LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Magistrado ponente

SP792–2019

Radicación n.° 52066

Acta 65

Bogotá, D. C., trece (13) de marzo de dos mil diecinueve (2019).

VISTOS:

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor de HUMBERTO YACAMÁN VÉLEZ contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cartagena el 8 de marzo de 2017, que revocó la absolutoria dictada el 13 de octubre de 2015 por el Juzgado Quinto Penal Municipal de esa ciudad.

HECHOS:

Olga Elena Burgos Eusse denunció que HUMBERTO YACAMÁN VÉLEZ, con quien estuvo casada durante 22 años y procreó tres hijos, la maltrataba verbalmente delante de éstos y el 16 de enero de 2009 la agredió fisicamente. Primero le pegó en la cara y luego le lanzó un puño. Para defenderse, ella tiró una patada, pero él puso la rodilla, le tomó el pie y la tiró hacia atrás. Como consecuencia, le fracturó dos dedos del pie izquierdo.

La denunciante no acudió al Instituto de Medicina Legal inmediatamente sino al ortopedista de su confianza. Posteriormente esa institución le dictaminó incapacidad médico legal de 25 días.

ANTECEDENTES PROCESALES:

1. Ante el Juzgado Octavo Penal Municipal de Cartagena, el 30 de enero de 2012, la Fiscalía imputó a YACAMÁN VÉLEZ la autoría del delito de violencia intrafamiliar agravada —art. 229 del C.P.—, cargo que no fue aceptado.

2. La audiencia de formulación de acusación se llevó a cabo el 17 de mayo de 2012 en el Juzgado Quinto Penal Municipal, autoridad que también adelantó la etapa preparatoria y el juicio oral. Cumplida dicha fase procesal, el juez anunció el sentido del fallo de carácter absolutorio y el 13 de octubre de 2015 profirió la decisión correspondiente.

3. Ante apelación del apoderado de víctimas, el Tribunal Superior de Cartagena, a través de la decisión recurrida en casación, expedida el 8 de marzo de 2017, revocó la absolución y, en su lugar, condenó al procesado como autor del delito de violencia intrafamiliar agravada y le impuso 6 años de prisión e interdicción para el ejercicio de derechos y funciones por el mismo lapso. Contra esa determinación el defensor presentó recurso extraordinario de casación, admitido por la Corte el 6 de agosto de 2018.

LA DEMANDA:

Cargo Principal. Nulidad por desconocimiento de la estructura del debido proceso —congruencia—.

Para el demandante, el Tribunal afectó las garantías del acusado en la medida que la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad, dada la notoria incongruencia entre el núcleo fáctico comunicado a HUMBERTO YACAMÁN VÉLEZ en la audiencia de formulación de imputación, los hechos puestos de presente en la acusación y las circunstancias que sustentaron la sentencia condenatoria.

Así, en la imputación se le atribuyó la presunta lesión de dos dedos del pie izquierdo de Olga Burgos Eusse en el marco de unas supuestas agresiones. El escrito de acusación aludió a violencia física y adicionó un supuesto maltrato de palabra que jamás fue mencionado en la audiencia de formulación de imputación. Y en la sentencia

se agregaron hechos y circunstancias no contempladas anteriormente como la violencia psicológica, que de manera sorpresiva incluyó el Tribunal.

Esa situación, en opinión del demandante, desconoció la coherencia que debe existir entre imputación, acusación y sentencia con respecto al núcleo fáctico y, consecuentemente, configuró nulidad por violación al derecho fundamental al debido proceso, situación que fue percibida por los magistrados que aclararon su voto en el sentido de que no podía incluirse la violencia sicológica mencionada en el fallo.

Si la fiscalía tenía interés en atribuir hechos nuevos, debía realizar una audiencia de formulación de imputación adicional, como indica la jurisprudencia. Como no lo hizo, el trámite procesal se desquició a partir de la audiencia de formulación de acusación por cuanto se incluyeron hechos que no hicieron parte de la imputación y, por ello, es necesario retrotraer la actuación hasta esa etapa procesal a efectos de que se pongan de presente todos los referentes fácticos incluidos en la sentencia condenatoria para que la defensa pueda debatirlos.

Para el censor el yerro es trascedente por cuanto la defensa no pudo controvertir las circunstancias de violencia verbal y sicológica y no existe otro mecanismo que permita subsanar la irregularidad detectada en el procedimiento, máxime cuando la defensa no la convalidó porque le era imposible prever que ello sucedería.

Pide, por tanto, decretar la nulidad de la actuación desde la formulación de acusación.

Primer cargo subsidiario. Violación indirecta de la ley por falso raciocinio.

El demandante considera que la valoración del Tribunal de los testimonios de Olga Burgos Eusse y de HUMBERTO YACAMÁN VÉLEZ, infringió las reglas de la sana crítica al desconocer la máxima de la experiencia según la cual, cuanto más reciente y espontánea es una declaración, mayor veracidad y nitidez refleja. O, lo que es lo mismo, que el paso del tiempo ocasiona que los detalles se diluyan.

Esa regla, en opinión del demandante, corrobora que la lesión en los dedos del pie izquierdo de la señora Burgos Eusse fue auto infligida porque fue ella quien lanzó la patada y, al efecto, trascribe las diversas intervenciones procesales de la denunciante.

Destaca igualmente el censor que la señora Burgos Eusse reconoció la existencia de un conflicto marital que desencadenó una serie de procesos judiciales ante diversas instancias: divorcio, liquidación sociedad conyugal, ejecutivo de alimentos y tres procesos penales que cursan en distintos despachos de la Fiscalía.

Enseguida refiere que HUMBERTO YACAMÁN VÉLEZ en su declaración aceptó que el matrimonio no pasaba por un buen momento, pero negó cualquier maltrato de palabra o de hecho hacia su ex pareja o hacia sus hijos y enfatizó que fue su ex cónyuge quien lo agredió lanzándole una patada que recibió en su rodilla, motivo por el que decidió irse de la casa en ese momento.

A criterio del defensor, el análisis coherente, apegado a la lógica y a las reglas generales de la experiencia, ausente en este caso, le habría permitido al Tribual colegir que la única lesión imputada fue causada por la acción de la denunciante.

Pide, en consecuencia, casar la sentencia del Tribunal y dejar en firme la de primera instancia.

Segundo cargo subsidiario. Falso juicio de identidad.

Acusa el censor al Tribunal de incurrir en el mencionado yerro al valorar fraccionadamente el testimonio del perito Boris Pereira Lora, médico adscrito al Instituto Colombiano de Medicina Legal y Ciencias Forenses, con quien se introdujo el dictamen realizado a Olga Burgos Eusse el 26 de febrero de 2010, el cual incorpora la valoración por especialista en ortopedia, según la cual la paciente fue atendida el 16 de febrero de 2009 por un trauma contundente en el segundo y tercer

dedo del pie izquierdo que ocasionó una fractura que produjo incapacidad médico legal definitiva de 25 días.

Lo anterior porque el testigo afirmó que según su experiencia de más de quince años, las lesiones de Olga Burgos Eusse «*no entran en contexto de las lesiones frecuentes en este tipo de eventualidades de violencia intrafamiliar…generalmente las lesiones que se presentan en estas personas pueden ser las equimosis periorbitaria conocidos comúnmente como el ojo colombiano, podemos ver las equimosis distribuidas en los tercios medios de los brazos, que nos indican que estas personas son sujetadas, también algunas equimosis que marcan huellas dactilares a nivel del cuello, algunas lesiones como excoriaciones difusas que se distribuyen en cara, en miembros superiores o espalda, pero este tipo de lesiones como son las fracturas no son muy frecuentes en este contexto de violencia intrafamiliar o violencia de pareja».*

Para el defensor, entonces, el Tribunal cercenó las afirmaciones del testigo y sólo mencionó el aparte que corrobora la existencia de un padecimiento físico, con lo cual omitió considerar un aspecto trascendental del concepto ofrecido por el experto.

Dicho yerro, a criterio del defensor, incidió en la emisión de la sentencia condenatoria contra HUMBERTO YACAMÁN VÉLEZ, pues la manifestación omitida confirma que el procesado no agredió a su entonces esposa y refuerza que fue ella quien lo golpeó con una patada.

Si hubiese valorado la prueba con apego a las reglas del artículo 420 de la Ley 906 de 2004, el Tribunal habría reconocido que, a pesar de que la víctima presentaba lesiones en su pie izquierdo, no eran consonantes con las que se detectaban en los casos de violencia intrafamiliar.

Solicita, por ende, casar el fallo de condena y dejar vigente el absolutorio de primera instancia.

Tercer cargo subsidiario. Falso juicio de identidad.

Lo hizo consistir el censor en que el Tribunal dejó de apreciar las incongruencias contenidas en el testimonio del psiquiatra Rafael Bustillo Arrieta, quien fue presentado por la Fiscalía para acreditar el estrés postraumático sufrido por Olga Burgos Eusse como consecuencia de la violencia ocasionada por el procesado.

Según el defensor, el experto afirmó haber detectado en la entrevista realizada a la señora Burgos Eusse, rasgos depresivos, sentimientos de minusvalía y problemas de autoestima originados en la situación de pareja que vivió. Sin embargo, al ser auscultado respecto de los criterios B y C del test DSMIV aplicado, no determinó en forma científica y específica, cuáles eran los que cumplía la paciente para considerar que padecía estrés postraumático.

El diagnóstico plasmado en el dictamen por el doctor Rafael Bustillo Arrieta, en su opinión, no cumple las exigencias técnicas requeridas para su elaboración en la medida que diagnosticó estrés postraumático a Olga Burgos Eusse sin haber verificado si se cumplían todos y cada uno de los criterios exigidos en el examen que le aplicó. En consecuencia, no existe acreditación de la violencia psicológica presuntamente ejercida en su contra.

Incurrió el sentenciador colegiado, por ello, en un error de hecho derivado de un falso juicio de identidad por cercenamiento, por cuanto no analizó el medio de prueba en conjunto dado que omitió que el dictamen no se apegó a los requisitos exigidos por la ciencia y técnica médica.

Si el Tribunal hubiese advertido las graves falencias presentes en el dictamen, reconocidas por el perito en la audiencia pública, en cuanto aceptó que algunos aspectos no los plasmó, otros no los valoró por haber sido mencionados en el relato, y que la totalidad de los criterios no se cumplieron, la consecuencia hubiera sido distinta ante la ausencia de certeza sobre la existencia de violencia psicológica derivada de estrés postraumático.

Pide, en consecuencia, casar la sentencia impugnada y, en su lugar, dejar vigente el fallo absolutorio de primera instancia.

ACTUACIÓN ANTE LA CORTE:

1. El defensor.

Se remite a los argumentos de la demanda, con apoyo en los cuales pide casar el fallo de segunda instancia y, en su lugar, absolver a HUMBERTO YACAMÁN VÉLEZ.

2. El Fiscal delegado desestima la incongruencia denunciada por cuanto la sutil diferencia aducida por los magistrados que aclararon voto, de la cual se nutre el demandante, admite lectura diferente a la mencionada en la demanda, esto es, que la relación fáctica de la imputación no excluye los actos complejos enunciados en la acusación y en la sentencia de segundo grado. No es cierto, a su criterio, que exista diferencia abismal en los hechos considerados en cada uno de esos actos procesales.

Por el contrario, en su opinión, el núcleo fáctico se mantiene en la imputación, acusación y sentencia, pues en todos esos actos procesales se dejó entrever la posibilidad de la violencia física y síquica. Y si en gracia de discusión llegase a descontarse la violencia sicológica, de todas maneras se materializó la física, como aceptan los magistrados que aclararon voto.

Desde el punto de vista procesal, considera el fiscal delegado, que el defensor en sus alegatos de instancia refirió la inexistencia de pruebas demostrativas de las incriminaciones de violencia física y síquica, de lo cual colige que no fue sorprendido y que, por el contrario, entendía de qué se trataba la imputación jurídica y en

relación a cuáles hechos se formuló. Con mayor razón cuando la jurisprudencia ha establecido que la consonancia no implica una perfecta armonía o identidad entre el acto de la acusación y el fallo sino el señalamiento de un eje fáctico y jurídico que permita ejercer el derecho de defensa.

Destaca además el funcionario que en el juicio la defensa contra interrogó al perito que aducía la violencia sicológica, lo que ratifica que no fue sorprendida con esa imputación.

Para el fiscal es claro que el Tribunal de Cartagena no se equivoca cuando hace notar que la actitud asumida por el procesado el 16 de enero de 2009 configura los ingredientes objetivos y subjetivos del delito de violencia intrafamiliar y la circunstancia de agravación, ser mujer, resultando inaceptable frente a las inferencias razonables que se desprenden de la prueba testimonial que se aduzcan errores en la sentencia.

Considera equivocado comparar lo que dijo la víctima en la denuncia, entrevista y en el juicio para deducir contradicciones que le restan credibilidad, pues lo narrado por Olga Burgos Eusse en el juicio fue la base fundamental del reproche y su capacidad suasoria no debía condicionarse a lo explicitado en declaraciones anteriores, que a lo sumo hubiesen servido para impugnar credibilidad.

A su criterio, probado como está que hubo una agresión por parte del procesado a su consorte al momento

de los hechos, resulta inane discutir si las lesiones que sufrió la señora Burgos Eusse fueron resultado de la fricción producida por la patada que lanzó para defenderse de la violencia que estaba sufriendo en ese instante y que había sufrido por varios años.

No encuentra configurado el falso juicio de identidad por el hecho de que el legista afirmase que ese tipo de lesiones usualmente no se presentan en víctimas de violencia intrafamiliar, pues la referida violencia, a no dudarlo, surge como una realidad de lo declarado por la señora Burgos, ratificada por el testigo Luis Murillo, quien no observó la agresión, pero trasladó a la víctima al hospital para que la atendieran.

No existe duda razonable, en su opinión y, por ello, no se debe casar la sentencia.

3. Apoderada de Víctimas.

Coadyuva los planteamientos expuestos por la Fiscalía y destaca que Olga Burgos Eusse y sus hijos han sido víctimas de escarnio público por atreverse a denunciar la violencia padecida al interior de un hogar de clase alta de la ciudad de Cartagena. Considera, además, que no existe ninguna diferencia entre los hechos de la imputación, la acusación y la sentencia, los cuales tuvo la oportunidad de controvertir la defensa.

4. La Procuraduría.

Para la Delegada, los cargos propuestos por el censor no están llamados a prosperar. En primer lugar, porque la violación al debido proceso denunciada no se configura en la medida que la variación jurídica procede siempre y cuando se respete el núcleo fáctico de la acusación, no se agrave la situación del procesado y no se afecten las garantías de los intervinientes. La congruencia, en su opinión, se establece entre la acusación y la sentencia, no entre la imputación y la acusación como adujo el demandante.

Por demás, verificado el contenido de imputación, acusación y sentencia, la encontró coincidente en el núcleo fáctico y jurídico, pues los hechos, el tipo de violencia y las circunstancias de tiempo modo y lugar son similares, de manera que la defensa nunca fue sorprendida con imputaciones adicionales.

Desestima las críticas contenidas en los cargos subsidiarios porque si bien existen pequeñas contradicciones en el testimonio de Olga Burgos Eusse, la testigo efectuó una exposición razonable y es el transcurso del tiempo entre la denuncia y la declaración en el juicio el que explica las diferencias, las cuales, además, no afectaron la naturaleza de los hechos ni las circunstancias en que se desarrollaron. Máxime cuando su dicho fue corroborado por las declaraciones del perito de medicina legal y el señor Luis Hernán Murillo, quien, aunque no fue testigo de la

agresión, observó el grado de afectación cuando la trasladó a interponer la denuncia.

Y aunque en su declaración el procesado se presenta como un buen hombre, incapaz de estos actos y víctima de exigencias económicas de su ex esposa, a criterio de la Procuradora, esas afirmaciones carecen de soporte probatorio. Por el contrario, encuentra demostrado que YACAMÁN VÉLEZ agredió a Olga Burgos Eusse, de manera que están presentes los elementos que conforman el delito de violencia intrafamiliar y, por ello, no se debe casar la sentencia.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

La defensa atribuye a la sentencia la violación del debido proceso porque los hechos en ella considerados difieren de los establecidos en la imputación y en la acusación, con lo cual se afectó la estructura procesal y el derecho de defensa.

En forma subsidiaria plantea la vulneración indirecta de la ley sustancial, vía falsos juicios de raciocinio y de identidad, porque al valorar la declaración de la denunciante el Tribunal omitió reglas de la experiencia que le restaban credibilidad y, de otra parte, cercenó el contenido de los testimonios de Boris Pereira Lora y Rafael Bustillo Arrieta, pruebas que correctamente valoradas indicaban que HUMBERTO YACAMÁN VÉLEZ no agredió a su ex esposa, sino que las lesionas fueron auto infligidas.

1. Fundamentos de los fallos de instancia.

1.1. Luego de reseñar las pruebas recaudadas, el juez de primer grado consideró demostrado, a partir del propio testimonio de la denunciante, que la lesión dictaminada por medicina legal fue auto infligida porque ella fue quien lanzó la patada al procesado. Sobre la violencia sicológica consideró que *«no existe evidencia suficiente en el dictamen psiquiátrico practicado en la persona de OLGA ELENA BURGOS EUSSE para establecer que el mismo se trata de estrés post traumático…la información expresada en el precitado dictamen no tiene fundamento médico necesario para establecer el diagnóstico dado».*

Por duda, en consecuencia, absolvió al procesado.

1.2. El Tribunal coligió la autoría del delito de violencia intrafamiliar por parte de HUMBERTO YACAMÁN VÉLEZ al hallar demostrada la agresión física y verbal aducida por Olga Elena Burgos Eusse, a partir de su testimonio, el cual encontró corroborado con las declaraciones del médico Boris Pereira Lora y del conductor Luis Hernán Murillo.

Consideró, además, que las contradicciones observadas en la declaración de la denunciante no restan credibilidad a sus manifestaciones porque fue enfática en señalar a HUMBERTO YACAMÁN VÉLEZ como su victimario y desde la fecha en que se presentó la denuncia

y su intervención en el juicio medió un tiempo considerable, *«circunstancia que incide en la forma en que los hechos se fijan en la memoria, resultando normal que no se reseñen con precisión algunos aspectos, como ubicación puntual del victimario o ángulo exacto de la agresión».*

Condenó al procesado, en consecuencia, al hallarlo responsable del delito que le fuera imputado.

2. Temas objeto de debate.

Como la demanda se declaró ajustada a las exigencias previstas en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, la Sala la analizará al margen de las deficiencias que presenta, con el objetivo de resolver los problemas jurídicos propuestos frente a los fines del recurso de casación, esto es, garantizar la eficacia del derecho material, el respeto de las garantías de quienes intervinieron en la actuación y la reparación de los agravios inferidos a las partes.

Con ese propósito, la Sala estudiará, en primer lugar, la congruencia de la decisión y, enseguida, revisará la prueba acopiada en el juicio a efectos de establecer o descartar los errores de hecho denunciados.

2.1. Principio de Congruencia.

2.1.1. De acuerdo con el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, el *«acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los*

cuales no se haya solicitado condena», mandato que surge de la interpretación de los artículos 29, 31 y 250 de la Carta Política, 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Lo anterior tiene su razón de ser en que la congruencia confiere racionalidad y coherencia a la actuación procesal y permite al procesado ejercer en forma efectiva su defensa, en la medida que sólo puede ser condenado por hechos y delitos contenidos en la acusación, sin que sea posible sorprenderlo con imputaciones frente a las que no ejerció contradicción.

La Corte ha precisado que el citado principio puede ser infringido por acción u omisión, cuando el funcionario judicial condena en alguno de los siguientes eventos:

> *«(i) por hechos no incluidos en la imputación y acusación o por conductas punibles diversas a las atribuidas en el acto de acusación;*
>
> *(ii) por un delito jamás mencionado fácticamente en la imputación, ni fáctica y jurídicamente en la acusación;*
>
> *(iii) por el injusto por el que se acusó, pero le adiciona una o varias circunstancias específicas o genéricas de mayor punibilidad, o*

(iv) por la conducta punible imputada en la acusación, pero le suprime una circunstancia genérica o específica de menor punibilidad reconocida en la acusación (CSJ SP, 15/05/08, rad. 25913, SP 16/03/11, rad. 32685).

Y ha clarificado que como la congruencia no es estricta, sino flexible, es viable que, sin lesionar dicho principio, el juez se desvíe jurídicamente del contenido de la acusación y condene por un reato diverso al allí imputado, siempre que,

«i) la modificación se oriente hacia una conducta punible de menor entidad —en CSJ SP, 30 nov. 2016, rad. 45589, reiterada en CSJ SP2390-2017, rad. 43041, se aclaró que la identidad del bien jurídico de la nueva conducta no es presupuesto del principio de congruencia, por lo que nada impide hacer la modificación típica dentro de todo el Código Penal—;

ii) la tipicidad novedosa respete el núcleo fáctico de la acusación, y

iii) no se afecten los derechos de los sujetos intervinientes» (CSJ AP5715-2014).

También ha precisado la Sala que la descripción fáctica de los hechos atribuidos al procesado no puede ser objeto de modificación sustancial a lo largo del proceso, entendido este como el trámite formalizado que comienza con la formulación de imputación y termina con la

sentencia ejecutoriada, de suerte que la obligación de conservar el núcleo central del componente fáctico opera desde la formulación de imputación (CSJ SP4792-2018). Al respecto, la jurisprudencia ha precisado:

> *Significa lo expuesto que si bien el representante de la Fiscalía General de la Nación se encuentra facultado para tipificar de manera circunstanciada la conducta por la cual ha presentado la acusación luego de su exposición durante la audiencia del juicio oral, según lo estipulado en el artículo 443 del nuevo estatuto procesal, lo que entraña, en últimas, la posibilidad de variar la calificación jurídica provisional de las conductas contenidas en la acusación, por manera alguna tal potestad puede llegar hasta alterar el aludido núcleo central de la imputación fáctica o conducta básica, como lo tiene dicho la Sala desde cuando fijó las pautas referentes al principio de congruencia con relación a la Ley 600 de 2000 a través de criterio que mantiene actualidad frente a las previsiones de la Ley 906 de 2004* (CSJ SP 28/02/08, rad. 26087).

El proceso regido por la Ley 906 de 2004, entonces, adopta un sistema rígido de la descripción fáctica y flexible de la delimitación típica o jurídica, en virtud del cual el principio de congruencia se satisface si se describen clara, precisa y detalladamente los hechos, mientras que la calificación jurídica puede ser modificada durante el

proceso *«por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa»* (CSJ SP4792-2018).

2.1.2. Pues bien, en la audiencia de imputación la Fiscalía comunicó a HUMBERTO YACAMÁN VÉLEZ que le atribuía responsabilidad por el delito de violencia intrafamiliar agravado, por materializarse contra una mujer, por los hechos acaecidos el 16 de enero de 2009, según denuncia de Olga Elena Burgos Eusse, acorde con la cual, el procesado

> *«la agredió físicamente, que primero le pegó en la cara, luego le lanzó un puño y ella metió su mano para defenderse de este, quien la maltrató nuevamente y le pegó una patada, que metió su rodilla y le fracturó dos dedos de su pie izquierdo, que luego la tomó por el pie, la tiró hacia atrás y continuó agrediéndola físicamente porque le manifestó que venía para la fiscalía a denunciarlo. Que ese día no pudo ir a medicina legal porque fue a consultar a su médico ortopeda* (sic) *de confianza, por las lesiones que había sufrido en sus dos dedos, debido a que no soportaba el dolor. Que aproximadamente un mes después se suscitaron nuevos hechos de violencia por parte de su esposo y contra su hija Natalia Yacamán Burgos».*

En la audiencia de acusación la Fiscalía fijó el supuesto fáctico de la siguiente manera:

«Narra la víctima señora Olga Burgos Eusse que convive desde hace 22 años —para la fecha de la querella— con el señor Humberto Yacamán Vélez, de esa unión existen tres hijos, que este señor cada vez que quiere la maltrata verbalmente delante de sus hijos. El día 16 de enero de 2009, tuvieron una discusión en la cual Yacamán Vélez le lanzó toda clase improperios y terminó agrediéndola físicamente, propinándole golpes en diferentes partes del cuerpo».

Y en la sentencia de segunda instancia se condenó al procesado por haber ejercido violencia física y verbal contra quien era su esposa al momento de la agresión, pues la víctima

«fue enfática y contundente, al señalar al señor Humberto Yacamán Vélez, persona con la que mantiene una relación de pareja desde hace muchos años, como su victimario, quien le ocasionara el día 16 de enero de 2009, lesiones en su humanidad, esto es fractura de dos dedos de su pie izquierdo, más los ataques verbales, consistentes en reiteradas humillaciones y atentados contra su dignidad humana, consistentes en recriminaciones de su vida privada…».

Como se observa, en la audiencia de imputación se atribuyó a YACAMÁN VÉLEZ exclusivamente la violencia física ejercida el 16 de enero de 2009 contra Olga Burgos Eusse, sin que se hiciera mención alguna a los actos de

violencia verbal posteriormente incluidos en la acusación y en la sentencia.

Esta situación alteró el principio de inmutabilidad fáctica explicitado en el capítulo anterior con evidente afectación de la estructura del proceso como es debido, lo que impone excluir la imputación por ese tipo de violencia del análisis que se efectuará en esta decisión.

No se hará alusión tampoco al segundo hecho de violencia física mencionado en la imputación por cuanto fue marginado de la acusación por parte de la Fiscalía, dado que no refirió ese episodio narrado por la denunciante.

Con todo, como la atribución de responsabilidad por la violencia física ejercida el 16 de enero de 2009 por el procesado contra su cónyuge permaneció incólume en la imputación de cargos, en la acusación y en la sentencia, no hay lugar a anular la actuación como propone el demandante, pues la falencia se supera excluyendo el ataque verbal que no fue mencionado en el acto de comunicación de cargos.

2.2. La violencia intrafamiliar.

2.2.1. El demandante aduce que el Tribunal incurrió en falsos juicios de raciocinio y de identidad al valorar la prueba testimonial, yerros que le impidieron colegir, como

debía hacerlo, la inexistencia del delito denunciado porque la lesión padecida por Olga Burgos Eusse fue auto infligida.

Luego de examinar el material probatorio recaudado en el juicio, la estructura típica del delito imputado, las razones de las decisiones de instancia, así como los argumentos del casacionista y de los intervinientes en la audiencia de sustentación del recurso extraordinario, la Sala encuentra que el Tribunal no incurrió en lo yerros aducidos por la defensa y que, por ello, no hay lugar a casar la sentencia de segundo grado.

En efecto, contrario a lo considerado por el censor, el testimonio de Olga Burgos Eusse ostenta coherencia, univocidad y contundencia, elementos suficientes para otorgarle credibilidad cuando afirma que el 16 de enero de 2009 HUMBERTO YACAMÁN VÉLEZ desplegó actos de violencia física en su contra.

En efecto, la testigo relató en forma congruente la manera en que sucedieron las agresiones y narró similares circunstancias de tiempo modo y lugar en las diferentes versiones que suministró a las autoridades, esto es, en el juicio y en la denuncia —leída a petición de la defensa— e, incluso, contó espontáneamente que fue ella quien lanzó el pie con el propósito de defenderse. Y si bien en el debate público no utilizó la expresión *«lanzar una patada»,* si dijo que ella *«tiró el pie para defenderse»*, lo que a la larga significa lo mismo. De esta manera, las contradicciones

fundamentales que la demanda atribuye a la víctima en realidad no existen.

La versión de la ofendida, además, se corrobora con el testimonio de Luis Hernán Murillo Vega quien la transportó el día de los hechos de su casa a la Fiscalía General de la Nación para que interpusiera la denuncia respectiva y pudo advertir el dolor y la angustia que presentaba. De igual forma, con el testimonio del médico legista Boris Pereira Lora, quien declaró sobre las lesiones sufridas por Olga Burgos Eusse en los dedos del pie izquierdo.

Ahora bien, el demandante considera que el Tribunal incurrió en un falso raciocinio porque al valorar el testimonio de la ofendida ignoró la máxima de la experiencia según la cual, cuanto más reciente y espontánea es una declaración, mayor veracidad y nitidez refleja, pues el paso del tiempo ocasiona que los detalles se diluyan.

Esa afirmación se aleja de la realidad procesal en la medida que el Tribunal le otorgó credibilidad al testimonio de Olga Burgos Eusse en aplicación, precisamente, de dicha regla. En tal sentido, la sentencia de segundo grado señala que las *«pequeñas contradicciones…no le restan absoluta credibilidad a sus manifestaciones»* porque *«cuando interpuso la denuncia por los hechos aquí juzgados, medió un tiempo considerable entre aquel y el día en que efectivamente rindió la declaración en el juicio oral,*

circunstancia que incide en la forma en que los hechos se fijan en la memoria, resultando normal que no se reseñen con precisión algunos aspectos, como ubicación puntual del victimario o algún ángulo exacto de la agresión».

El cargo resulta insustancial por cuanto no evidencia la infracción de la máxima aducida ni de ninguna otra, lo cual descarta el falso raciocinio pregonado en la demanda.

Por demás, la tesis según la cual la lesión fue auto infligida fracciona el testimonio de la víctima sobre los hechos acaecidos el 16 de enero de 2009, pues sólo considera una parte de ellos y deja de lado el apartado que afecta al procesado.

Es cierto, como aduce la demanda, que la víctima reconoció haber lanzado la patada que ocasionó la fractura de los dedos de su pie izquierdo. Sin embargo, siempre explicó —en la denuncia y en el juicio— que ello obedeció a la necesidad de defenderse de la agresión iniciada por HUMBERTO YACAMÁN VÉLEZ, quien la golpeó en la cara y en el cuerpo, circunstancia pretermitida por el defensor que, a no dudarlo, descarta la autoagresión aducida. Obsérvese lo narrado por la señora Burgos Eusse:

> *«Refiriéndome al hecho específico, ese día iba para una clase de tenis, antecitos de las 8 yo estaba sacando mi ropa de tenis, estaba entre las puertas del closet, cuando siento que él abre la puerta y con unos papeles me está pegando en la cara y me dice «mire lo que estos*

hp abogados me mandan», yo no sabía de qué me estaba hablando…yo cogí e hice así y lo quité, entonces el trató de darme un puño, yo puse la mano, yo he sido deportista siempre, entonces yo tengo buenos reflejos, entonces yo alcancé a poner la mano, entonces me dio en la mano, luego me empuja, yo viendo esto, que ya hay más espacio en la habitación porque yo ya había salido del rincón del closet, yo me siento y tiró el pie para defenderme, entonces él con la rodilla me parte un dedo del pie izquierdo…en ese momento sube la empleada y se pone en la mitad y me dice «niña Olga deje eso así»».

Siendo ello así, el procesado no fue un sujeto pasivo del accionar de la Olga Burgos Eusse como plantea la defensa, pues fue quien irrumpió en la habitación de la víctima y la golpeó en la cara y en la mano, actos que por sí sólo configuran la violencia intrafamiliar denunciada.

En efecto, el delito de violencia intrafamiliar está tipificado en el artículo 229 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 33 de la Ley 1142 de 2007, de la siguiente manera:

Violencia intrafamiliar. 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 y cinco (65) 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 en su domicilio o residencia, y realice alguna de las conductas descritas en el presente artículo.

Se trata de un tipo penal subsidiario porque únicamente es aplicable si el maltrato físico o psicológico, no constituye delito sancionado con pena mayor. Los sujetos activo y pasivo son calificados, en la medida que ambos deben hacer parte del mismo núcleo familiar, pues lo que se protege es la coexistencia pacífica de la familia como institución básica de la sociedad, elementos todos que se reúnen en este caso, dada la gravedad del incidente del 16 de enero de 2009 que tuvo la entidad suficiente para afectar el bien jurídico protegido por el tipo penal.

2.2.2. El demandante también denuncia un falso juicio de identidad porque, a su criterio, el Tribunal valoró en forma fraccionada la declaración del perito Boris Pereira Lora, médico adscrito al Instituto Colombiano de Medicina Legal, en tanto cercenó la afirmación del legista, según la cual, el trauma en el segundo y tercer dedo del pie

izquierdo que desencadenó la fractura, no guarda consonancia con los que de ordinario se observan en episodios de violencia intrafamiliar.

Pues bien, es cierto que el testigo manifestó que *«este tipo de lesiones no entran en contexto de las lesiones frecuentes en este tipo de eventualidades de violencia intrafamiliar»* y es verdad que el Tribunal no se refirió a esa afirmación del galeno.

Esa falencia, sin embargo, no ostenta los alcances ni la trascendencia que el censor le otorga por cuanto el hecho de que la lesión en el pie de Olga Burgos Eusse no se identifique con las que de ordinario se observan en las víctimas de violencia intrafamiliar no significa que no se haya producido en el contexto de agresión denunciado.

Aún más, el médico legista nunca dijo que la lesión de la señora Burgos Eusse no se produjo a consecuencia de la agresión de YACAMÁN VÉLEZ o que es imposible que se produjera en la situación aducida por la paciente. Simplemente opinó que no eran comunes en situaciones de violencia intrafamiliar. Pero el hecho de que no sean comunes no significa que no se puedan presentar, pues cada caso presenta particularidades diferentes. En el evento examinado, la lesión se produjo como consecuencia del acto defensivo desplegado por la víctima contra la agresión de quien en ese momento era su esposo, situación que explica su singularidad.

No es cierto, por tanto, que la manifestación del galeno demuestre que HUMBERTO YACAMÁN VÉLEZ no agredió a su esposa o que ésta se auto golpeó, como erradamente aduce la defensa, porque el testigo jamás afirmó cuál fue la causa y el origen de la lesión.

Al carecer de la trascendencia necesaria para derruir la declaración de justicia contendida en el fallo de segundo grado, el cargo no puede prosperar.

2.2.3. En el último cargo el censor afirma que el Tribunal dejó de apreciar las incongruencias contenidas en el testimonio del psiquiatra Rafael Bustillo Arrieta, quien fue presentado por la Fiscalía para acreditar el estrés postraumático sufrido por Olga Burgos Eusse como consecuencia de la violencia ocasionada por el procesado.

Ningún análisis procede respecto a este reproche, dado que la imputación de responsabilidad por la violencia verbal fue marginada de la sentencia, como se explicó en el apartado correspondiente.

Por lo expuesto, la SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

CASAR PARCIALMENTE la sentencia impugnada, expedida por el Tribunal Superior de Cartagena el 8 de marzo de 2017, para declarar que la conducta por la que se condenó a HUMBERTO YACAMÁN VÉLEZ no incluyó violencia verbal o sicológica.

En lo restante se mantienen incólumes las determinaciones adoptadas en el fallo.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

EYDER PATIÑO CABRERA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria