

23 FEB. 2016

República de Colombia



Rama Judicial
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Penal

Magistrado ponente: **Orlando Muñoz Neira**

Radicación:	110016 102371 2014 01392 01
Procedencia:	Juzgado 3° Penal Municipal de Conocimiento
Procesado:	Ángel Yair González González
Delitos:	Violencia intrafamiliar agravada
Motivo:	Apelación de sentencia
Decisión:	Modifica
Aprobado:	Acta No. 013 9 de febrero de 2016
Fecha y hora lectura:	22 de febrero de 2016, hora: 11:30 a.m.

Asunto

El propósito de esta decisión es resolver los recursos de apelación que la abogada defensora y la representante de la víctima interpusieron contra la sentencia condenatoria que, el 15 de diciembre de 2015, adoptó el señor Juez 3° Penal Municipal con función de conocimiento Bogotá y en la que condenó al señor Ángel Yair González González como autor responsable del delito de violencia intrafamiliar agravada.

1. Hechos

Hacia las nueve de la noche (9:00 pm) del jueves 15 de mayo de 2014, en una residencia ubicada en el barrio El Divino Niño, localidad Ciudad Bolívar de Bogotá, se presentó una discusión entre la pareja de compañeros integrada por Mayerly Briñez Guayara y Ángel Yair González González. En medio de la discusión, este arrojó al rostro de aquella un plato, con lo cual cortó la sien de la dama. Luego de ser atendida en una clínica de Saludcoop, la mujer formuló denuncia y manifestó que no era la primera vez que este tipo de hechos ocurrían. El Instituto de Medicina Legal valoró la herida sufrida por doña Mayerly, y dictaminó una incapacidad provisional de 15 días con secuelas a determinar.

Por otro hecho, también constitutivo de violencia intrafamiliar, el señor Ángel Yair se encuentra privado de la libertad en la Cárcel Distrital de Bogotá a órdenes del Juez 33° Penal Municipal de conocimiento de esta ciudad.

2. Actuación procesal

2.1. El 7 de julio del año pasado, la fiscalía formuló imputación¹ al señor Ángel Yair González, como autor responsable del delito de violencia intrafamiliar agravada (art.

¹ Fl. 36 carpeta juzgado.

229, Inc. 2º del Código Penal). El indiciado no aceptó los cargos. Para ese momento, el señor González estaba detenido preventivamente, por cuenta de otro proceso, iniciado por el mismo delito, violencia intrafamiliar, con idéntica víctima: su compañera permanente. En ese otro proceso (rad. 2014-09530), fallado el 10 de junio de 2015 por el Juzgado 33 Penal Municipal, había sido capturado en flagrancia, mientras que en este no².

2.2. El 17 de septiembre la fiscalía formuló acusación por el mismo delito³, y este caso correspondió al Juzgado 3º Penal Municipal de Bogotá.

2.3. El 13 de octubre, luego de ser iniciada la audiencia preparatoria, la defensa expresó que su cliente aceptaba los cargos y solicitó suspender esta diligencia con miras a realizar un preacuerdo⁴.

2.4. El 26 de noviembre, se verificó el allanamiento a cargos. Una vez el señor González aceptó su responsabilidad y la fiscalía allegó elementos materiales de prueba, el ente acusador dijo que la víctima solicitaba que al procesado no se le concediera subrogado alguno⁵.

3. Sentencia de primera instancia

El señor Juez 3º Penal Municipal de Bogotá condenó al señor Ángel Yair González como autor responsable del delito de violencia intrafamiliar agravada. Al lado de la aceptación de responsabilidad, encontró, para su decisión, sustento con elementos probatorios presentados por la fiscalía.

Para dosificar la pena, el juez observó el contenido del art. 229 del Código Penal, que tipifica el delito de violencia intrafamiliar con una pena de prisión que va de 4 años (48 meses) a 8 años (96 meses). De acuerdo al inciso 2º del mismo art. 229, esta pena se aumenta de la mitad ($\frac{1}{2}$) a las tres cuartas ($\frac{3}{4}$) partes cuando la violencia intrafamiliar recaiga, entre otros, en una mujer, como aconteció en este caso. Por tanto, el mínimo de la pena (48) meses se incrementa en la mitad y queda en 6 años (72 meses) de prisión, y el máximo se incrementa en las tres cuartas ($\frac{3}{4}$) partes, y queda, entonces, en 14 años (168 meses) de prisión.

Con lo anterior, el juez estableció los respectivos cuartos, y se ubicó en el primero que va de 72 a 96 meses de prisión, y, de este rango, escogió el extremo mínimo, vale decir, 72 meses (6 años) de prisión. Luego, hizo la rebaja que por aceptación de cargos consagra el art. 351 del Código de Procedimiento Penal (C. de P.P.), que es de una 3ª parte. Como la 3ª parte de 72 meses es 24 meses, la pena final consistió en la siguiente operación: $72 - 24 = 48$ meses. Fue esta la pena efectivamente impuesta. Junto a esta pena principal, al señor Ángel Yair se le impuso la prohibición de acercarse o comunicarse con la víctima y su grupo familiar.

² CD 3, récord 32:42 y ss.

³ Fls. 41-37 ibídem.

⁴ FL. 47 ibídem.

⁵ CD 3, récord 34:01 y ss.

4. Apelación

La sentencia de primera instancia fue apelada tanto por la defensa como por la representante de víctima.

4.1. Víctima

La abogada representante de la víctima apeló pues no está de acuerdo con la pena impuesta. En su opinión, esta conducta es más grave porque el procesado ya contaba con una sentencia, proferida por el Juzgado 33 Penal Municipal que lo condenó, también por violencia intrafamiliar, a 70 meses de prisión.

La letrada recuerda que el núcleo fáctico de la imputación se incluyó la presencia de las dos menores hijas del acusado y su víctima durante la agresión, lo cual constituye un ejercicio de violencia contra los niños. A propósito, se queja de que la fiscalía no hubiera acatado la petición de incluir a las menores como víctimas en este caso.

De otro lado, la representante de la víctima destacó que, conforme a una valoración de psiquiatría de Medicina Legal, en este caso existe un "progreso hacia el feminicidio".

En cuanto a la rebaja por la aceptación de cargos, consideró que el procesado no debió ser beneficiado, necesariamente, con un descuento de la tercera parte, sino que este descuento pudo ser menor. En su criterio, no hubo mayor economía procesal al tener presente las pruebas con las que contaba el ente acusador.

En vista de lo anterior, y dadas las funciones de la pena, la aquí impuesta debe incrementarse, y ser de 96 meses de prisión.

4.2. Defensa

La abogada defensora también se mostró inconforme con la decisión en cuanto a la condena que priva a su cliente de comunicarse con la víctima o su grupo familiar. Ello atenta, opina, contra los derechos de él como padre, pues él no ha realizado actos de violencia en contra de ellos.

La víctima, sostiene la abogada defensora, ha ejercido "mucha presión con la fiscalía, porque trabaja en una ONG de violencia contra la mujer". Esta presión, sostiene, impidió la acumulación de los dos procesos. Incluso, afirma, la fiscalía le prometió un preacuerdo consistente en degradar la conducta por ira, pero al llegar a la preparatoria no lo hizo "porque según la víctima los hechos eran gravísimos, y no es así." Además, la fiscalía - continúa- hizo aparecer a su cliente como si tuviera múltiples antecedentes, lo cual no es cierto.

5. Consideraciones

5.1. Violencia intrafamiliar y *ultima ratio*

5.1.1. Repetida es aquella frase de que el derecho penal, como *ultima ratio*, es el último de los instrumentos jurídicos de que un Estado hace uso frente a conductas que, apreciadas como ilegítimas o injustas, merecen el uso de las más drásticas sanciones. Aunque tal postulado no parece estar muy afín con la reciente y creciente fabricación de nuevos tipos penales, no le corresponde al juzgador valorar la conveniencia o las contrariedades de ello, al menos si la multiplicación de delitos engrosa la parte especial del Código Penal, pero dentro del ámbito constitucional de configuración propio de nuestro legislador.

En esta reciente historia de solución política de problemas sociales a través del derecho penal, parece inscribirse el nacimiento del tipo penal de violencia intrafamiliar, que hizo su asomo, en nuestra legislación sustantiva, por primera vez, con la ley 294 de 1996. Y no fue que antes la conducta estuviera cubierta, al menos en teoría, por el manto de la impunidad, pues la ley penal ya preveía el delito de lesiones personales agravadas cuando ellas afectaban a determinados miembros del núcleo familiar.

Sin embargo, la mayor estimación que, en nuestra sociedad, comenzaron a ganar los valores del respeto por el débil, la ternura hacia los niños, la convivencia pacífica y no autoritaria en el hogar, y el rechazo absoluto a cualquier tipo de violencia contra los integrantes de este, en particular, contra la mujer, hicieron que el legislador, en sucesivas reformas, no solo perfilara el tipo penal de violencia intrafamiliar de un modo más amplio, sino también con mayores penas y menores posibilidades de excarcelación.

Usado así, el derecho penal, como parte de la lucha contra la llamada *cultura machista*, enraizada en centurias de prepotencia varonil, el tipo penal de violencia intrafamiliar aflora como una herramienta que no solo es comprensible, sino, además, legítima. Del cúmulo de sanciones que por este delito impone la justicia, se espera que los miembros de la familia que antes se sentían con autoridad para atropellar a sus congéneres más cercanos, aprendan, así sea por la fuerza de la pena, que el uso indebido de la violencia tiene un precio, ante lo cual es mejor respetar que abusar.

5.1.2. Con todo y lo entendible (y hasta plausible) de los vientos penales que ahora soplan en dirección a la protección del respeto y el trato digno entre los miembros de la familia, la fuerza que el derecho penal ejerce, para que sea legítima (vale decir, para que no se equipare con aquella fuerza que rechaza), tiene que darse dentro del marco de la ley sustantiva, de un lado, y con respeto por el debido proceso, del otro. El juicio penal, incluso en delitos que causan seria conmoción social, como este de la violencia intrafamiliar, no puede convertirse en un juicio de opinión pública. El juicio penal no intenta ganar el aplauso de la audiencia, sino la conformidad con la Constitución y la ley.

Lo anterior puede conducir a que, en una sociedad que respeta la libre expresión, la opinión pública o privada catalogue de blanda una pena, o se llene de aspasiento porque un indiciado no ha sido "aún detenido", o porque ha sido liberado, pero el juez, ante tales manifestaciones, debe mantenerse neutral (incluso a costa de su propia

fama), pues su obediencia la debe no al clamor popular sino al orden jurídico que él aplica.

Y también esto permite aseverar que en procesos por delitos serios que atentan contra la parte débil de una relación conyugal o familiar, el abusador, muy a pesar de todos los calificativos negativos que pueda cargar, tiene derechos que el juez no puede obviar, y uno de esos derechos (muy pocas veces comprendido en medios comunitarios o sociales) es el de ser juzgado por lo que ha hecho, y no por lo que es. En eso consiste el llamado derecho penal de acto: solo los actos que han sido incluidos en una acusación, son aquellos que pueden ser valorados por el juez para, en caso de que resulten acreditados probatoriamente, den lugar no a la pena que solace la agitación popular o individual, sino a la pena que la ley permite.

5.2. Incremento punitivo por antecedentes penales

En este caso, varias falencias se observan en la representación de la víctima. Por ejemplo, ahora en sede apelación, esta interviniente se queja de la pena impuesta, pero una vez se allanó a cargos el procesado, ella, a través de la fiscalía, no precisó, en concreto, cuál era la pena que pretendía. Si su deseo era que, al elegir el respectivo cuarto, el juez no partiera del mínimo, lo obvio hubiera sido que así lo manifestara en forma clara. Pero a la hora de la dosificación, la fiscalía prefirió no pronunciarse en concreto al respecto. Conocido por todos los que intervenimos en procesos penales, el sistema de cuartos, la pretensión dirigida a que el juzgador se mueva en determinada dirección, debe hacerse saber, de preferencia, antes de la sentencia de primera instancia.

Además, en este particular asunto, de cara a la dosificación en concreto de la pena, la reincidencia no fue un factor que la acusación, en forma explícita, incluyera como factor que hiciera más grave el hecho imputado, lo que no obsta para que, en el futuro, pueda considerarse ante la eventual solicitud de subrogados.

5.3. Cálculo punitivo en el caso concreto

5.3.1. Dicho lo anterior, el problema jurídico relativo a la dosificación, en este caso, se puede plantear en los siguiente términos: en un caso de violencia intrafamiliar, donde el rango punitivo del cuarto respectivo se extiende de 72 a 96 meses de prisión, ¿puede el juez escoger el extremo mínimo, cuando los actos de agresión han dado como consecuencia provisional más de dos semanas de incapacidad, y han consistido en el uso de elementos cortantes que han afectado el rostro de la mujer víctima?

5.3.2. En verdad, no puede el tribunal proponer una respuesta matemática a este dilema. Con todo, si comparamos los hechos que motivaron la acusación con otros de igual tipificación en la práctica judicial, tendremos que, por ejemplo, un golpe de mano de un esposo a otro, que dé como resultado una incapacidad de dos días, sin sangrado alguno, tendría, dentro del respectivo cuarto (72-96), la misma sanción que este (72 meses), en el cual la dama ha resultado con un sangrado, fruto de una herida, que le ha cortado el rostro. No hay que olvidar que el dictamen de Medicina Legal, no controvertido por la defensa, habla de heridas lineales en rostro de 1 y 2 centímetros,

heridas que han sido suturadas, lo que permite colegir que se trató de una golpiza bastante severa.

En otras palabras, lo que quiere decir el tribunal es que si observamos, así sea hipotéticamente, varios hechos constitutivos de violencia intrafamiliar, todos ellos con posibilidad de ser sancionados dentro del mismo cuarto, no todas las violencias pasan por el mismo rasero. Hay unas más dañinas que otras. Y este concepto de daño es uno de los criterios que el art. 61 del Código Penal incluye para individualizar la pena. Así, no parece equilibrado, con el respeto que el señor juez de primera instancia nos merece, que haya escogido el extremo mínimo del respectivo cuarto punitivo.

5.3.3. Ahora bien; otros aspectos hubiesen podido tenerse en cuenta al momento de individualizar la pena, si no hubiera sido porque la fiscalía no los incluyó en su escrito de acusación. Por ejemplo, cierto es que en la imputación la fiscalía se refirió a que el acto de violencia que aquí se sanciona, lo cometió el acusado en presencia de sus dos menores hijas, pero tan crucial circunstancia fue olvidada por completo en el escrito de acusación, y no puede la sentencia reconstruir un pliego que, como ese, es eminentemente de parte. El escrito de acusación no menciona a las menores como víctimas cuando, si en su presencia, el padre golpeó a la madre de ellas, innegablemente debieron resultar afectadas con la agresiva reacción de su progenitor.

Tampoco incluyó la fiscalía, en la acusación, el motivo que desató la discordia, porque del análisis de ese motivo, hubiera podido auscultar el juez, con mayor precisión, la extensión misma de la desproporción que implicó el ataque emprendido por el señor González en contra de su esposa. Y ello porque hay unas violencias más desproporcionadas que otras. Si se leen algunas piezas procesales se descubre que la discusión comenzó porque aunque Ángel Yair había traído la comida para cenar, su hija, LC, una niña de 9 años, quería comerse una hamburguesa, pero ese hecho determinante lo olvidó la fiscalía en la imputación fáctica de la acusación.

Ahora bien; un hecho puede ser grave, pero si los aspectos que caracterizan esa gravedad no son incluidos en la acusación, el juzgador no puede adicionar esta actuación de parte, y mucho menos en perjuicio del procesado. En este caso, la acusación dedicó una buena parte a hacer una transcripción innecesaria del dictamen de Medicina Legal, pero no relató allí ni el motivo que desencadenó la agresión, ni las personas que la presenciaron, ni el hecho de que, en un primer momento, el acusado, al parecer, impidió que sus hijas buscaran ayuda a través de llamadas telefónicas a familiares. Todo ese entorno debe quedar claramente definido en la acusación o en la actuación que haga sus veces, pero no puede ser fruto de la mera creatividad del juez.

5.3.4. Por consiguiente, seleccionar el máximo del cuarto punitivo, 96 meses de prisión, como lo quiere la representante de la víctima, es, probatoriamente, imposible a estas alturas. Buena parte de las circunstancias que resalta en su libelo, hacen parte de la impugnación, pero no de la acusación que es la que, en un sistema acusatorio, delimita los hechos y el derecho a aplicar.

5.3.5. De otro lado, la rebaja, por aceptación de cargos, de la tercera parte, en el estadio en que se dio, corresponde a la discrecionalidad que al juez permite la ley penal (art. 355 No. 5 del C. P.) sin que ninguna parte o interviniente pueda asegurar la victoria

procesal sin que el juicio haya siquiera comenzado. La ley procesal penal permite las rebajas por aceptación de cargos precisamente porque tales incentivos conducen a culminar los procesos en forma más rápida, clarifican los hechos con más prontitud y evitan un juicio, cuyo desarrollo puede resultar más tortuoso para la víctima. A menos que creamos que la única solución a los problemas individuales o sociales es perpetuar la pena de prisión, hay que admitir que, en la construcción de la paz social que predicamos, la justicia penal no solo se cumple con mayores penas, sino también con decisiones más expeditas.

5.3.6. De todas maneras, lo que sí queda claro en este caso, es que en la acusación sí dio cuenta, por lo menos, del grado de daño de la lesión causada por Ángel Yair a su esposa, lesión que no solo afectó el rostro de la víctima, por donde sangró y tuvo que ser suturada, sino que la dejó con una incapacidad de más de dos semanas. Esto nos permite concluir que no sería justo partir del extremo mínimo 72 meses porque le estaríamos dando a esta violencia el mismo peso que otras de menor entidad tienen en la práctica judicial. La sala cree que, ponderada la situación, un incremento de 9 meses se justifica en este caso.

Así las cosas, 72 (extremo mínimo) más 9 da como resultado 81 meses. La tercera parte de 81 es 27, y por tanto, la operación matemática sería: 81 menos 27 = 54 meses. Esta será la pena definitiva a imponer en este caso.

5.4. Pena accesoria

Aunque el descontento de la defensa toca varios aspectos como la supuesta presión de una ONG en las resultas de este caso, o las promesas incumplidas de la fiscalía, la única petición concreta, de cara al fallo de primera instancia, que allí se observa es la que tiene que ver con que al acusado se le permita comunicarse con sus hijas. Al respecto, hay que tener en cuenta que la orden del juez *a quo*, en este aspecto, tuvo como soporte la condición de agresor del señor González. Sobre este punto, también la representante de la víctima resalta un dictamen siquiátrico de Medicina Legal que habla del riesgo de feminicidio. Siendo mujeres las dos hijas del procesado, no puede la justicia, sin mayores elementos de juicio, esconder semejante posibilidad.

Lo anterior se afirma sin perjuicio de las posibilidades que en sede de una eventual acumulación jurídica de penas pueden suscitarse. De ser ella procedente, el Juez de Ejecución de Penas habrá de acumular, jurídicamente, todas las penas, tanto principales como accesorias, y, además, al regular la ejecución concreta de estas últimas podrá determinar, ya con más especificidad, las condiciones en que ello habrá de acontecer, con la posibilidad de acceder a evaluaciones de la conducta del condenado, incluido su comportamiento en prisión y su actitud, propensa o no, a la no repetición y a la indemnización de perjuicios.

Por ahora, el hecho de que la señora defensora haya aportado la fotocopia de un manuscrito en el que una hija del señor González expresa su deseo de seguir comunicándose con su padre o de visitarlo, manuscrito que fue aportado tardíamente y que no ha sido contradicho, no nos parece de suficiente peso, sin que el análisis experto, tan crucial en estos escenarios de violencia intrafamiliar, permita colegir en

contra de los riesgos que condujeron al juez a imponer la prohibición accesoria que rechaza la abogada defensora.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad que le confiere la ley,

Resuelve:

1º. Modificar la sentencia apelada en el sentido de condenar a Ángel Yair González González a la pena principal de cincuenta y cuatro (54) meses de prisión por considerarlo autor responsable del delito de violencia intrafamiliar agravada.

2º. Confirmar, en lo demás, la sentencia apelada.

3º. Advertir que contra esta sentencia cabe el recurso extraordinario de casación que podrá interponerse con las formalidades y términos previstos en la ley.

4º Enviar copia de esta decisión al juzgado de primera instancia.

Se notifica en estrados,

Los magistrados



Orlando Muñoz Neira



Fernando Adolfo Pareja Reinemer



Alberto Poveda Perdomo