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 / CAUSALES DE INIMPUTABILIDAD / EMBRIAGUEZ / CARGA PROBATORIA DE LA DEFENSA / PRUEBAS DE REFERENCIA / ANÁLISIS DE LAS MISMAS Y DE SU PODER DE CONVICCIÓN.**

… el art. 33 del C.P. consagra como una de las causales de inimputabilidad la consistente en que el sujeto agente sufra de un trastorno metal que le impida autodeterminarse o comprender la ilicitud de su conducta o de determinarse acorde con ese comprensión; frente a ello, valga decir que existen trastornos mentales de tipo permanentes (enajenación mental) y otros de carácter transitorios, siendo la principal diferencia entre estos el tiempo de su duración, pues mientras los primeros tienden a ser crónicos o de amplia duración en el tiempo en cuanto a su sintomatología y efectos, los segundos son breves y en muchas ocasiones carentes de sintomatología…

Con base en lo que viene diciéndose, se pude concluir sin mayores elucubraciones, que el trastorno mental por la ingesta de bebidas alcohólicas es de aquellos considerados como transitorio sin base patológica…

Pero es de anotar que pese a la existencia del principio de la libertad probatoria, no se puede desconocer que la pericia se constituye en el medio probatorio más idóneo para demostrar tanto el estado de beodez de una persona, la forma como el consumo de licor pudo afectar las esferas volitivas o cognoscitivas de quien estuvo libando.

En ese orden de cosas, para hablar de la posible inimputabilidad de una persona que ha contrariado las normas penales estando en estado de embriaguez, es necesario establecer no solo el grado de la misma, sino también sus causas, y el período de la embriaguez en que se encontraba la persona al momento del hecho punible, pues no todo estado de alicoramiento de un sujeto puede catalogarse como un trastorno mental transitorio y mucho menos que este lo lleve a ser un inimputable (…)

Con base en lo anterior y aterrizando al caso concreto, se tiene que la única prueba respecto a la beodez del señor YRFB la noche de los hechos aquí investigados, es su propio testimonio, pero no hay nada que corrobore que en efecto él se encontraba en un grado de alicoramiento tal que le impedía autodeterminarse o comprender lo que estaba haciendo; y es en ese punto en donde la Defensa se quedó corta…

… acorde con la definición consignada en el artículo 437 C.P.P. se debe entender como prueba de referencia, aquellas declaraciones rendidas por una persona determinada, que fueron efectuadas en un escenario ajeno o extraño al juicio oral, las cuales, las partes e intervinientes pretenden aducir al proceso con la intención de acreditar o apalancar sus teorías del caso o de desvirtuar las hipótesis propuestas por su contraparte. (…)

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**SENTENCIA DE 2ª INSTANCIA**

Aprobado por acta No. 733 del 22 de agosto de 2019. H: 7:30 a.m.

Pereira, veintitrés (23) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

Hora: 9:47 a.m.

Procesados: YRFB

Delitos: Violencia intrafamiliar

Rad. # 66170 60 00 066 2018 00487 01

Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de sentencia condenatoria

Decisión: Confirma fallo confutado

**ASUNTO A DECIDIR:**

Corresponde a la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial desatar el recurso de apelación interpuesto por la defensa del procesado **YRFB**,en contra de la sentencia adiada el 03 de mayo de los corrientes, proferida por parte del Juzgado 2º Penal Municipal de Dosquebradas, con funciones de conocimiento, en la cual fue declarada la responsabilidad criminal del antes aludido, por incurrir en la comisión del delito de violencia intrafamiliar.

**ANTECEDENTES:**

De lo existente en el expediente se puede extraer que el 1º de abril de 2018, a eso de las 23:25 horas, miembros de la Policía Nacional capturaron al señor YRFB en la finca “Los naranjos” vereda el Estanquillo del municipio de Dosquebradas, a donde llegaron toda vez que a la Central de Radio de la Policía Nacional, informaron que en ese lugar se estaba presentando una riña familiar. Al arribar al sitio, tres menores de edad les indicaron el lugar en donde se estaba presentando una trifulca doméstica, y al acercarse al inmueble, pudieron observar a un hombre agrediendo en sus extremidades a una mujer, razón por la cual intervinieron en la confrontación; luego de separarlos, la mujer que estaba siendo maltratada se identificó como VIVIANA MARCELA ARIAS RUIZ, y les contó que la persona que la estaba agrediendo era su cónyuge, YRFB, quien este llegó en estado de embriaguez y procedió a agredirla tanto verbal como físicamente, razón por la cual interpondría la correspondiente denuncia. Ante esa situación, los uniformados procedieron a capturar al señor YRFB y a llevar a la Clínica Los Rosales a la víctima para su atención.

Como consecuencia de las agresiones físicas sufridas por la señora VIVIANA MARCELA ARIAS RUIZ, les fueron dictaminados por el Médico Forense del IMLCF 12 días de incapacidad médico legal.

**LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. El 2 de abril de 2018 ante el Juzgado 1º Penal Municipal de Dosquebradas, con funciones de control de garantías, se llevaron a cabo las audiencias preliminares, por ello después de haberse declarado legal la captura del señor YRFB, se procedió a imputarle cargos por el delito de Violencia intrafamiliar, de acuerdo a lo regulado por el inciso 2º del art. 229 del C.P. cargos que no aceptó el Procesado. Se le definió la situación jurídica con una medida de aseguramiento no privativa de la libertad, mientras que a la víctima se le concedió la medida de protección contemplada en el literal A del art. 17 de la Ley 1257 de 2008.
2. La Fiscalía presentó el escrito de acusación el 20 de junio de 2018, correspondiéndole su conocimiento al Juzgado 2º Penal Municipal de Dosquebradas, con Funciones de Conocimiento, Despacho que fijó como fecha para la audiencia de acusación el 06 de julio de esa anualidad, sin embargo, esta solo se concretó el 08 de agosto de 2018. En dicha diligencia, la Fiscalía le reiteró al encartado los cargos que por el reato de Violencia intrafamiliar le había enrostrado en la audiencia de imputación.
3. La audiencia preparatoria se desarrolló en sesión celebrada el 18 de septiembre de 2018 y el juicio oral se inició, el 24 de octubre de 2018, culminándose el 08 de febrero de 2019. El anunció del sentido del fallo, que resultó ser de carácter condenatorio, se realizó el 14 de febrero del año avante, dándose lectura de sentencia el 03 de mayo de 2019, en contra del cual la Defensa interpuso y sustentó de manera oportuna el recurso de apelación.

**LA SENTENCIA CONFUTADA:**

Se trata de la sentencia adiada el 03 de mayo de 2019, proferida por parte del Juzgado 2º Penal Municipal de Dosquebradas, en la cual se declaró la responsabilidad criminal del señor YRFB, por incurrir en la comisión del delito de violencia intrafamiliar de acuerdo a lo consagrado en el art. 229 del C.P.

Como consecuencia de dicha declaratoria de responsabilidad criminal, al Procesado le fue impuesta una pena de 72 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso igual al de la pena. Adicionalmente no se le concedió el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Los argumentos invocados por la Jueza *A quo* para declarar la responsabilidad criminal del procesado YRFB se basaron en:

* Lo atestado por el médico forense RAMÓN ELÍAS SÁNCHEZ, quien dio cuenta no solo de los hallazgos físicos que evidenció durante la experticia que le practicó a la víctima, sino también de lo que Ella le informó respecto a quién fue el causante de las lesiones que presentaba, lo cual también quedó plasmado en el informe pericial de Clínica Forense fechado el 2 de abril de 2018.
* El testimonio del agente captor, el PT DUVER DELGADO GARZÓN, quien indicó no solo haber escuchado los insultos que el señor YRFB vociferaba en contra de su cónyuge, sino que además vio como este sujeto pateaba la motocicleta, que luego se enteró era propiedad de esa mujer, al tiempo que le propinaba manotazos a ella.
* Lo narrado por el investigador del CTI FABIO HERNÁN VALENCIA ARISMENDI, corroboran lo atestado por la médica forense y por el Patrullero de la Policía Nacional, pues el mencionado investigador, pudo observar las laceraciones que la víctima tenía en su cuerpo y se percató de que su estado de ánimo era de preocupación.
* Lo dicho por el Procesado respecto a que no recuerda nada de lo sucedido la noche de los hechos, dijo la *A quo*, no sería tenido en cuenta toda vez que no existe prueba de alcoholemia que determinara que en efecto él se encontraba en un estado de embriaguez tal que le era imposible autodeterminarse.

Todo lo anterior, adujo la *A quo*, son pruebas suficientes para establecer más allá de toda duda que el acá Procesado YRFB fue la persona que agredió a la señora VIVIANA MARCELA, y que dichas agresiones que no solo fueron verbales sino también físicas, lo que se enmarca dentro del delito de violencia intrafamiliar por cuanto esta dama es la compañera permanente del acriminado, lo que deja clara la existencia de una unidad familiar entre ellos.

**LA ALZADA:**

Del escrito presentado por el Defensor Público del procesado YRFB en contra de lo decidido por la *A quo* en el fallo confutado, a modo de síntesis de la inconformidad expresada en contra de la sentencia opugnada, se extracta lo siguiente:

* Las pruebas periciales realizadas por el Médico Forense y por la Psicóloga, son solo pruebas de referencia, al igual que lo son sus testimonios, pues ellos no presenciaron los hechos por los cuales la señora MARCELA VIVIANA los consultó.
* El testimonio rendido por el PT DELGADO GARZÓN tampoco es suficiente para cimentar una sentencia condenatoria en contra del encartado, por cuanto este no sabe qué paso antes de su arribó al lugar de los hechos, y lo que él logró apreciar no puede ser considerado como un episodio de violencia intrafamiliar, en especial, teniendo en cuanta que este uniformado indicó que las agresiones eran mutuas, y dejó claro no haber visto en el momento huellas de violencia física en la víctima, a pesar de haber observado como YRFB la tomaba fuerte del brazo y la insultaba.
* A pesar de la inexistencia de un dictamen pericial que demuestre el estado de alicoramiento del señor YRFB el día de los hechos, no se puede desechar así no más, como lo hizo la Jueza de instancia, lo dicho frente a ello por el Procesado cuando rompió su derecho a guardar silencio, especialmente si se tiene en cuenta que no se le puede endilgar a la Defensa el no tener esa prueba, pues este solo llega a entrevistarse con el usuario varias horas después de la captura y normalmente es minutos antes de las audiencias concentradas; y es que se debe considerar que el hecho de que el señor YRFB estuviera alicorado el día de su captura explicaría el por qué tomó del brazo con fuerza y vociferó palabras soeces en contra de la madre de sus hijos.
* Los hechos jurídicamente relevantes en este asunto, no tuvieron la entidad tal como para afectar el bien jurídico tutelado por el art. 229 del C.P., muestra de ello es que la señora MARCELA VIVIANA se negó a declarar en el juicio puesto que ella y el Procesado continuaron con su convivencia después del 1º de abril de 2018, por eso fue que llegaron juntos a la sala de audiencias el día del juicio; de tal suerte, las agresiones sufridas por la víctima se configurarían en unas lesiones personales.

Concluye el censor diciendo, que se tenga en cuenta por la Sala de Casación Penal en la decisión radicada con el número 49.673 de 2018 en donde se hacen unos planteamientos sobre el conocimiento y el querer de la persona al realizar la conducta delictual, lo que se aplicaría a este caso, atendiendo lo dicho por el señor YRFB respecto a que no recuerda lo sucedió el 1º de abril de 2018, dado el estado de ebriedad en que se encontraba.

Por todo lo dicho, solicita el apelante que se revoque la decisión de primera instancia y en consecuencia se absuelva a su representado.

**LA RÉPLICA:**

Durante el traslado para alegar como no recurrente, el Delegado de la Fiscalía presentó sus correspondientes alegatos, oponiéndose a lo dicho por la Defensora en su libelo y solicitando se confirme la decisión de primera instancia.

En punto de los testimonios del Médico Forense y de la Psicóloga Forense, considera que si bien es cierto estos profesionales no presenciaron de forma directa los hechos, si tuvieron conocimiento de los mismos a partir de lo que la señora MARCELA VIVIANA les dio a conocer, pues ella les contó lo sucedido y les indicó que su agresor fue el ahora Procesado, quien además desde hace mucho tiempo la ha venido agrediendo.

Las anotaciones del SPOA, que fueran introducidos con el investigador del CTI, si bien es cierto no se constituyen en antecedentes penales del encartado, sí indican que no era la primera vez que él agredía a los miembros de su familia, lo que concuerda con la percepción que tuvieron los forenses, de acuerdo a lo narrado a ellos por la víctima, de que el señor YRFB es un maltratador.

Frente al testimonio del Patrullero DELGADO GARZÓN, considera que este es clave dentro de este asunto, para demostrar la responsabilidad del señor YRFB en los hechos investigados, por cuanto dio fe de que en el lugar de los hechos estaban solo el Procesado y la víctima, que igualmente pudo observar y escuchar como este hombre maltrataba física y verbalmente a la dama, al tiempo que trataba de destruir una motocicleta de propiedad de ella.

De otro lado, considera que por haber estado el señor YRFB alicorado al momento de los hechos, ello no lo convierte en un inimputable.

Finalmente, considera que si bien es cierto la señora VIVIANA MARCELA ARIAS RUIZ se negó a declarar en el juicio, ello no se traduce en que los hechos sobre los que se erigió la acusación por violencia intrafamiliar en contra del Procesado no hubiesen existido, pues se presentaron otras pruebas que dan cuenta no solo de la ocurrencia del maltrato ese 1º de abril de 2018, sino que también lo hacen en punto de que la recurrencia de los maltratos de parte del encartado hacía su cónyuge y madre de sus hijos.

**CONSIDERACIONES DE LA SALA:**

**- Competencia:**

Esta colegiatura tiene competencia para conocer del recurso propuesto, en atención a lo dispuesto en los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906 de 2004.

Asimismo no se avizora la ocurrencia de ningún tipo de irregularidad sustancial o irrespeto de las garantías fundamentales que le asisten a los sujetos procesales, que de manera negativa pueda incidir para que la Sala se abstenga de desatar el presente recurso de apelación.

**- Problema jurídico a resolver:**

De los argumentos del disenso esgrimidos por la apelante, aunado a lo alegado por parte del no recurrente, la Sala considera que nos han sido propuestos los siguientes problemas jurídicos:

¿Se encontraba demostrado en el proceso la condición de inimputable del Procesado YRFB, quien cuando agredió a su cónyuge lo hizo bajo el influjo de los efectos de sustancias alcohólicas?

¿Se cumplían con los presupuestos probatorios necesarios en el presente asunto para dictar una sentencia de tipo condenatorio en contra del procesado YRFB?

**- Solución:**

1. **La inimputabilidad por embriaguez:**

Teniendo en cuenta que una de las tesis sobre las cuales cabalga la apelación interpuesta por la Defensa es el señor YRFB, consiste en aducir que el día de los hechos se encontraba en un estado de beodez de tal connotación que le era imposible autodeterminarse, y por ende comprender lo que estaba haciendo, por cuanto estuvo pateando la motocicleta de propiedad de su cónyuge, quien a su vez les dijo a lo Policiales que en efecto el procedió a maltratarla cuando llegó borracho a su domicilio, encuentra la Sala que se hace necesario referirse al tema a fin de aclarar si el estado de embriaguez puede o no considerarse como un trastorno mental transitorio que se enmarque dentro de lo establecido en el art. 33 del Código Penal.

Para resolver lo anterior téngase en cuenta que como ya se anunció el art. 33 del C.P. consagra como una de las causales de inimputabilidad la consistente en que el sujeto agente sufra de un trastorno metal que le impida autodeterminarse o comprender la ilicitud de su conducta o de determinarse acorde con ese comprensión; frente a ello, valga decir que existen trastornos mentales de tipo permanentes (enajenación mental) y otros de carácter transitorios, siendo la principal diferencia entre estos el tiempo de su duración, pues mientras los primeros tienden a ser crónicos o de amplia duración en el tiempo en cuanto a su sintomatología y efectos, los segundos son breves y en muchas ocasiones carentes de sintomatología, razón por la cual se subdividen en trastorno mental transitorio con base patológica y en trastorno mental transitorio sin base patológica. Dadas esas características, nuestra legislación consagra en los artículos 70, 71 y 75 su diferenciación a fin de establecer las medidas de seguridad a establecer en cada caso. En aras de ofrecer una mayor comprensión de lo que se viene diciendo, resulta valido traer a colación lo dicho de vieja data por la Corte Constitucional:

“[…] el estatuto penal colombiano, siguiendo la doctrina nacional e internacional sobre el tema, establece dos regímenes diferenciados de responsabilidad penal. Uno para los imputables, que son las personas que al momento de realizar el hecho punible pueden actuar culpablemente, ya que gozan de la capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento y de orientar su comportamiento conforme a esa comprensión. En estos casos, el Código Penal impone penas y exige que el comportamiento sea no sólo típico y antijurídico sino además culpable, pues la Carta excluye la responsabilidad objetiva en materia punitiva (CP art. 29). De otro lado, el estatuto prevé un régimen distinto para los inimputables, que son los individuos que al momento del delito, y por factores como inmadurez sicológica o trastorno mental, no pueden comprender la ilicitud de su conducta, o no pueden determinarse de acuerdo con esa comprensión, y por ello no pueden actuar culpablemente. En esos eventos, el Código Penal no establece penas, pues ello violaría el principio básico de un derecho penal culpabilista, sino que prevé medidas de seguridad, que no tienen una vocación sancionadora sino de protección, curación, tutela y rehabilitación. Y por ello el estatuto punitivo no exige que el comportamiento del inimputable sea culpable, ya que precisamente esa persona carece de la capacidad de actuar culpablemente. Basta entonces que su conducta sea típica, antijurídica, y que no se haya presentado una causal de exclusión de la responsabilidad. En tales circunstancias, esta Corte había señalado que en términos estructurales, en el Código Penal había dos tipos de hechos punibles, “esto es, el hecho punible realizable por el sujeto imputable que surge como conducta típica antijurídica y culpable, y el hecho punible realizable por sujeto inimputable que surge como conducta típica y antijurídica pero no culpable (delito en sentido amplio)” [22].”[[1]](#footnote-1)

Con base en lo que viene diciéndose, se pude concluir sin mayores elucubraciones, que el trastorno mental por la ingesta de bebidas alcohólicas es de aquellos considerados como transitorio sin base patológica; en ese orden de ideas, y teniendo en cuenta que la imputabilidad tiene como factores determinantes la capacidad del sujeto para comprender la trascendencia y significado de sus acciones, como por ejemplo su ilicitud, y la capacidad para autodeterminarse a fin de realizarlas o no, es viable decir entonces que el estado de alicoramiento, dependiendo de su intensidad, puede llegar a afectar tanto la esfera cognoscitiva como la volitiva, o solo una de ellas.

Pero es de anotar que pese a la existencia del principio de la libertad probatoria, no se puede desconocer que la pericia se constituye en el medio probatorio más idóneo para demostrar tanto el estado de beodez de una persona, la forma como el consumo de licor pudo afectar las esferas volitivas o cognoscitivas de quien estuvo libando.

En ese orden de cosas, para hablar de la posible inimputabilidad de una persona que ha contrariado las normas penales estando en estado de embriaguez, es necesario establecer no solo el grado de la misma, sino también sus causas[[2]](#footnote-2), y el período de la embriaguez en que se encontraba la persona al momento del hecho punible, pues no todo estado de alicoramiento de un sujeto puede catalogarse como un trastorno mental transitorio y mucho menos que este lo lleve a ser un inimputable (art. 33 del C.P.) o a encontrarse dentro de una de las causales de ausencia de responsabilidad penal de que trata el art. 32 del C.P. como antaño lo hizo saber la Corte de la siguiente manera:

“De la misma forma que, así como el estado de alicoramiento por sí no constituye antecedente suficiente para ordenar una exploración científica en tal sentido**, mucho menos la presencia de esta circunstancia puede tenerse por supuesto categórico para afirmar que el sujeto que actúa bajo esta condición estaba afectado en su capacidad para comprender la ilicitud de comportamiento o para determinarse de acuerdo con dicha comprensión.”[[3]](#footnote-3)** (Negrillas fuera del texto original)

Y en reciente decisión esa misma Corporación indicó:

“Por último, debe señalarse que tratándose de la noción jurídica de trastorno mental transitorio como causal de inimputabilidad, es necesario que se acredite que se trata de una reacción vivencial inusitada, anormal y pasajera; que no implique una base patológica; que altere los planos cognitivo y volitivo del individuo, generándole la incapacidad de comprender la ilicitud del acto o determinarse de acuerdo con esa comprensión; y, cuyo origen se encuentra en factores exógenos o endógenos determinados.”[[4]](#footnote-4)

Con base en lo anterior y aterrizando al caso concreto, se tiene que la única prueba respecto a la beodez del señor YRFB la noche de los hechos aquí investigados, es su propio testimonio, pero no hay nada que corrobore que en efecto él se encontraba en un grado de alicoramiento tal que le impedía autodeterminarse o comprender lo que estaba haciendo; y es en ese punto en donde la Defensa se quedó corta, por cuanto, a pesar de no haber podido someter al Procesado a un análisis clínico momentos después de su captura, sí tuvo la posibilidad de llevar a juicio los testimonios de las personas que estuvieron ingiriendo licor con él ese día, o de los familiares que dijo en su atestación, observaron su comportamiento esa noche tanto cuando llegó a su casa como momentos antes de eso.

Bajo esas condiciones y teniendo en cuenta que el solo estado de embriaguez de la persona no puede ser considerado como una causal de trastorno mental transitorio sin base patológica, tampoco puede ser tenido como cimiento de la inimputabilidad del sujeto, lo que conlleva a que no se pueda admitir en el presente asunto la tesis propuesta en ese sentido por el Defensor del encausado YRFB.

1. **Existen dentro del presente asunto suficientes EMP y EF para erigir una sentencia condenatoria en contra del acriminado.**

Para dar una respuesta a este segundo problema jurídico propuesto por la Defensa, se torna en algo importante el hacer mención a las pruebas que fueran practicadas en el juicio oral, las que fueron:

* Testimonio del Médico Forense RAMÓN ELÍAS SÁNCHEZ, con quien se introdujo el informe pericial de clínica forense No. UBPEI-DSRS-01737-C-2018.
* Testimonio de la Psicóloga Forense LAURA MARTÍNEZ, con quien se introdujo el informe sobre valoración del riesgo practicado a la señora VIVIANA MARCELA ARIAS RUIZ.
* Testimonio del Investigador del CTI FABIO HERNÁN VALENCIA ARISMENDI, persona con quien se introdujeron los informes de investigador de campo, el informe de individualización y arraigo correspondiente a YRFB, consulta SPOA a nombre del mencionado sujeto.
* Testimonio del Patrullero de la Policía Nacional DUVER DELGADO GARZÓN, quien fungió como primer respondiente y en tal condición fue la persona que capturó en situación de flagrancia al Procesado.

Las anteriores fueron las pruebas de la Fiscalía, por parte de la Defensa solo se contó con el testimonio del Procesado quien renunció a su derecho a guardar silencio. Aunado a lo anterior, se tiene que la víctima, esto es la señora VIVIANA MARCELA, al inicio del juicio oral informó que no rendiría su testimonio.

En ese orden de cosas, el señor Defensor ha planteado su discrepancia frente a la prueba de la Fiscalía, por considerar que dentro de la misma no existe nada que de manera directa indique que en efecto el señor YRFB agredió a su esposa el 1º de abril de 2018, puesto que lo único que se tienen al respecto son pruebas de referencia, ya que los declarantes dieron cuenta de lo que a ellos les comunicó la señora ARIAS RUIZ.

Como punto de partida, tenemos que acorde con la definición consignada en el artículo 437 C.P.P. se debe entender como prueba de referencia, aquellas declaraciones rendidas por una persona determinada, que fueron efectuadas en un escenario ajeno o extraño al juicio oral, las cuales, las partes e intervinientes pretenden aducir al proceso con la intención de acreditar o apalancar sus teorías del caso o de desvirtuar las hipótesis propuestas por su contraparte.

Sobre el concepto de prueba de referencia y de los elementos que la integran, de vieja data la Corte se ha expresado de la siguiente manera:

“En términos menos abstrusos, puede decirse que prueba de referencia es la evidencia (medio probatorio) a través de la cual se pretende probar la verdad de una declaración realizada al margen del proceso por una persona determinada, no disponible para declarar en el juicio, que revela hechos de los cuales tuvo conocimiento personal, trascendentes para afirmar o negar la tipicidad de la conducta, el grado de intervención del sujeto agente, las circunstancias de atenuación o agravación concurrentes, la naturaleza o extensión del daño ocasionado, o cualquier otro aspecto sustancial del debate (antijuridicidad o culpabilidad, por ejemplo).

**Para que una prueba pueda ser considerada de referencia, se requiere, por tanto, la concurrencia de varios elementos: (i) una declaración realizada por una persona fuera del juicio oral, (ii) que verse sobre aspectos que en forma directa o personal haya tenido la ocasión de observar o percibir, (iii) que exista un medio o modo de prueba que se ofrece como evidencia para probar la verdad de los hechos de que informa la declaración (testigo de oídas, por ejemplo), y (iv) que la verdad que se pretende probar tenga por objeto afirmar o negar aspectos sustanciales del debate (tipicidad de la conducta, grado de intervención, circunstancias de atenuación o agravación punitivas, naturaleza o extensión del daño causado, entre otros)**…”[[5]](#footnote-5).

Es de anotar que por contrariar la prueba de referencia varios de los principios más básicos que rigen al sistema penal acusatorio y al derecho probatorio, entre ellos los principios de contradicción, inmediación, confrontación y publicidad[[6]](#footnote-6), se tiene que en aquellos eventos en los cuales la prueba de referencia sea considerada como admisible, su poder suasorio o de convicción debe ser catalogado o apreciado como ínfimo o precario, siendo esa la razón por la que en el inciso 2º del artículo 381 C.P.P. se consagró una especie de tarifa probatoria negativa, en virtud de la cual no es posible dictar un fallo de condena cimentado únicamente en pruebas de referencia. Pero es de anotar, como bien lo ha reconocido la línea jurisprudencial trazada por parte de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia[[7]](#footnote-7), que en aquellos eventos en los cuales la prueba de referencia no se encuentre huérfana y más por el contrario este acompañada de otros medios probatorios, ya sean estos de naturaleza directa o indirecta, que ratifiquen o abonen lo dicho en una prueba testimonial de referencia, con dichas pruebas, en caso que tengan la contundencia o la relevancia para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado, válidamente se puede proferir un fallo de condena.

Acorde con lo anterior, se tiene que dentro de este asunto se presentaron pruebas que tienen contenido de referencia, tal es el caso de los informes forenses del Médico RAMÓN ELÍAS SÁNCHEZ y la Psicóloga del IMLCF LAURA MARTÍNEZ, quienes dentro de estos y en sus atestaciones hicieron mención a lo que la señora VIVIANA MARCELA les dijo a Ellos en la consulta de lo que le sucedió con su marido, y por ende por tratarse de personas que lo único que hicieron fue replicar una información que le suministro un tercero, es obvio que lo dicho por esos testigos de oídas en un principio podría ser considerado como prueba de referencia, como bien lo hizo saber la Corte de la siguiente:

“Es pertinente resaltar que la anamnesis a la cual alude el médico Prada Moreno, corresponde al relato de Fernanda Romero, de manera que respecto de los sucesos declarados, el galeno no actúa como testigo directo de los mismos, pues únicamente los reproduce, de modo que los falladores de primera y segunda instancia erraron al valorar lo expuesto por la víctima como si se tratara de una prueba directa, es decir, como si hubiera comparecido a declarar en el juicio, cuando lo cierto es, como ya se ha destacado, que no únicamente no asistió al debate, sino que privó al procesado de su derecho de confrontación

Conforme a las reglas del sistema penal acusatorio establecido en la Ley 906 de 2004 no basta para proferir una sentencia de condena, como lo hicieron los falladores en este caso, establecer una coincidencia entre la denuncia (no incorporada legalmente al proceso), la anamnesis y el examen sexológico para concluir que se cometió el delito de acceso carnal violento, pues era imprescindible contar con la declaración de la víctima dentro del juicio, a fin de soportar la decisión judicial respetando los derechos del acusado….”[[8]](#footnote-8).

Pero de igual manera no se puede desconocer que en el presente asunto no se estaba en presencia de un testigo no disponible por cuanto la ofendida VIVIANA MARCELA ARIAS RUIZ sí acudió a rendir testimonio en el juicio, pero decidió acogerse al derecho consagrado en el artículo 33 de la Constitución que la exoneraba de declarar en contra de su cónyuge. Tal situación descartaba la hipótesis de admisibilidad excepcional de las pruebas de referencia consagrada en el ordinal *“b”* del articulo 438 C.P.P. y por ende afectaba de manera negativa el poder suasorio de las atestaciones del galeno RAMÓN ELÍAS SÁNCHEZ y de la Psicóloga del IMLCF LAURA MARTÍNEZ, sobre todo lo que a Ellos les dijo la Sra. VIVIANA MARCELA ARIAS de lo acontecido con su cónyuge.

Respecto a este punto ha dicho la CSJ:

“Se insiste, entonces, en que no puede tenerse como uno de los “eventos similares” a que genéricamente alude el citado artículo 438, el ejercicio de una prerrogativa, pues, debe tratarse de una situación equiparable a las contenidas en la norma, es decir, que la indisponibilidad del testigo obedezca a situaciones especiales de fuerza mayor, que no puedan ser racionalmente superadas, como podría ser la desaparición voluntaria del declarante o su imposibilidad de localización.”[[9]](#footnote-9)

A pesar de lo anterior, es necesario aclarar que aquellas conclusiones a las que estos profesionales llegaron a partir de los exámenes realizados a la víctima si son admisibles, pues en esos puntos se dan a conocer su opinión pericial de lo que Ellos percibieron directamente con sus sentidos en el momento en el que atendieron a la Sra. VIVIANA MARCELA ARIAS. Igual situación sucede con los dichos del investigador del CTI, FABIO HERNÁN VALENCIA, quien en su declaración hizo referencia a lo que él pudo observar del estado físico y anímico de la víctima mientras le tomaba su declaración para la denuncia.

Por otra parte, en lo atinente a la declaración del Patrullero DELGADO GARZÓN es necesario señalar, que no estamos ante una prueba de referencia, por cuanto él no se presentó al juicio a contar lo que la víctima u otras personas le dijeron, esto es no estaba actuando como caja de resonancia de los dichos de terceros, pues lo que informó es aquello que pudo apreciar a su arribó al inmueble en donde se le señaló por la central de radio se estaba presentando una riña familiar, lo que implica que no estamos ante una prueba de referencia, sino ante un testigo directo de los hechos.

De esa manera, y dejando de lado las pruebas de referencia inadmisibles, se tiene que de los EMP y EF existente en el proceso se puede concluir lo siguiente:

* El testimonio absuelto por el perito RAMÓN ELÍAS SÁNCHEZ, quien al examinar a la señora VIVIANA MARCELA, adujo que presentaba lesiones consistentes con agresión física, pues tenía equimosis en cara y cuello, al igual que en la zona acromioclavicular derecha y en la cara posterior del antebrazo izquierdo, además de tres áreas de equimosis en la espalda en forma de bandas verticales; razón por la cual le dictaminó una incapacidad médico-legal de 12 días.
* El investigador del CTI FABIO HERNÁN VALENCIA ARISMENDI, indicó en su testimonio que al momento de tomarle la denuncia a la señora VIVIANA MARCELA ARIAS RUIZ, esta “*se encontraba muy nerviosa, muy pálida, con unas laceraciones, se encontraba muy preocupaba debido a las amenazas de la pareja sentimental.”*[[10]](#footnote-10)
* El testimonio rendido por el policial DUVER DELGADO GARZÓN, quien fue la persona encargada de arrestar al ahora procesado YRFB en el momento en el que acudió al sitio de los hechos, se dio cuenta de la presencia de un hombre quien vociferaba insultos soeces en contra de una dama que se encontraba en ese lugar, a quien además estaba golpeando en los brazos; igualmente vio como este sujeto le pegaba puntapiés a una motocicleta que estaba ahí.
* Aunado a lo anterior, el policial ya mencionado adujo que si bien es cierto no vio marcas visibles en la mujer al momento en que él y su compañero intervinieron para separar de Ella al hombre que la agredía, supo de las mismas cuando la llevaron para la valoración médica en la Clínica Lo Rosales, lo que se hizo a petición de ella misma. También señaló ese Patrullero que el Sr. YRFB tenía aliento a licor, pero que a su parecer no estaba borracho.

En cuanto a las atestaciones del procesado YRFB, se tiene que los mismos no resultan ser del todo creíble, en especial en cuanto a sus dichos de no recordar nada de lo sucedido dado el estado de beodez en que se encontraba por cuanto:

* Asegura YRFB que no recuerda nada del día de los hecho después de las ocho de la noche, sin embargo presenta dos versiones diferentes respecto a cómo llegó a su casa, en la primera de ellas, al minuto 00:58:00 del juicio oral celebrado el 8 de febrero de 2019, indica que su hijo mayor y su primo lo encontraron por ahí en la vereda tirado y de allí lo llevaron a su casa, pero posteriormente al volvérsele a preguntar respecto a cómo hizo para llegar a su casa ese día, indicó que su primo lo recogió en una motocicleta en la entrada a la vereda “El Estanquillo”, pues él se encontraba deambulando por la Vía del *Pollo* junto con otro amigo con quien venía del sector conocido como *“Los Guaduales”* (H: 01:00:21).
* Afirmó que cuando llegaron los miembros de la Policía Nacional él se encontraba solo en la vivienda durmiendo, que ellos llegaron a tocar la puerta, él les abrió y un momento después bajó su esposa, quien se encontraba en la casa del vecino, que es un tío de él; lo cual no solo contradice lo dicho por el Patrullero de la Policía Nacional, cuya credibilidad no fue puesta en duda, sino que además no tiene sustento probatorio alguno, en especial si se tiene en cuenta que el encartado no logró explicar las razones por las cuáles, a pesar de que esa persona podría ayudarle a desvirtuar la acusación en su contra, no puso en conocimiento de su Defensor esa información con anterioridad a las diligencias del 8 de febrero del año avante.

Del anterior análisis que la Sala ha efectuado de las pruebas habidas en el proceso, se puede concluir, contrario a lo reclamado por el apelante, que en el presente asunto sí existe una prueba directa de las agresiones tanto verbales como físicas de parte del señor YRFB hacia su compañera permanente la señora VIVIANA MARCELA ARIAS RUIZ, y es el relato que de los hechos hizo el Patrullero DUVER DELGADO GARZÓN, quien contó en el juicio oral lo que él pudo apreciar de manera directa cuando llegó al lugar de los hechos; situación que se puede corroborar si se tiene en cuenta el informe del Médico Forense en donde se dice que la señora ARIAS presentaba al momento del examen “Equimosis irregular difusa en la región acromioclavicular derecha; equimosis violáceo difusa en el tercio medio de la cara posterior del antebrazo izquierdo”[[11]](#footnote-11). Aunado a ello se tiene que la señora VIVIANA MARCELA presentaba otras lesiones que a juicio del galeno de medicina legal, eran consistentes con una agresión física.

Lo anterior, también se ve corroborado por los dichos del investigador del CTI, FABIO HERNÁN VALENCIA, quien vio al momento de tomarle la denuncia a la señora VIVIANA, que esta tenía laceraciones en su cuerpo y sus condiciones generales no eran buenas.

Siendo así las cosas, la Sala válidamente puede concluir que las pruebas habidas en el proceso demostraban de manera indubitable que el procesado YRFB perpetró en contra de su cónyuge VIVIANA MARCELA ARIAS RUIZ actos de violencia física y moral, recordemos que le profirió insultos con palabras ofensivas entre las cuales la intrató de “malparida”, socavó con ello tanto la armonía doméstica, como la unidad y la sana convivencia que debe existir entre las personas que conforman un núcleo familiar.

Por lo tanto, con lo acontecido, para la Sala no existe duda alguna que se afectó la unidad familiar, bien jurídico que se puede ser vulnerado con cualquier forma de violencia, que no tiene que ser necesariamente física, que se ejerza en contra de uno de los miembros de la unidad doméstica, lo que dejó claro la Máxima Guardiana Constitucional al decir:

“De otra parte, para la adecuación típica del delito de violencia intrafamiliar, como lo enseña la teoría del delito, es necesaria la existencia de antijuridicidad material en la conducta. Señala el artículo 11 de la Ley 599 de 2000. "Antijuridicidad. Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal."

En este caso, el bien jurídico tutelado por el tipo penal definido en el artículo 229 de la Ley 599 de 2000 es la familia, de tal forma que si la violencia, sea cual fuere el mecanismo para infligirla, trae como consecuencia la afectación de la unidad y armonía familiar, rompe los vínculos en que se fundamenta esta estructura esencial de la sociedad, habrá antijuridicidad, elemento necesario para sancionar penalmente la conducta, por cuanto no es la integridad física el bien jurídicamente protegido por este infracción penal.”[[12]](#footnote-12)

De igual forma, pese a que en el proceso se indicó por parte del Patrullero DELGADO GARZÓN que la señora VIVIANA MARCELA tratando de defenderse también agredía al Procesado, es necesario dejar claro que tal situación tan peculiar en nada afectaba la antijuridicidad de la conducta punible endilgada al enjuiciado, como de manera errada lo considera el recurrente, por la sencilla razón consistente en que la reciprocidad no excluye la antijuridicidad debido a que ambas partes como consecuencia de su comportamiento ilegal se encuentran por fuera del ordenamiento jurídico, como bien lo ha hecho saber la Corte en los siguientes términos:

“Acerca del primer planteamiento observa la Sala que si bien el recurrente invoca una “riña pasional” entre el acusado y su esposa, no atina a señalar ni la Corte advierte, de qué manera esa recíproca agresión entre ellos tiene la virtud de excluir la tipicidad del delito de violencia intrafamiliar por el cual se condenó a G. A. C. en las instancias, pues si el procesado fue agredido por su cónyuge, ello no lo facultaba para agredirla y por el contrario, le asistía la posibilidad de denunciarla ante las autoridades competentes…”[[13]](#footnote-13).

En suma, la Sala es de la opinión que no puede ser de recibo la tesis de la discrepancia propuesta por la recurrente, ya que se reitera, contrario a lo reclamado por el apelante, no existe prueba suficiente para efectivamente decir que el Procesado al momento de los hechos se encontraba afectado por un trastorno mental transitorio sin base patológica, lo cual lo convertía en un inimputable. Igualmente, dejando de lado todo lo dicho por la señora VIVIANA MARCELA en la entrevista que absolvió ante los Peritos Forenses, la Sala considera que sí existieron pruebas, en especial un testigo presencial de la ocurrencia de una agresión tanto física como verbal de parte del encartado hacía la víctima, que al ser analizas y apreciadas conjuntamente con otros elementos probatorios tiene el suficiente poder de convicción que se requiere para poder desvirtuar la presunción de inocencia que desde el inicio del juicio acompañó al señor YRFB.

Aunado a lo anterior, tampoco puede aceptarse lo esgrimido por el Abogado libelista en el sentido de decir que el bien jurídico tutelado por el art. 229 del C.P. no se vio afectado por lo aquí investigado, por cuanto el señor YRFB y la señora VIVIANA MARCELA continuaron conviviendo bajo el mismo techo, pues aceptando que ello sea así, desconoce la Judicatura las razones y condiciones en que tal cosa se ha venido dando, pues frente a este punto, se debe tener en cuenta que en muchas ocasiones las mujeres no se separan del agresor por temor a represalias de parte de este por el abandono del hogar, o porque de parte de las mujeres agredidas y sus hijos existe una dependencia económica e incluso emocional hacia el agresor, por tanto no puede pretender el Letrado y mucho menos el denunciado y la denunciante, que tanto la Fiscalía como la Administración de Justicia, se hagan los de *la vista gorda* respecto a lo aquí sucedido, por el simple hecho de que estos últimos continuaron habitando el mismo inmueble, pues ello no es una razón para ignorar lo sucedido, menos en un país en donde se ha vuelto costumbre que cuando suceden este tipo de riñas o de peleas al interior de una pareja, el agraviado denuncie al otro y después de haber activado el aparato judicial, decida retirar la denuncia o no presentarse a declarar, como sucedió en el presente asunto, porque “arreglaron” las cosas, y luego, cuando la agresión es más grave llegando incluso al homicidio, se diga que las cosas llegaron a esos fatales resultados, por culpa de la Fiscalía o de los Jueces porque a pesar de tener conocimiento de agresiones previas no hicieron nada para proteger a las víctimas.

Siendo así las cosas, concluye la Sala que el Juzgado *A quo* estuvo atinada en la apreciación del acervo probatorio y no incurrió en yerro alguno en la apreciación del acervo probatorio*,* el cual, sí cumplía a cabalidad con todos los requisitos exigidos por los artículos 7º y 381 C.P.P. para poder edificar una sentencia condenatoria en contra del procesado*.*

Dado todo lo dicho hasta el momento, al no asistirle la razón a los reproches que la recurrente ha efectuado en contra del fallo confutado, a la Sala no le queda otra opción diferente que la de confirmar, en todo aquello que fue objeto de impugnación, la sentencia proferida por el Juzgado *A quo*.

Por lo expuesto, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR**, en todo aquello que fue objeto de impugnación, la sentencia adiada el 03 de mayo de 2019, proferida por parte del Juzgado Segundo Penal Municipal de Dosquebradas, en la cual fue declarada la responsabilidad criminal de **YRFB** por incurrir en la comisión del delito de violencia intrafamiliar.

**SEGUNDO:** Declarar que en contra de lo decidido por la Sala en sede de 2ª instancia procede el recurso de casación, el cual deberá ser interpuesto y sustentado dentro de las oportunidades de ley.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

1. Corte Constitucional, sentencia C-370 de 2002, M.P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. [↑](#footnote-ref-1)
2. La embriaguez puede ser accidental, voluntaria, culposa o estudiada. [↑](#footnote-ref-2)
3. Sala de Casación Penal de la CSJ, sentencia Rad. # 13595. [↑](#footnote-ref-3)
4. CSJ, Sala de Casación Penal, decisión SP070-2019 Rad. # 49047, del 23 de enero de 2019. [↑](#footnote-ref-4)
5. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del seis de marzo de 2.008. Proceso # 27477. M.P. AUGUSTO J. IBAÑEZ GUZMAN. (Negrillas fuera del texto). [↑](#footnote-ref-5)
6. Artículo 8º, ordinales J y K, 16 y 18 C.P.P. [↑](#footnote-ref-6)
7. Ver entre otras: Sentencia del treinta (30) de marzo de 2006. Rad. # 24468; Sentencia del seis (6) de marzo de 2.008. Rad. # 27477; Sentencia del 21 de septiembre de 2011. Rad. # 36023; Providencia del 4 de junio 2013. Rad. # 40893. [↑](#footnote-ref-7)
8. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 16 de mayo de 2.018). SP1664-2018. Rad. # 48284. M.P. LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA. [↑](#footnote-ref-8)
9. Sala de Casación Penal, radicado No. 32829 del 17 de marzo de 2010, [↑](#footnote-ref-9)
10. Audiencia de juicio oral, 26 de octubre de 2018, H: 01:29:32. [↑](#footnote-ref-10)
11. Folio 2 del cuaderno de pruebas de la Fiscalía. [↑](#footnote-ref-11)
12. Corte Constitucional, sentencia C-368 de 2014, M.P. Dr. Alberto Rojas Ríos [↑](#footnote-ref-12)
13. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 07 de junio de 2.017. SP8064-2017. Rad. # 48047. M.P. LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA. [↑](#footnote-ref-13)