

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, cinco (05) de febrero de dos mil dieciocho (2018).

Radicado: 050016000206201612634
Procesado: Bernardo de Jesús Arenas Rojas
Delito: Violencia intrafamiliar agravada
Asunto: Apelación de Sentencia –ordinaria-
Auto: No. 4 - Aprobado por acta No. 10 de la fecha.
Decisión: Declara nulidad
Lectura: 14 de febrero de 2018

Magistrado Ponente

Dr. LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

1. ASUNTO A DECIDIR

Se apresta esta Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa, en contra de la sentencia del 30 de marzo de 2017, proferida por el Juzgado Treinta y Seis Penal Municipal de Medellín, que condenó al señor **Bernardo de Jesús Arenas Rojas**, por el punible de violencia intrafamiliar, imponiéndole una pena de 72 meses de prisión, inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término, a su vez que le negó el sustituto de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

2. ACONTECER FÁCTICO

A eso de las 14:20 horas del 6 de marzo de 2016, en la calle 34 B con carrera 127, vía pública, fue capturado el señor **Bernardo de Jesús Arenas Rojas**, por cuanto minutos antes agredió físicamente a su ex esposa Beatriz Elena Usuga y a la hija de esta, toda vez que tuvieron un enfrentamiento debido a que éste les arrebató a la infante hija de ambos A.S.A.U.

Las lesiones ocasionadas a la señora Úsuga Higuita le generaron una incapacidad médico legal de 12 días.

3. DESARROLLO PROCESAL

El 7 de marzo de 2016, ante el Juzgado Dieciséis Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín, se declaró legal la captura del señor **Bernardo de Jesús Arenas Rojas**; la Fiscalía le formuló imputación por el delito de violencia intrafamiliar cargo que no fue aceptado por el procesado. Se le impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en su domicilio bajo vigilancia electrónica.

El día 2 de mayo de 2016, la Fiscalía presentó escrito de acusación, el cual se formalizó en audiencia pública llevada a cabo el 5 de julio siguiente ante el Juzgado Treinta y Seis Penal Municipal de Medellín. La audiencia preparatoria se realizó el día 11 de octubre de 2016. El juicio oral inició el 4 de noviembre siguiente y culminó el 31 de enero de 2017, con emisión de sentido de fallo condenatorio en contra del señor **Arenas Rojas**.

La lectura de la sentencia se realizó el 30 de marzo de 2017 y frente a la misma, el defensor interpuso el recurso de apelación que ahora se resuelve.

4. LA SENTENCIA APELADA

La falladora de primera instancia considera que se cumplen las exigencias establecidas en el inciso primero del artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, para condenar al señor **Bernardo de Jesús Arenas Rojas**, por el delito de violencia intrafamiliar.

Aduce que no se estructura la legítima defensa aludida por el profesional del derecho que representa al acusado, por cuanto no se entiende cuál era el derecho que pretendía proteger el inculcado con la agresión ocasionada, por el contrario, se logró establecer que la hija de la señora Beatriz actuó frente a la provocación del acusado.

Indica que, de lo aludido por Vanesa y Beatriz, se puede establecer que querían proteger a la menor A.S.A.U., respecto a quien el señor **Arenas Rojas** tenía visitas reguladas por el ICBF, quien solo podía verla en presencia de la madre y debía presentarse a esa institución para acordar las visitas.

Argumenta que, aunque el inculcado sabía que era requerido por el ICBF, consideró que era un tema que podía esperar, lo que no se compece con la manifestación de un padre que está cansado de los atropellos de la madre de su hija pues no le dejaba ver a la menor, por lo que, si consideraba que la

progenitora estaba ejerciendo la custodia en forma irracional, debió ponerlo en conocimiento de las autoridades.

En virtud de lo expuesto, el hecho que el señor **Arenas Rojas** se acercara a las víctimas a arrebatárles la menor constituye un acto de provocación, de los que estaba acostumbrado a hacer y por los que la madre tuvo incluso que denunciarlo en diferentes ocasiones, y de quien se denota la zozobra y temor que su ex esposo le generaba.

Aunado a ello, el enjuiciado no cumplía estrictamente con lo dispuesto en las regulaciones de visitas, pues entregaba a la menor por fuera del horario establecido, y cuando tenía prohibido llevársela, este la cogía y su madre salía detrás procurando que se la devolviera, por lo que el temor de Beatriz y su hija Vanesa no era infundado.

Refiere que el procesado decidió emprender a golpes a las víctimas causándoles las lesiones probadas en juicio por parte del médico legista, dictaminándose para Beatriz una incapacidad de 12 días, con hematomas en la frente y cuero cabelludo parietal y frontal, lo que da cuenta de lo desproporcionado que resultó “la defensa” del enjuiciado.

Así las cosas, se acreditó en juicio la existencia de una agresión en contra de la señora Beatriz Elena Usuga de carácter físico, de la cual no solo se cuenta con un dictamen de medicina legal, sino además con su narración de los hechos, elocuentes, coherentes y determinantes, advirtiéndose de ellos un pasado marcado por la violencia psicológica.

En virtud de lo expuesto, se puede colegir con las pruebas debatidas en juicio, que el procesado incurrió en el delito de violencia intrafamiliar.

5. DE LA IMPUGNACIÓN

El defensor del señor **Arenas Rojas** interpuso recurso de apelación contra la decisión de primera instancia, bajo los siguientes argumentos:

Considera que erró la juez *a quo* en el análisis probatorio que hizo al sustentar la sentencia, como quiera que adujo que su representado ejercía sobre la víctima una conducta arbitraria e intimidante desde la convivencia matrimonial que se extendió hasta la fecha de los hechos, lo cual no se acreditó, pues se divorciaron hace mucho tiempo y hacía más de un año que ni podía ver a su hija ya que la madre no se le permitía y estaba a la espera de que la Fiscalía le resolviera las denuncias que había formulado por fraude a resolución judicial.

Advierte que, el despacho se quedó corto en el estudio de la tipicidad, antijuridicidad y la culpabilidad, pues frente al delito de violencia intrafamiliar no se puede concluir que con la participación de la persona en una riña familiar estuvieran presentes los elementos necesarios y la intención criminal. Pues una cosa es enfadarse con alguien y maltratarlo en un momento de pasión y otra es idear un plan para acechar y maltratar a la víctima.

Argumenta que el dolo se ha interpretado como un saber de lo que es ilícito y hacerlo de todos modos, pero en el caso concreto se acreditó solamente que

existió una agresión, sin mirar los otros componentes necesarios para proferir condena.

Aduce que se indica que su representado es responsable del delito por ser él quien inicia la agresión, basando el argumento en la violación al régimen de visitas que se limitó a un sábado cada 15 días, pero ello ocurrió por las recurrentes solicitudes de la víctima a las Comisarias de Familia para que se infiriera un patrón de maltrato y se impusieran restricciones a su representado con miras a una definitiva restricción de la patria potestad.

Indica que todas las pruebas se encaminaron a reafirmar la gresca y las lesiones sufridas por Beatriz y su hija, pero no se analizó las lesiones de su prohijado, quien reaccionó a la pasión provocada por el amor a su pequeña hija, que, si bien fue inadecuada, fue de reacción a la agresión previa de la hija de su ex esposa, además, es reconocido como un hombre bueno, serio y responsable.

Manifiesta que, pese a que se dice que su representado inició la agresión, lo cierto es que fue la víctima, quien defraudando una resolución judicial, la que le impidió ver a su hija por más de un año. En virtud de ello, la reacción de **Arenas Rojas** en el estado emocional que se encontraba era previsible, no se auto determinó, fue un acto meramente instintivo, por lo que se acreditó en juicio una situación que desencadenó la ira e intenso dolor de su cliente.

Ahora, se debe valorar que el acusado residía frente a la iglesia cristiana que la víctima frecuentaba mucho antes que fuera trasladada a ese lugar, lo que justifica el asedio a la misma, pues era lógico que lo viera todos los domingos, que se encontrara con su hija y que quisiera acercarse a ella.

Manifiesta que el tipo penal exige además de la agresión de un cónyuge a otro que sea manifestación de la discriminación, situación de desigualdad e instrumento de subyugación, elementos de los que carecen los hechos aquí relacionados, por lo que la sanción penal debe limitarse a unas lesiones personales sin secuelas.

Así pues, en sentir de la defensa la conducta es típica y antijurídica pero no culpable. En consecuencia, depreca la revocatoria del fallo para que en su lugar se absuelva al señor **Bernardo de Jesús Arenas Rojas** por el delito de violencia intrafamiliar.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1 Competencia.

Esta Sala de decisión es competente para conocer del recurso de alzada propuesto por la defensa en contra de la sentencia del Juzgado Treinta y Seis Penal Municipal de Medellín, en razón de lo prescrito en el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

6.2 Caso concreto.

Correspondería en este momento entrar a analizar de fondo los argumentos propuestos por el apelante, sino fuera porque sin mayor esfuerzo aquí se observa una flagrante vulneración a garantías fundamentales del procesado

que conlleva a la necesaria anulación de lo actuado, como se verá a continuación:

En sentencia con radicado 48047 del 7 de junio de 2017, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia precisó que en el caso del padre y madre de hijo común que vivan separados, no constituyen familia, por tanto, las agresiones físicas o morales que se puedan presentar, no comportan el delito de violencia intrafamiliar, sino, si es del caso, el de lesiones personales.

Por su pertinencia se trae a colación un extracto de la aludida providencia, donde se exponen los motivos que llevan a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia a tal interpretación:

“2. Respecto de la segunda postulación, referida a que no se trata de un delito de violencia intrafamiliar sino de lesiones personales, advierte la Corte que el artículo 229 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 33 de la Ley 1142 de 2007 dispone:

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

“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 y cinco (65) años o que se encuentre en incapacidad o disminución física, sensorial y psicológica o quien se encuentre en estado de indefensión.

(...)

Los sujetos, tanto activo como pasivo son calificados, toda vez que deben hacer parte del mismo núcleo familiar. Según el artículo 2º de la Ley 294 de 1996¹, la cual tuvo *“por objeto desarrollar el artículo 42, inciso 5º de la Carta Política, mediante un tratamiento integral de las diferentes modalidades de violencia en la familia, a efecto de asegurar a ésta su armonía y unidad”*, en vigor para la fecha de los sucesos, se consideran como integrantes de la familia:

“a) Los cónyuges o compañeros permanentes;

“b) El padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar;

“c) Los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos;

“d) Todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica”.

¹ Por primera vez, mediante esa ley, que desarrolló y reglamentó el artículo 42 de la Constitución Política, se erigieron como conductas lesivas de *“La armonía y la unidad de la familia”*, entre otras, la de *“maltrato constitutivo de lesiones personales”* descrita en su artículo 23, norma que fue subrogada por el artículo 229 del actual Código Penal, como se puntualizó por esta Sala en sentencia del 26 de septiembre de 2002, radicado 15869.

El artículo 26 de la Ley 1257 de 2008 que modificó el numeral 1 del artículo 104 de la Ley 599 de 2000, el cual establece las causales de agravación punitiva para el delito de homicidio, a las que también alude el artículo 119 para el punible de lesiones personales, dispuso en similares términos incrementar la pena cuando la conducta se cometiere *“En los cónyuges o compañeros permanentes; en el padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar, en los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos; y en todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integradas a la unidad doméstica”*.

Cuando la norma transcrita señala que procede la agravación de la pena si las lesiones recaen en *“los cónyuges o compañeros permanentes”*, se está refiriendo a aquellas que uno le cause al otro.

Cuando señala que las lesiones se produzcan en *“el padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar”*, no está apuntando a los padres entre sí, sino al hijo como posible autor.

(...)

En suma, la agravación punitiva para el delito de lesiones personales se deriva, en primer lugar del vínculo vigente de la pareja, los hijos respecto de los padres aunque no convivan, los demás ascendientes y descendientes, y los hijos adoptivos. En segundo término, de quienes conforman con carácter permanente la *“unidad doméstica”*, como puede ocurrir con una persona sin vínculo consanguíneo que conforma dicha unidad, por ejemplo, el padrastro en una *familia ensamblada o reformada* respecto de los hijos de su cónyuge concebidos en un compromiso anterior.

Puntualizado lo anterior se tiene que, en forma similar a las causales de agravación para el delito de lesiones personales, la violencia intrafamiliar puede recaer:

(i) Entre los cónyuges o compañeros permanentes entre sí, siempre que mantengan un *núcleo familiar*.

(ii) En los padres, cuando el agresor es el hijo, sin que importe si ambos progenitores conviven. Si el artículo 2 de la Ley 294 de 1996 establece que son integrantes de la familia *“El padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar”*, ello permite concluir que son familia respecto de sus hijos y por siempre, pero si esos progenitores no conviven en el mismo hogar no conforman entre ellos un núcleo familiar.

(iii) En los ascendientes y descendientes si conforman un núcleo familiar, y los hijos adoptivos, porque frente a éstos igualmente el concepto de familia impone deberes más allá de la vida en común.

(iv) En uno o varios miembros de la familia en su domicilio o residencia, causada por quien no siendo miembro del núcleo familiar, sea encargado de su cuidado.

Estas cláusulas articulan de manera perfecta la realidad social y las disposiciones normativas, al reconocer que existen vínculos familiares intemporales que imponen deberes infranqueables, y asimismo convivencias que al terminar, como las de las parejas, pierden la protección especial que el derecho les dispensa cuando existe vida en común.

Ahora, conforme al *principio de tipicidad* que hace parte del núcleo esencial del *principio de legalidad* en materia penal, se requiere que las conductas objeto de sanción se encuentren definidas en el tipo penal de forma precisa e inequívoca, para que el ciudadano esté en condiciones de decidir si ajusta su comportamiento al supuesto de hecho o se abstiene de hacerlo y, a su vez, el juez pueda constatar con nitidez si el individuo realizó o no la conducta establecida por el legislador como delictiva.

Entonces, si el artículo 229 del Código Penal sanciona a quien *“maltrate física o psicológicamente a cualquier miembro de su núcleo familiar”*, advierte la Corte que no basta maltratar a un miembro de la familia, sino a aquél que hace parte de dicho contexto nuclear.

Ahora, si el bien jurídico objeto de protección establecido por el legislador en el título V de la Ley 294 de 1996 es la “*ARMONÍA Y UNIDAD DE LA FAMILIA*” y dentro de la definición típica corresponde precisar qué se entiende por “*núcleo familiar*”, no se aviene con ello que su noción sea desentrañada, sin más, únicamente a partir del reconocimiento constitucional de “*la familia como institución básica de la sociedad*” (art. 5 Const.) o como “*núcleo fundamental de la sociedad*” (art. 42 Const.). También es necesario ponderar que si la familia “*se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla*” (art. 42 Const.), correlativamente también debe reconocerse su voluntad de darla por terminada.

Desde luego, más allá de la culminación del vínculo entre los progenitores, subsisten los lazos familiares con sus descendientes, pues siempre seguirán siendo padres y continúan con las obligaciones para con sus hijos, como las de alimentación y educación “*mientras sean menores o impedidos*” (artículo 42 Const.).

(...)

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.

(...)

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 psicológico 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.

(...)

De lo anterior concluye la Corte que para la configuración del delito de violencia intrafamiliar es necesario que víctima y víctima pertenezcan a la misma unidad familiar, “*que habiten en la misma casa*” —en los términos del citado estatuto punitivo mexicano— pues de no ser ello así, la agresión de uno a otro no satisface la exigencia típica de maltratar a un miembro del mismo núcleo familiar y tampoco vulnera el bien jurídico de la “*armonía y unidad de la familia*”, caso en el cual deberá procederse, por ejemplo, conforme a las normas que regulan el delito de lesiones personales agravadas en razón del parentesco si a ello hay lugar. (...).

En virtud de lo expuesto, y teniendo en cuenta que atinada, por decir lo menos, resulta la nueva interpretación que la Corte Suprema de Justicia ha dado al tipo de violencia intrafamiliar al considerar que no se configura el mismo cuando los padres no conviven bajo el mismo techo, pues no se satisface la exigencia típica

de maltratar un miembro del mismo núcleo familiar y teniendo en cuenta que el acontecer fáctico enseña que entre la señora Beatriz Elena Usuga y **Bernardo de Jesús Arenas Rojas**, hace mucho tiempo había cesado la convivencia, lo que se advierte es que estamos en presencia de la hipótesis punible de lesiones personales que ocasionó una incapacidad médico legal de 12 días sin secuelas a la señora Usuga. .

Así las cosas, a la luz de lo prescrito en los artículos 74 de la Ley 906 de 2004, modificado por la Ley 1142 de 2007, art. 108, y 522 de la misma normatividad, para el procesamiento de esta conducta delictual, se requería indefectiblemente querrela de parte y conciliación preprocesal, pues estos dos condicionamientos son requisitos de procedibilidad y por lo mismo hacen parte de la estructura sustancial del proceso debido.

Como en el caso *sub examine*, no existe evidencia documental de la existencia o que se hayan llevado a cabo estos actos procesales, es lo cierto que hay aquí una irregularidad sustancial que afecta todo el proceso desde sus propios inicios, porque la imputación en casos de delitos querellables no podía formularse sin haberse verificado antes la existencia de querrela de parte de la víctima y la celebración de la audiencia de conciliación.²

Siendo así las cosas y no existiendo otra alternativa diferente para corregir el error *in procedendo* sustancial, esta Sala, de conformidad con el artículo 457 procesal, debe invalidar lo actuado incluso a partir de la audiencia de imputación, para recomponer el proceso en los términos advertidos en lo que tiene que ver con el delito afectatorio de la integridad personal, esto es que la Fiscalía proceda a formalizar la querrela de parte si es el deseo de la

² Al respecto, CSJ. Rad. 29445 de 2008

víctima, en caso de que ello no se hubiere dado, y celebrar la audiencia de conciliación.

Como se advierte que la ausencia de querrela no se debió al querer de la víctima, sino al manejo que le dio la Fiscalía a este proceso de cara a la anterior interpretación de las normas que regulaban la materia, se deberá dar una interpretación amplia al artículo 73 Procesal Penal para dejar indemne el derecho de aquella, en consecuencia, se ha de aclarar que los 6 meses de caducidad de la querrela comenzarán a correr a partir de la ejecutoria de esta decisión.

7. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Constitución Política,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD de lo actuado a partir de la audiencia de imputación, para que se proceda de conformidad con lo delineado en la parte motiva de esta sentencia

SEGUNDO: Se ordena la libertad inmediata del señor **Bernardo de Jesús Arenas Rojas** por cuenta de este proceso.

TERCERO: La presente decisión es susceptible del recurso de reposición en los términos de ley.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

Magistrado

RICARDO DE LA PAVA MARULANDA

Magistrado

RAFAEL MARÍA DELGADO ORTIZ

Magistrado