales aspectos fácticos puedan ser variados por constituir el núcleo esencial de los cargos.

Pero así se quisiera sostener que la Fiscalía no es autónoma para edificar la parte fáctica, y que la misma resultaba insuficiente porque se dejó de mencionar algo supuestamente relevante a los intereses defensivos, de todas formas existe una falla en la presentación de la tesis del recurrente por cuanto ese planteamiento al momento de la audiencia de formulación de la acusación solo surgió a título de “observación”, y nunca como una situación constitutiva de nulidad. Por demás, nada impedía que la defensa ilustrara con pruebas el verdadero acontecer a efectos de devirtuar la realidad fáctica propuesta por la Fiscalía, y en un ejercicio de defensa positiva hacer prevalecer una intención diferente por parte de su cliente al momento de ejecutar la conducta atribuida.

Sea como fuere, lo que aquí se logró configurar fue el delito de violencia intrafamiliar para lo cual incluso, como se anunció, no se hacía necesario verificar que se hubiese causado un daño físico a la víctima, sino que bastaba demostrar el maltrato psicológico o síquico que alterara al menos potencialmente las relaciones interpersonales de los miembros de ese hogar. No obstante, incluso más allá de lo que en esencia se requería, se acreditó que **JMHT** le ocasionó una lesión a su ascendiente, como así lo refirieron los galenos que la atendieron –aunque no se allegó dictamen de medicina legal-, y como igualmente lo indicó la señora DORY LUZ, aunque esa no había sido la única situación de agresividad que se había presentado por parte de su hija, si fue la primera por la cual la denunció, lo que a la postre conllevó a su aprehensión. Es más, en juicio señaló la afectada que su deseo era que su hija permaneciera privada de la libertad para prevenir alguna clase de daño mayor para ella y para la menor que tiene bajo su custodia; no obstante que con posterioridad flexibilizó esa posición si en consideración tenemos que encontrándose la actuación ante este Tribunal pidió que a su hija se le concediera la prisión domiciliaria.

Así las cosas, sin lugar a discusión la procesada efectivamente incursionó sin justa causa en la conducta de violencia intrafamiliar atribuida, y en consecuencia el fallo emitido en su contra por la funcionaria de primer nivel se encuentra ajustado a derecho. Se pasará por tanto a analizar la posibilidad de redosificar la sanción impuesta en atención al estado de marginalidad en que según se afirma se encontraba la acusada para el instante de la comisión del hecho.

* *De la condición de marginalidad de la procesada*.

Reclamó de manera supletoria el letrado, que en el evento de no prosperar la nulidad deprecada, ni ser favorecida su cliente con la revocatoria de la sentencia, se tuviera en cuenta su situación de marginalidad, en tanto la misma con antelación a los hechos permanecía en la calle y no contaba con permiso para ingresar a la vivienda de su señora madre en donde también permanecía su hija menor de edad.

Lo que sobre el particular debe asegurar la Corporación, es que en principio no se cuenta con prueba al menos directa en relación con ese estado de marginalidad al cual se hace alusión en el recurso, básicamente porque se sabe que la aquí acusada tuvo dificultades al parecer con la drogadicción y ello dio lugar a que no pudiera seguir ejerciendo la custodia de su hija lo mismo que no poder permanecer en esa casa de habitación; empero, ningún medio probatorio se allegó a efectos de establecer que una tal dependencia a los tóxicos fuera real.

No obstante lo anterior, la Sala podría tener por establecida una condición personal degradante en la persona de la procesada, en consideración al desarraigo del medio familiar, con miras a admitir ese supuesto estado de marginalidad al que se alude. Pero ocurre, que para dar aplicación a la diminuente, no solo se debe demostrar fehacientemente dicha condición de marginalidad, ignorancia o pobreza extrema, sino que, según lo manda el dispositivo 56 C.P., se requiere establecer la relación causal entre dicha condición desfavorable y el punible que se juzga. Y aquí quizá podría pensarse en una relación entre ese estado y el probable delito de hurto al que hizo referencia el señor defensor, mas no en lo atinente al delito de Violencia Intrafamiliar por el cual finalmente se le condena. Lo dicho, en cuanto nada tiene que ver esa situación en la que se ubicó voluntariamente la procesada, con las agresiones de palabra y de obra hacia su progenitora, porque el hecho de no poder tener la custodia de su hija, ni estar en condiciones de convivir en esa casa, es situación que no solo escapa a la esfera o ámbito de acción de su señora madre y por lo mismo en modo alguno ella debía sufrir las consecuencia adversas, sino que una cosa (estado de desprotección social) no podía conllevar a la otra (improperios en contra de la madre), porque antes que una recriminación lo que debería tener hacía la aquí afectada es agradecimiento porque al menos se ha preocupado por el cuidado de la menor.

En síntesis, la determinación de primer grado está acorde con el análisis de la prueba en su conjunto y amerita la condigna confirmación.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** el fallo objeto de apelación.

Esta sentencia queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso extraordinario de casación que de interponerse deberá hacerse dentro del término de ley.

Los Magistrados,

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

1. Picó i Junoy, JOAN. *Las Garantías Constitucionales del Proceso*. J. M. BOSCH EDITOR. 1997, pág. 132. [↑](#footnote-ref-1)
2. CSJ SP, 04 feb. 2009, Rad. 29415. [↑](#footnote-ref-2)
3. CSJ SP, 22 mar. 2017, Rad. 43665. [↑](#footnote-ref-3)
4. TSP AP, 20 abr. 2012, Rad. 660453189001200700227, M.P. Yarzagaray Bandera. [↑](#footnote-ref-4)
5. “[…] Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley […]” [↑](#footnote-ref-5)
6. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia 03 de diciembre del 2014, radicado 41315. [↑](#footnote-ref-6)
7. CSJ SP, 07 Jun. 2017, rad. 48047. [↑](#footnote-ref-7)