



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrada Ponente
PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

SP8666-2017
Radicación N° 47.630
(Aprobado Acta N° 193)

Bogotá D.C., catorce (14) de junio de dos mil diecisiete (2017)

VISTOS

Culminada la audiencia de sustentación de que trata el art. 184 inc. 4° de la Ley 906 de 2004 (en adelante C.P.P.), la Corte resuelve el recurso de casación interpuesto por la representante de las víctimas -Nelly Novoa Grimaldos y su hijo menor de edad¹-, contra la sentencia del 26 de noviembre de 2015, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

¹ Cuyo nombre se omite, no sólo con el propósito de proteger la intimidad del niño, sino teniendo en cuenta que la revelación de su identidad se ofrece innecesaria frente al objeto de la presente decisión (art. 44 de la Constitución, así como arts. 33 y 193-7 de la Ley 1098 de 2006).

I. HECHOS

Según se extracta de las sentencias de primera y segunda instancia, Nelly Marisol Novoa Grimaldos fue la compañera permanente de JAIRO EZEQUIEL ACERO FAJARDO, con quien procreó a dos hijos, para la época de los hechos de 5 y 7 años de edad. Habiendo cesado el vínculo afectivo, la señora Novoa Grimaldos mantuvo contacto con aquél por varios años, en el marco del ejercicio conjunto de la patria potestad de sus hijos comunes. En ese contexto, el señor ACERO FAJARDO agredió en múltiples ocasiones, tanto física como verbalmente, a su excompañera permanente; algunas veces, en presencia de sus hijos. Así mismo, ejerció violencia corporal en contra de uno de ellos.

El 1° de enero de 2014, por petición de JAIRO EZEQUIEL, la señora Novoa acudió al lugar de residencia de aquél, en la calle 132 A N° 97-91 de Bogotá, en compañía de sus hijos. El señor ACERO FAJARDO se había comprometido a sufragar la cuota alimentaria acordada para el sostenimiento de los menores. Empero, llegó embriagado y diciendo que no tenía dinero para cumplir la obligación. Como uno de los menores -el niño- se percató de que su padre escondía billetes en sus zapatos y así se lo advirtió a su progenitora, se enfureció y le pegó una palmada en la cara al menor, que le generó una hemorragia nasal. Enseguida, se abalanzó en contra de Nelly Marisol, la sujetó por el cuello, la tiró al piso y allí la pateó varias veces, diciéndole que la iba a matar. Los niños, llorando, suplicaban a su padre que dejara de golpear a su mamá. Producto de las agresiones, a la señora Novoa Grimaldos le fueron dictaminadas lesiones con incapacidad médico legal por ocho días, sin secuelas.

El 25 de septiembre subsiguiente se repitieron los actos de maltrato. Nelly Marisol acudió a las 8:00 p.m. al sitio de trabajo de JAIRO EZEQUIEL, porque éste la citó a fin de entregarle la cuota alimentaria. Le ofreció apenas \$ 10.000, lo que provocó un reclamo por parte de aquélla, quien le exigió el pago de por lo menos \$ 50.000. En respuesta a tal exigencia, el señor ACERO FAJARDO la ofendió con groserías, la empujó, le pegó un puño en la cara y le tiró al piso los \$10.000. Los golpes quedaron evidenciados en un dictamen de lesiones con afectación de la nariz de Nelly Novoa, con incapacidad médico legal de ocho días.

Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.

El 1° de enero de 2015, el niño se quedó en la casa de JAIRO EZEQUIEL ACERO. Al día siguiente habría de acudir Nelly Marisol con su hija para que fueran al parque y aquél le cancelara la cuota de alimentos. Cuando llegaron a la residencia, el menor le contó a su mamá que su padre lo había dejado encerrado todo el día, porque se fue a tomar con un vecino. Cuando el señor ACERO FAJARDO llegó, le entregó a la madre de sus hijos \$100.000. Por tratarse de un pago incompleto de la mesada, aquélla se negó a firmar el recibo correspondiente, indicándole a aquél que lo haría cuando le diera el resto del dinero. A ello reaccionó JAIRO EZEQUIEL con palabras soeces, diciéndole a Nelly, delante de los menores, “*que ella tenía mozo*”, al tiempo que a la fuerza le arrebató los billetes de la mano. El niño intentó intervenir diciéndole a su padre que no le pegara a su mamá, pero aquél lo empujó contra una puerta y lo hizo golpear en la frente, produciéndole lesiones en el labio con incapacidad médico legal de ocho días, mientras que a la señora Novoa Grimaldos le fueron diagnosticadas escoriaciones en dedos y dorso de la mano derecha, con incapacidad de siete días.

II. ANTECEDENTES PROCESALES PERTINENTES

Con fundamento en los referidos hechos, el 21 de enero de 2015, ante el Juzgado 36 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, la Fiscalía formuló imputación a JARIO EZEQUIEL ACERO FAJARDO, como posible autor de violencia intrafamiliar agravada -por haber recaído la conducta sobre un menor de edad y una mujer- en concurso sucesivo homogéneo (arts. 31 inc. 1° y 229 inc. 2° del C.P.), cargo que no fue aceptado por el imputado. En contra de éste, seguidamente, se impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

El 3 de marzo subsiguiente, el procesado celebró con la Fiscalía un preacuerdo aceptando su responsabilidad por el delito que se le imputó, a cambio de que se aplicara la diminuyente punitiva de que trata el art. 57 del C.P. Dicho convenio fue presentado como escrito de acusación.

El proceso le correspondió al Juzgado 19 Penal Municipal de Conocimiento de Bogotá. Tras impartir legalidad al preacuerdo y correr el traslado del art. 447 del C.P.P., el juez dictó sentencia el 15 de mayo de *Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.*

2015. Declaró la responsabilidad penal del acusado como autor del delito de violencia intrafamiliar, en concurso homogéneo y sucesivo. En consecuencia, lo condenó a las penas de prisión, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, privación del derecho a acudir al lugar de residencia de las víctimas e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por el término de 17 meses y 10 días. Por otra parte, negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

En respuesta al recurso de apelación interpuesto por la representante de las víctimas, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la sentencia atrás referida, “*modificó*” el fallo impugnado. Consideró que el delito de violencia intrafamiliar no tuvo ocurrencia en relación con Nelly Marisol Novoa Grimaldos, porque ésta no convivía con el acusado, a quien declaró autor responsable del delito de lesiones personales (arts. 111 y 112 inc. 2° del CP) -siendo víctima la señora Novoa Grimaldos-, en concurso con “*doble*” violencia intrafamiliar, por el maltrato dado a su hijo. En consecuencia, reajustó la pena a 15 meses de prisión, al tiempo que concedió la prisión domiciliaria².

Dentro del término legal, la representante de las víctimas interpuso el recurso extraordinario de casación y allegó la respectiva demanda. Estando el proceso en turno para la calificación de la demanda de casación, el juzgado de conocimiento, mediante auto del 25 de mayo de 2016, dispuso la libertad del sentenciado por pena cumplida. El 13 de junio subsiguiente, la Sala admitió el libelo, cuyos cargos se reseñan a continuación.

III. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 Demanda de casación

Con el propósito de que se unifique la jurisprudencia, en punto de la interpretación de los ingredientes normativos que integran el tipo penal de violencia intrafamiliar, concretamente en lo que debe entenderse por *núcleo familiar*, así como en lo concerniente a la relación entre dicho delito y las lesiones personales -desde la perspectiva de la congruencia-, la demandante

² Cfr. fl. 30 sent. 2ª inst.

formula dos cargos contra la sentencia de segunda instancia, por la vía de la violación directa de la ley sustancial (art. 181-1 del C.P.P.).

Por una parte, cuestiona que el Tribunal hubiera concluido que el delito de violencia intrafamiliar no se configuró con base en el maltrato dado por el acusado a su excompañera permanente y madre de sus hijos, tanto más cuanto, resalta, habiéndose formulado acusación por una conducta punible contra la familia, no le era permitido al *ad quem* emitir condena por un delito que protege la integridad personal; por otra, ataca la sentencia por haber concedido la prisión domiciliaria.

En desarrollo del **primer cargo**, denuncia la aplicación indebida de los arts. 111 y 112 del C.P., la falta de aplicación de los arts. 229 *idem* y 2° lit. b) de la Ley 294 de 1996, así como la interpretación errónea del art. 448 del C.P.P., por una lectura equivocada de la jurisprudencia especializada³.

Al limitar las eventualidades de violencia intrafamiliar a actos de maltrato surgidos en el marco de la convivencia entre cónyuges o compañeros permanentes, prosigue, el Tribunal desconoce que la familia, por expresa disposición legal, también puede estar integrada por el padre y la madre de familia, *aunque no convivan* en un mismo hogar. En ese último supuesto, destaca, es de la mayor relevancia cuando el núcleo familiar está integrado por menores de edad, a quienes entre otras prerrogativas les asisten los derechos fundamentales de tener una familia y no ser separados de ella, así como el cuidado, el amor y la educación.

Toda forma de violencia en la familia -entendida como el núcleo fundamental de la sociedad-, resalta, se considera destructiva de su armonía y unidad. De ahí que deba ser prevenida, corregida y sancionada por las autoridades públicas (art. 3° lit. b de la Ley 294 de 1996). Por ello, puntualiza, toda persona que *dentro de su contexto familiar* sea víctima de daño físico, síquico o daño a su integridad sexual, amenaza, agravio, ofensa o cualquier otra forma de agresión por parte de otro miembro del grupo familiar, merece protección del derecho penal (art. 4° *idem*). Y esa protección contra la violencia intrafamiliar, agrega invocando la jurisprudencia constitucional⁴, tiene ocurrencia entre las personas que de manera

³ Se refiere a CSJ AP 30 sept. 2015, rad. 45.865.

⁴ C. Const. sent. C-674 de 2005.

permanente se hallaren integradas a la unidad doméstica, *aunque no convivan bajo el mismo techo*.

Desde esa perspectiva, alega, es incorrecto que el *ad quem* hubiera aseverado que en el presente caso no se alteró la armonía ni se afectó el entorno filial debido a las agresiones de las que fue víctima Nelly Novoa. Si bien, dice, se había acabado la unión marital entre aquélla y el señor ACERO FAJARDO, también es verdad que entre ellos existe un vínculo “*de por vida*” en razón de la procreación de los hijos. Para estos menores, enfatiza, su familia está compuesta por padre, madre y hermanos, así no convivan con ellos.

El concepto de familia circunscrito a la convivencia permanente, aplicado por el Tribunal, puntualiza, es retrógrado y desconoce nuevas formas de relacionamiento que el derecho ha venido reconociendo, inclusive en contextos de parejas homosexuales. Por consiguiente, expone, es incorrecto que se hubiera afirmado la *mera* afectación de la integridad personal de la señora Novoa Grimaldos, pues entre ésta y el acusado existe una relación económica, emocional y social de excompañeros y *padres* de sus hijos menores de edad.

La interpretación normativa aplicada por el *ad quem*, prosigue, es además contraria a la perspectiva de género que subyace a los instrumentos normativos que proscriben y sancionan la violencia contra las mujeres. Éstas, subraya, aún en su condición de excompañeras se encuentran en estado de indefensión y en mayor grado de vulneración frente a ataques permanentes, incluso como un signo de retaliación por haber abandonado a su compañero sentimental o haberlo separado del hogar. La separación, en su criterio, no comporta que la madre pueda desvincularse tajantemente de la relación con el padre de sus hijos, como quiera que de por vida estará unida “*social, jurídica y culturalmente*” a aquél.

Uno de esos vínculos, destaca, es el económico, expresado en el deber de proporcionar conjuntamente alimentos a los hijos. Y en ese preciso contexto, resalta, fue donde surgieron los actos de maltrato de los que la señora Novoa fue víctima. Ante la necesidad de cobrar la cuota alimentaria fue que aquélla tuvo que enfrentarse a su excompañero, quien por ese motivo la agredió física y verbalmente. Tal aspecto, sostiene, es constitutivo *Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.*

inclusive de violencia económica típicamente perteneciente a maltrato por razones de género.

En el asunto bajo examen, agrega, las agresiones del acusado a su excompañera obedecen a un contexto de abuso de poder por su condición de hombre y padre de los menores, quien contaba con recursos frente a la incapacidad económica de la víctima. Ello, enfatiza, situó a ésta en una posición de desigualdad y discriminación por el hecho de ser mujer. La señora Novoa Grimaldos, pese a haber cesado el vínculo sentimental por el comportamiento violento de su excompañero, insiste, se vio obligada a buscar a su agresor como padre de sus hijos para que la apoyara económicamente, pero en lugar de ello volvió a recibir agresiones verbales y físicas.

Ello, advierte, es claramente constitutivo de violencia contra la mujer según el art. 2° de la Ley 1257 de 2008, como quiera que los actos de maltrato en contra de Nelly Novoa no fueron producto del azar, sino que surgieron en el marco de una relación desigual de poder económico entre ella y JAIRO EZEQUIEL ACERO FAJARDO, de quien, pese a los malos tratos, golpes e insultos que le propinaba, no pudo alejarse *definitivamente* por ser el padre de sus hijos y contar con mejores recursos económicos.

Tales razones de orden sustancial, concluye, impedían degradar la imputación jurídica al delito de lesiones personales, pues ciertamente se afectó la armonía y unidad familiar.

Aunado a lo anterior, expone, existen razones de orden procedimental que impedían la emisión de una sentencia condenatoria por lesiones personales, a saber, que habiéndose formulado acusación por violencia intrafamiliar, el principio de congruencia (art. 448 del C.P.P.) prohíbe una tal variación de la calificación jurídica.

Sobre el particular, acudiendo a la sent. C-368 de 2014, destaca que los bienes jurídicamente protegidos por dichas conductas punibles son distintos, así como no existe identidad entre el comportamiento que configura violencia intrafamiliar y las lesiones personales.

De otro lado, dice, no se cumplieron los requisitos jurisprudenciales de rigor para la variación de la imputación jurídica, pues i) la Fiscalía no solicitó el cambio de calificación; ii) la nueva imputación no versó sobre un delito “*del mismo género*”, en tanto el tipo penal de lesiones personales se encuentra en un “*Título*” distinto al de los delitos contra la familia en el Código Penal y iii) la sanción por lesiones personales no constituye una medida de protección suficiente para los actos de violencia contra la mujer.

El **segundo cargo** lo sustenta en la falta de aplicación de los arts. 68 A del C.P. y 193-6 de la Ley 1098 de 2006, que proscriben *expresamente* la concesión de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión cuando el sentenciado lo hubiera sido por el delito de violencia intrafamiliar.

El Tribunal, alega, simplemente acudió al art. 38 G del C.P. como premisa normativa para sustituir la prisión por encarcelamiento domiciliario. Sin embargo, no sólo pasó por alto que el menor víctima sigue perteneciendo al núcleo familiar del condenado, sino que el cumplimiento de la pena en el domicilio, por expresa prohibición legal, no puede autorizarse a condenados por violencia intrafamiliar.

En tal virtud, solicita a la Corte que case la sentencia impugnada, a fin de que se condene al acusado como autor de violencia intrafamiliar en concurso sucesivo y homogéneo, “*posibilitando que la pena pueda ser aumentada*”, sin que haya lugar a otorgar la prisión domiciliaria.

3.2 Audiencia de sustentación

En el marco de la audiencia de sustentación de la demanda de casación, la censora insistió en las antedichas pretensiones, reiterando en lo esencial los argumentos constitutivos de los cargos formulados, en los términos atrás reseñados.

Adicionalmente, puso de presente que urge unificar la jurisprudencia nacional en torno a la aplicación del delito de violencia intrafamiliar, en casos de violencia contra la mujer *por parte de sus excónyuges o excompañeros permanentes, cuando ha cesado la convivencia entre éstos*. Desde el plano jurídico, resalta, tal hipótesis pertenece a una eventualidad de violencia de género que tiene lugar contra las mujeres por su condición *Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.*

de tales. Bajo la óptica práctica, dice, se ha vuelto recurrente la variación de la calificación jurídica a lesiones personales por parte de diversos tribunales, bajo el pretexto de que no existe convivencia.

Aunado a lo anterior, destaca, hay particularidades de los hechos investigados que impiden adecuarlos típicamente en el delito de lesiones personales, a saber: i) que la unión marital de hecho entre el acusado y la víctima terminó, precisamente, por la existencia de ciclos de violencia; ii) las agresiones en contra de aquella tuvieron lugar en un contexto de relacionamiento típicamente familiar, como lo es el cobro de la cuota alimentaria a favor de los hijos comunes y iii) la violencia perpetrada en contra de la señora Novoa no correspondió a sucesos aislados, sino a la manifestación de una relación de discriminación por parte de su expareja, en los términos del art. 2° de la Ley 1257 de 2008.

De otro lado, señala, la interpretación aplicada por el *ad quem* se ofrece contraria al art. 43 parágrafo 2° del C.P., que define como integrantes del núcleo familiar al padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo lugar. El concepto de unidad doméstica, enfatiza, incluye situaciones donde las personas no conviven bajo un mismo techo, según clarifica la jurisprudencia constitucional (C-674 de 2005).

Finalmente, en punto de la indebida concesión de la prisión domiciliaria, alega, el Tribunal no sólo pasó por alto que, habiéndose dictado la sentencia por el delito de violencia intrafamiliar en relación con el menor agredido, existía razón suficiente para negar tal medida sustitutiva de la prisión carcelaria, sino que, debiéndose entender que la ex compañera del procesado hace parte del núcleo familiar -por tener hijos en común-, se permite una desprotección a las mujeres que son víctimas de violencia por parte de su expareja. Si la ley prohíbe el cumplimiento de la pena en el domicilio para quienes son condenados por violencia intrafamiliar, concluye, al *ad quem* le estaba vedado conceder la sustitución.

IV. POSICIÓN DE LOS SUJETOS PROCESALES NO RECURRENTE

En la audiencia de sustentación del recurso de casación, el **fiscal** puso de presente, en primer lugar, que en el asunto bajo examen el Tribunal no podía variar la imputación jurídica presentada en la acusación, *por la vía de Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.*

un preacuerdo. El juez de conocimiento, resalta, aprobó que el acusado aceptaba su responsabilidad por los hechos imputados, a cambio del reconocimiento de la diminuyente punitiva de la ira (art. 57 del C.P.), *sin ninguna otra modificación fáctica ni jurídica*. De ahí que, subraya, si las partes no acordaron la degradación de la conducta a lesiones personales, en tanto mecanismo de negociación para provocar la manifestación de culpabilidad, no le era dable al *ad quem* suponer que la Fiscalía aceptaba la emisión de una condena por lesiones personales. Con tal proceder, sostiene, se invadió la función de acusación por parte del juez, al tiempo que se lesionó tanto la capacidad de negociación del fiscal como la finalidad de los preacuerdos, basados en el consenso entre las partes⁵.

Por consiguiente, concluye, al *ad quem* le estaba prohibido variar la calificación jurídica. Pero además, subraya, no sólo efectuó tal modificación -que comporta una aminoración de la consecuencia punitiva-, sino que aplicó la causal de menor punibilidad a cambio de la cual se efectuó la aceptación de responsabilidad, lo cual, a su modo de ver, constituye una acumulación de rebajas proscrita por la ley procesal penal.

De otro lado, prosigue, el Tribunal también erró en el proceso de adecuación típica al negar la existencia de un *entorno familiar* entre agresor y agredida. Ello, explica, por incomprensión del art. 2° de la Ley 294 de 1996, que en concordancia con el art. 229 del C.P. obliga a sancionar las conductas de agresión entre quienes mantienen una relación de “*confianza*”, por compartir un proyecto común cifrado en la crianza conjunta de los hijos menores de edad. De ahí que, enfatiza, la falta de convivencia entre los involucrados no pueda ser un presupuesto para descartar la tipicidad de la conducta de violencia intrafamiliar, como, asegura, se desprende de la sentencia C-029 de 2009.

Es claro, a su modo de ver, que el Tribunal erró al modificar la adecuación típica de la conducta, pues perteneciendo sujeto activo y sujeto pasivo de los actos de maltrato al mismo entorno familiar, es claro que se afectó la armonía familiar, tanto más cuanto, resalta, la violencia surgió con ocasión de disputas por el pago de cuotas alimentarias. Esto, según su perspectiva, muestra, de conformidad con la sentencia C-368 de 2014, que

⁵ De acuerdo con lo considerado por la Sala, dice, en los radicados N° 45.736 y 43.356.
Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.

la unidad doméstica no depende exclusivamente de la habitación común entre los integrantes de la familia.

En tal virtud, solicita que se case la sentencia para que la condena sea dictada por el delito de violencia intrafamiliar, no por el de lesiones personales.

Por otra parte, expone, el *ad quem* concedió indebidamente la prisión domiciliaria al sentenciado, como quiera que, de acuerdo con los argumentos expuestos anteriormente, en el presente caso el condenado pertenece al grupo familiar de la víctima. Por ello, concluye, si el beneficio no está autorizado legalmente (art. 38 G del C.P.), el fallo también debe casarse para revocar la cuestionada sustitución.

A su turno, el representante del **Ministerio Público**, coincidiendo en lo fundamental con lo alegado por la censora y el fiscal, solicitó a la Corte que casara la sentencia para que la declaratoria de responsabilidad penal por violencia intrafamiliar cobre vigencia y, en consecuencia, se suprima la concesión de la prisión domiciliaria.

En sustento de ello, llama la atención sobre el concepto *amplio* de familia consagrado en la Constitución, el cual, resalta, es más incluyente y respetuoso por la diversidad de las formas de conformarla. Por consiguiente, expone, aunque haya cesado una unión marital y esté terminada la convivencia, la familia, en relación con los hijos menores, no se extingue sino que permanece. Así, agrega, ha sido pregonado por la jurisprudencia tanto constitucional (T-523 de 1992) como civil (CSJ 2008-000142-00).

Adicionalmente, puntualiza, la prisión domiciliaria no podía ser decretada en el asunto bajo examen, so pena de transgredir el interés superior del menor (arts. 192 y 193-11 de la Ley 1098 de 2006). La prevalencia de los derechos de los niños, subraya, es lo que justifica que los arts. 38 G y 68 A del C.P. proscriban la procedencia de la sustitución de la pena de prisión cuando la víctima pertenece al núcleo familiar del agresor. Como tales previsiones normativas fueron desconocidas por el *ad quem*, arguye, impera casar el fallo para corregir tal yerro.

Por último, el **defensor** cuestiona la determinación adoptada por el Tribunal, por cuanto, al haber variado la calificación de la conducta, desconoció la prohibición de la reforma en peor en relación con la víctima, en tanto apelante único.

De otro lado, alega, existiendo un preacuerdo declarado legal por el juez de conocimiento, el *ad quem* no podía aplicar un control material sobre los términos de la imputación jurídica, a la cual se hallaba vinculado. Sin perjuicio de ello, solicita a la Corte que unifique la jurisprudencia en torno a la interpretación que se le debe dar al art. 2° de la Ley 294 de 1996, en conexión con el art. 269 del C.P., a fin de clarificar si existe un concepto extensivo de familia cuando los cónyuges separados tienen hijos comunes.

En relación con el segundo cargo de la demanda, pone de presente que, si se llegare a casar la sentencia para revocar la concesión de la prisión domiciliaria, el sentenciado ya cumplió la totalidad de la pena impuesta. La sanción penal, agrega, no puede ser modificada por la Corte, en virtud del principio de limitación que rige la casación. Si la censura no cuestionó la individualización de la sanción penal ni demostró que fue errónea, puntualiza, el señor ACERO FAJARDO no puede ser condenado a una pena más alta en esta fase procesal.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

4.1 Aclaración preliminar: interés de las víctimas para recurrir en casación

De acuerdo con el art. 182 del C.P.P., están legitimados para recurrir en casación los intervinientes que *tengan interés*. Éste existirá cuando la decisión impugnada le hubiere causado un perjuicio o agravio al sujeto procesal, parte o interviniente, medido de manera *real, material y efectiva*, de cara a los intereses que representa dentro del proceso (CSJ SP 30 abr. 2014, rad. 41.543).

Ese interés que legitima a las víctimas para recurrir en casación está dado en el *sub exámine*, pues no sólo es un interviniente debidamente reconocido en el proceso, sino que con la sentencia de segunda instancia evidentemente se produjeron consecuencias adversas a sus demandas de *Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.*

justicia, dado que, *además* de haberse negado su pretensión -formulada mediante la interposición del recurso de apelación- de que se impusiera al acusado una pena más gravosa, en el curso de la segunda instancia el Tribunal le causó un *nuevo agravio* que impacta negativamente su interés de que se haga justicia en los términos por ellas reclamados, expresado en la modificación de la calificación jurídica de la conducta por la cual se emite condena, que en últimas comporta una declaración de responsabilidad por un delito de *menor gravedad*, con una consecuente respuesta punitiva *menos lesiva*.

Por supuesto, el interés para recurrir tiene ciertas limitaciones temáticas, justificadas en los principios de lealtad y buena fe que deben regir la actuación procesal, así como en la consonancia entre las peticiones de las partes e intervinientes y las declaraciones judiciales. Ello ha llevado a la jurisprudencia (cfr., entre otras, CSJ AP 18 abr. 2012, rad. 36.608; AP 17 oct. 2012, rad. 33.145; SP 30 abr. 2014, rad. 41.543 y AP 26 abr. 2017, rad. 48.014) a afirmar que cuando la decisión judicial no se pronuncia respecto de un específico tópico, como consecuencia de que el sujeto procesal no hizo petición alguna al respecto, por no existir un agravio, la parte se inhabilita para impugnarla, porque ningún daño puede reclamar frente a lo que se resolvió *según sus expectativas*. Si los recursos son instrumentos para que las partes reclamen la corrección de los errores cometidos por los jueces al resolver las peticiones de aquéllas o adoptar *determinaciones oficiosas*, no puede señalarse como equivocada la ausencia de pronunciamiento sobre lo que no se reclamó.

Empero, en el presente caso no es dable predicar la falta de legitimidad de las víctimas para recurrir en casación bajo el argumento de que el tema de impugnación extraordinaria es diverso a los problemas planteados al Tribunal mediante el recurso de apelación. La razón es evidente: si bien el fallo de primer grado fue atacado porque no se aplicaron causales genéricas de mayor punibilidad, ello no inhabilita a la representante de las víctimas a cuestionar en casación la modificación de la declaración de responsabilidad penal -con las consecuentes re-dosificación de la pena y concesión de la prisión domiciliaria-. Esta última determinación no sólo fue adoptada *oficiosamente*, sino que constituye un *nuevo* perjuicio a sus intereses procesales, del todo atacable por vía del recurso extraordinario, que por haber surgido en el fallo de segundo grado, lógicamente no pudo haber sido cuestionado a través de la apelación contra la sentencia de *primera* instancia.

Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.

De suerte que, contando la representante de la víctima con toda legitimidad para impugnar y habiéndose declarado ajustada la demanda a las exigencias previstas en el art. 184 del C.P.P., la Sala analizará los problemas jurídicos allí propuestos, de conformidad con las funciones del recurso de casación, principalmente, la eficacia del derecho material, el respeto de las garantías de quienes intervienen en la actuación y la reparación de los agravios inferidos a las partes, según lo establecido en el artículo 180 *ídem*.

En consecuencia, atendiendo el principio de prioridad que debe orientar la resolución de los cargos, la Sala abordará enseguida la problemática de la variación de la calificación de la conducta de violencia intrafamiliar por la de lesiones personales, desde la perspectiva *procedimental*. Ello, como quiera que la censura plantea que, por razones de respeto a la *estructura del proceso* (art. 457 inc. 1° del C.P.P.), el Tribunal no estaba facultado para controlar materialmente la acusación, *presentada mediante un preacuerdo*, a fin de imponer una imputación jurídica diversa.

4.2 Variación de la calificación jurídica convenida por las partes en el marco de un preacuerdo

4.2.1 En el art. 29 inc. 1° de la Constitución se reconoce la dimensión jurídico-objetiva del debido proceso. Que éste haya de aplicarse a *toda* clase de actuación judicial implica la consagración de un *instituto jurídico* que, en el ámbito de los procedimientos jurisdiccionales, ha de materializar las máximas fundantes del Estado constitucional.

La concreción de la vigencia de un orden justo a través de la función de administración de justicia no puede lograrse de cualquier manera. El Estado de derecho garantiza que el proceso penal ha de transcurrir por senderos respetuosos de los derechos fundamentales y servir a las finalidades esenciales del *ius puniendi*. De ahí que el concreto y efectivo ejercicio de este derecho presupone su desarrollo legal, esto es, la *configuración normativa* de las formalidades esenciales que han de regir los procedimientos. Por ello, el art. 29 inc. 2° *ibídem* preceptúa que nadie puede ser juzgado sino conforme a *leyes* preexistentes al acto que se le imputa y con observancia de las *formas propias de cada juicio*. En consecuencia, la

delimitación del ámbito de protección del debido proceso ha de consultar el desarrollo legal pertinente.

El *ámbito de protección* del derecho al debido proceso está demarcado, entonces, tanto por prescripciones constitucionales genéricas como por la *específica configuración legal* de las formas propias de cada juicio, pues se trata de una garantía de marcada *composición normativa*.

En esa dirección, al proceso penal diseñado por la Ley 906 de 2004 pertenece una *particular faceta* derivada de una concepción *premial* o *transaccional* de la justicia. En aras de la practicidad y la eficiencia en la administración de justicia penal, se posibilita la terminación anticipada del proceso por la vía de la aceptación de culpabilidad, a cambio de la obtención de beneficios expresados en una menor respuesta punitiva del Estado. Como lo precisa la jurisprudencia, la ley prevé la existencia de un *debido proceso abreviado* (CSJ SP 16 jul. 2014, rad. 40.871), regido por una sistemática y una teleología diversas a las aplicables a la tramitación ordinaria del proceso y, desde luego, configurado a través de formas procedimentales diversas al juicio ordinario.

La justicia premial necesariamente debe otorgar algún margen de maniobra al fiscal para que pueda adelantar su tarea de forma efectiva. En el entendido, además, que en estos casos se trata de una forma de composición del conflicto en la cual el juez interviene apenas *de manera adjetiva*, para vigilar que no se traspasen los límites mínimos de legalidad - control que recae sobre el acto mismo de aceptación de responsabilidad, a fin de verificar que éste sea expresión de la autonomía de la voluntad (art. 131 C.P.P.)- y garantizar el respeto de los derechos fundamentales de los intervinientes (CSJ AP 7 may. 2014, rad. 43.523).

En efecto, a la luz del art. 348 inc. 1° del C.P.P., la Fiscalía y el imputado o acusado podrán llegar a preacuerdos que impliquen la terminación anticipada del proceso. Ello, con el fin de humanizar la actuación procesal y la pena, obtener pronta y cumplida justicia, activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito, propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso. Las reglas específicas sobre el trámite a seguir en eventos de preacuerdos y *negociaciones* se hallan consagradas, en lo fundamental, en los arts. 349 al 354 ídem.

Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.

Desde luego, todo ello ha de ceñirse a la comprensión acusatoria y adversarial del proceso. Los rasgos esenciales del principio acusatorio corresponden al ejercicio y mantenimiento de la acusación por un órgano distinto al juez, la delimitación del proceso en fases de investigación y juzgamiento, conferida a organismos diferentes con el fin de evitar un probable y posible prejuzgamiento por parte del juez sentenciador, y la relativa vinculación del Tribunal a las pretensiones de las partes⁶.

En consonancia con tales máximas, tanto la activación como el *impulso* de la pretensión punitiva estatal, por disposición constitucional y legal, pertenecen *exclusivamente* a la Fiscalía General de la Nación, en quien recae el deber de acusar ante los jueces de conocimiento (arts. 250-4 Const. Pol., 336 del C.P.P. y 339 inc. 2° ídem). El acto de acusación ha de comprenderse como un ejercicio de imputación fáctica y *jurídica*, donde el Estado fija los contornos de la *pretensión punitiva* y delimita los referentes de hecho y *de derecho* en torno a los cuales se adelantará la discusión sobre la responsabilidad penal del procesado.

En atención de la estricta separación de las *funciones* de acusación y juzgamiento, así como de la garantía de imparcialidad judicial, el legislador no previó la posibilidad de que el juez efectúe un control material sobre la acusación. En un esquema adversarial, donde la Fiscalía ostenta la calidad de *parte* que presenta una hipótesis incriminatoria, al juez le está vedado examinar tanto los fundamentos probatorios que sustentan la acusación como la corrección sustancial de la imputación jurídica (adecuación típica). De permitirse una tal supervisión judicial, la *estructura* acusatoria se vería quebrantada, en la medida en que el juez asumiría el rol de parte, al promover una particular “*teoría del caso*” (CSJ SP 16 jul. 2014, rad. 40.871). De igual modo resultaría afectada la imparcialidad exigible a quien únicamente tiene que *juzgar* el asunto, según los planteamientos del acusador. Solo a la Fiscalía compete la determinación del *nomen iuris* de la imputación (CSJ SP 6 feb. 2013, rad. 39.892).

⁶ ASECIO MELLADO, José María. *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*. Madrid: Trivium, pp. 17-18.

Estos argumentos son los que, en síntesis, han llevado a la jurisprudencia a *proscribir* el ejercicio de control material de la acusación por el juez de conocimiento. Se trata de una posición suficientemente decantada y consolidada.

En la sentencia del 15 de julio de 2008 (rad. 29.994)⁷ se clarificó que sólo el fiscal está autorizado para adecuar circunstanciadamente los hechos en el tipo penal:

La acusación es un acto de parte, de la Fiscalía, y por tanto el escoger *qué delito se ha configurado* con los hechos jurídicamente relevantes consignados en el escrito de acusación supone *precisar el escenario normativo* en que habrá de desarrollarse el juicio, el cual se promueve por excitación exclusiva de la Fiscalía General de la Nación a través de la radicación del escrito de acusación (razón por la que el único autorizado para tipificar la conducta punible es la Fiscalía, de acuerdo con lo planteado por el artículo 443); acto que como se dijo no tiene control judicial, y en cambio sí sustenta todo el andamiaje de la dinámica y la lógica argumentativa y probatoria que se debatirá en el juicio.

En la misma dirección, en AP del 21 de marzo de 2012 (rad. 38.256), la Corte señaló:

En la audiencia de formulación de acusación al juez y a las partes les está vedado cuestionar la adecuación típica realizada por la Fiscalía en su escrito, pues hacerlo implicaría interferencia en el ejercicio de la acción penal y en la decisión de acusar que corresponde a ese ente, y a nadie más. Por lo demás, tal cuestionamiento implicaría un ejercicio de debate probatorio, que solamente puede hacerse en el juicio oral (AP 15 jul. 2008, rad. 29.994).

[...]

La Fiscalía, entonces, cumple como titular de la acción penal y dueña de la acusación, parámetros a partir de los cuales ni el juez ni las partes pueden imponérsela total o parcialmente, desde donde se infiere que las observaciones realizadas por las partes pueden y deben ser incorporadas para que conformen un todo con la acusación, única y exclusivamente cuando el fiscal las acoge.

Ahora bien, las anteriores premisas son igualmente aplicables en eventualidades de terminación pre-acordada o negociada del proceso, como en el asunto *sub exámine*, pues al tenor del art. 350 inc. 1° del C.P.P., *el preacuerdo equivale al escrito de acusación*. De ahí que, por exigencias estructurales y también de respeto a garantías fundamentales, *al juez de*

⁷ Tesis reiterada, entre otras, en AP 14.08.2013, rad. 41.375 y SP 16.07.2014, rad. 40.871.
Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.

conocimiento tampoco le es dable aplicar un control material sobre los preacuerdos.

Sobre el particular, en el AP del 16 de octubre de 2013 (rad. 39.886), la Sala puntualizó:

La función *requirente*, no cabe duda, está en manos de la Fiscalía, y la jurisdiccional en las del juez; axioma que se desdibuja cuando el juzgador se ocupa de corregir, cuestionar o enmendar -a su manera- el contenido de la acusación.

3.3.1. En estas condiciones, ha de entenderse que el control material de la acusación, ***bien sea por el trámite ordinario o por la terminación anticipada de la actuación***, es incompatible con el papel imparcial que ha de fungir el juez en un modelo acusatorio. Aun cuando existen disposiciones de la Ley 906 de 2004, que consagran su función a la consecución de la justicia y la verdad como normas rectoras, estos principios operan dentro de la mecánica del sistema y no dan aval para adjuntarle postulados ajenos a su naturaleza intrínseca. Así, el horizonte al que ha de estar dirigida la hermenéutica.

Así, entonces, la calificación jurídica adoptada por la Fiscalía en la acusación o en el preacuerdo no puede ser cuestionada, salvo que se afecten garantías fundamentales. Sobre el particular, en sentencia del 6 de febrero de 2013 (rad. 39.892) expuso la Sala:

En esas condiciones, *la adecuación típica que la Fiscalía haga de los hechos investigados es de su fuero* y, por regla general, no puede ser censurada ni por el juez ni por las partes.

2. Lo anterior igual se aplica en temas como la admisión de cargos y los preacuerdos logrados entre la Fiscalía y el acusado, que, como lo ha dicho la jurisprudencia, son vinculantes para las partes y ***el juez, a quien se le impone la carga de proferir sentencia conforme lo acordado o admitido***, siempre y cuando no surja manifiesta la lesión a garantías fundamentales (auto del 16 de mayo de 2007, radicado 27.218).

[...]

3. La ley y la jurisprudencia han decantado igualmente que, a modo de única excepción, al juez, bien oficiosamente, bien a solicitud de parte, le es permitido adentrarse en el estudio de aspectos sustanciales, materiales de la acusación, que incluyen la tipificación del comportamiento, ***cuando se trate de violación a derechos fundamentales***.

Es claro que esa permisión excepcional parte del deber judicial de ejercer un control constitucional que ampare las garantías fundamentales.

Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.

La trasgresión de esos derechos superiores debe surgir y estar acreditada probatoriamente, de manera manifiesta, patente, evidente, porque lo que no puede suceder es que se eleve a categoría de vulneración de garantías constitucionales, una simple opinión contraria, una valoración distinta que, para imponerla, se nomina como irregularidad sustancial insubsanable, por el prurito de que el Ministerio Público y/o el superior funcional razonan diferente y mejor.

Una posibilidad de violación de garantías fundamentales con repercusiones sustanciales que impediría al juez dictar sentencia condenatoria, al margen de la aceptación de responsabilidad preacordada con base en la calificación jurídica fijada por la Fiscalía, corresponde a la comprobación de situaciones *objetivas* que, sin modificar los enunciados fácticos que por virtud del acuerdo de culpabilidad se entienden admitidos por el acusado, comportan una evidente imposibilidad de declarar la responsabilidad, en los términos exigidos por el derecho penal sustantivo (art. 9° inc. 1° C.P.). Por ejemplo, cuando la conducta atribuida al procesado deviene atípica o carece de antijuridicidad en sentido material, eventualidades conculcadoras del debido proceso en su componente de legalidad⁸, por imposibilidad de adecuar los hechos a un tipo de injusto.

Dicho lo anterior cabe destacar que, a la luz del art. 350 inc. 2° del C.P.P., los acuerdos apuntan a la admisión de culpabilidad por el delito imputado o uno relacionado de pena menor, a cambio de que el fiscal: i) elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva o algún cargo específico o ii) tipifique la conducta *de una forma específica*, con miras a disminuir la pena. También, acorde con el art. 351 inc. 2° *ídem*, podrán el fiscal y el imputado llegar a un preacuerdo sobre los hechos imputados y *sus consecuencias*. Por ello, si los términos de la negociación se ajustan a tales posibilidades, con respeto de las garantías fundamentales, al juez no le es dable improbar un preacuerdo bajo el prurito del control material sobre éste, como tampoco modificar *motu proprio* la adecuación típica. Sobre el particular, en reciente decisión (CSJ SP16933-2016, rad. 47.732), la Corte puso de presente que:

Por razón de los principios de igualdad de armas e imparcialidad, dentro del sistema adversarial con tendencia acusatoria, *el fallador está impedido para imponer su propia percepción acerca del tipo penal a imputar, pues tal proceder, vulnera con suficiencia, el debido proceso de los diligenciamientos abreviados.*

⁸ Cfr., por ejemplo, CSJ SP 8 jul. 2009, rad. 31.531 y SP 14 ago. 2012, rad. 39.160.
Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.

[...]

Como bien queda claro en el rastreo jurisprudencial aquí citado, producida la acusación por parte del ente investigador o materializado el acuerdo entre las partes -fiscal y procesado-, *el juez, por más que su criterio le indique que cierta adecuación típica es la que mejor se corresponde con los supuestos fácticos imputados, no puede tener ninguna injerencia en ella, sin contrariar el principio adversarial y la imparcialidad que le demanda el ejercicio del cargo*, salvo en aquellos casos en que el distanciamiento entre lo fáctico y lo jurídico sea tal que raye con la ilicitud, lo manifiestamente ilegal o trasgresor de las garantías fundamentales mínimas.

Entonces, si la *transacción* estriba en un acuerdo de culpabilidad motivado por la imposición de una pena menor a la contemplada legalmente para el delito imputado -en razón del reconocimiento, por ejemplo, de una circunstancia de menor punibilidad-, la imputación jurídica guarda correspondencia con los hechos y el acuerdo es respetuoso de las garantías fundamentales de los intervinientes, para la Sala es claro que el juez no está facultado para dictar sentencia bajo una calificación jurídica distinta a la que fue fijada por la Fiscalía y *admitida* por el acusado. Un entendimiento diverso, que permita al fallador modificar la adecuación típica de la conducta por iniciativa propia, no sólo desquiciaría la estructura del debido proceso abreviado, sino quebrantaría la garantía de imparcialidad judicial, exigible por la Fiscalía y las víctimas.

Bajo tales premisas, a continuación, la Sala examinará si en el asunto bajo examen el Tribunal aplicó un indebido control material a la acusación -presentada mediante preacuerdo-, al revocar parcialmente la sentencia de primera instancia, a fin de modificar la declaratoria de responsabilidad penal por violencia intrafamiliar, por la de lesiones personales.

4.2.2 En el presente caso, luego de la formulación de imputación y antes de que se hubiera presentado el escrito de acusación ante el juez de conocimiento, el procesado suscribió un preacuerdo con la Fiscalía en los siguientes términos:

JAIRO EZEQUIEL ACERDO FAJARDO, en presencia de su defensor, de manera libre, consciente y voluntaria se declara responsable como autor material del delito de violencia intrafamiliar agravada -en concurso homogéneo y sucesivo-, por el maltrato propinado a su ex compañera, Nelly Marisol Novoa

Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.

Grimaldos, y en el último suceso contra su hijo A.D.A.N. (art. 229 del C.P., modificado por el art. 33 de la Ley 1142 de 2007).

La conducta imputada encuentra adecuación típica en el delito de violencia intrafamiliar, con aumento de pena de la mitad a las tres cuartas partes, como quiera que recayó sobre una mujer y un menor de edad.

A cambio de la aceptación de su responsabilidad por la conducta imputada, la Fiscalía solicitará al juez de conocimiento que reconozca la diminuyente contemplada en el art. 57 del C.P. -ira o intenso dolor-: “El que realice la conducta punible en estado de ira o de intenso dolor, causados por comportamiento ajeno, grave o injustificado, incurrirá en pena no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la señalada en la respectiva disposición”, *dejando claridad que en nada se modifica la situación fáctica y que la aceptación de cargos de hace con miras a obtener el beneficio punitivo.*

En audiencia de verificación de legalidad del preacuerdo, llevada a cabo el 20 de abril de 2015 ante el Juzgado 19 Penal Municipal de Conocimiento, el fiscal *ratificó* que la imputación jurídica de la conducta no fue objeto de ninguna modificación a fin de lograr la aceptación de responsabilidad y que la única contraprestación ofrecida al procesado es el reconocimiento de la mencionada circunstancia de menor punibilidad -concesión punitiva otorgada por la Fiscalía, pese a que de la imputación fáctica no se advierte ningún supuesto constitutivo de ira e intenso dolor-. Por considerar que se cumplieron los presupuestos legales pertinentes y que se respetaron las garantías fundamentales de los intervinientes, el juez impartió legalidad a la manifestación de culpabilidad -en esos términos- preacordada, sin que tal determinación hubiera sido objeto de impugnación por las partes ni demás sujetos intervinientes.

En tal virtud, agotado el objeto de la audiencia de que trata el art. 447 del C.P.P., el juez dictó la correspondiente sentencia condenatoria. A la hora de determinar la suficiencia probatoria para afirmar, en articulación con la aceptación de cargos, la responsabilidad penal del acusado por el delito de violencia intrafamiliar en concurso real homogéneo, en el fallo de primera instancia se hizo alusión a lo relatado por la señora Nelly Novoa en las denuncias y en varias entrevistas, a los informes médico legales de lesiones practicados a aquella y a su hijo, a los registros civiles de nacimiento de los

Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.

menores, así como a las entrevistas realizadas a los dos hijos del acusado - de siete y cinco años de edad-. Tales medios de conocimiento, se extracta de la sentencia, dan cuenta de la existencia de los múltiples actos de maltrato sufridos por su hijo de siete años de edad y su excompañera permanente.

Inconforme con la individualización de la sanción penal, consistente en las penas de prisión, privación del derecho a acudir al lugar de residencia de las víctimas e inhabilitación tanto para el ejercicio de la patria potestad como para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 17 meses y 10 días, la representante de las víctimas interpuso el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia. En síntesis, la impugnante solicitó que, pese a que no fueron imputadas por la Fiscalía, se tuvieran en cuenta circunstancias genéricas de mayor punibilidad constitutivas de violencia de género contra la mujer, para que de esa manera se dosificara la sanción en los cuartos medios y, por ende, se pudiera imponer una sanción proporcional a la gravedad de la conducta. Adicionalmente, pese a que se negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, partiendo de la base de que el defensor “solicitaría” la concesión de alguna de dichas figuras⁹, la apelante expuso razones por las cuales, en su criterio, tal negativa habría de mantenerse¹⁰.

A la hora de resolver el recurso de apelación, el Tribunal hizo abstracción de los motivos de impugnación y, bajo el acápite de “aspectos preliminares”, procedió a analizar si, en efecto, los hechos imputados se adecuaban típicamente o no en el delito de violencia intrafamiliar. Luego de emprender un análisis probatorio para enfatizar en las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrollaron los actos de agresión materia de investigación¹¹, efectuó un estudio dogmático del delito de violencia intrafamiliar.

Habiendo fijado como premisa que el objeto de tutela penal es “la preservación de la unidad y la concordia del núcleo de la familia”, así como

⁹ Si bien la defensa también interpuso el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, posteriormente desistió de la impugnación (fl. 97 C.1).

¹⁰ Cfr. fls. 89-91 *ídem*.

¹¹ Cfr. fls. 26-29 C. 2.

“la convivencia armónica dentro del hogar de las personas que lo componen, para que todas ellas puedan desarrollarse integralmente”, contrastó tal aserto con los enunciados fácticos que declaró probados y concluyó que, en relación con el menor agredido, sí se realizó el delito de violencia intrafamiliar, en razón del parentesco en primer grado de consanguinidad que une a aquél con el procesado¹².

Sin embargo, *en su criterio*, a esa misma conclusión no se puede llegar en el caso de las agresiones de que fue víctima la señora Novoa Grimaldos. Invocando a la doctrina, destacó que el *“núcleo familiar no se basa únicamente en la simple relación afectiva ni en los ligámenes jurídicos de parentesco, de manera que se excluyen de incriminación los sujetos pasivos que, pese a estar vinculados por parentesco o lazos que pueden reflejar afectividad estable o continua, no conviven en el mismo domicilio”*. Por consiguiente, llamando la atención sobre el hecho de que Nelly Novoa dejó de convivir con el acusado, descartó que éste hubiera incurrido en violencia intrafamiliar, pues, según su perspectiva, *“el bien jurídico afectado no fue la familia sino la integridad personal”*¹³.

Por consiguiente, afirmando que en el procedimiento abreviado es posible variar en la sentencia la calificación jurídica fijada por la Fiscalía y aceptada por el acusado, a fin de condenar por un delito distinto¹⁴, *“degradó”* la imputación relacionada con el maltrato dirigido a Nelly Novoa al delito de lesiones personales (arts. 111 y 112 del C.P.). En su criterio, esta última conducta punible, *“de menor entidad”*, presenta identidad con la de violencia intrafamiliar en la descripción típica, por tratarse de agresiones que afectaron el cuerpo y la salud de la víctima. Además, destaca, la integridad personal también hace parte del objeto de tutela penal junto a la integridad familiar y el núcleo fáctico de la imputación se mantiene intacto¹⁵.

Bajo tales presupuestos, advirtió que la *“readecuación”* de la calificación jurídica es viable porque respeta el principio de congruencia. Por

¹² Cfr. fls. 29-31 *ídem*.

¹³ Cfr. fl. 32 C. 2.

¹⁴ Efecto para el cual invoca la jurisprudencia de la Sala (CSJ AP 30 sept. 2015, rad. 45.865).

¹⁵ Cfr. fls. 35-35 C. 2.

consiguiente, declaró que el acusado es responsable de “*doble*” violencia intrafamiliar agravada y del “*concurso de tres lesiones personales*”.

Seguidamente, en el marco de la re-dosificación de la sanción penal, el *ad quem* se ocupó de los planteamientos de la impugnación. Clarificó que la pena debe imponerse dentro del cuarto mínimo, dado que las circunstancias de mayor punibilidad referidas por la apelante no fueron imputadas, así como que no es factible agravar la pena por el delito de lesiones personales, dado que no se dan los presupuestos del art. 104-1 del C.P., mientras que el numeral 11 *ídem* fue derogado. Adicionalmente, ratificó que el reconocimiento de la diminuyente punitiva del art. 57 del C.P. es procedente, por haber sido el producto de una negociación que culminó en un preacuerdo¹⁶.

4.2.3 Pues bien, contrastados los antecedentes procedimentales reseñados en precedencia con las premisas fijadas en el numeral 4.2.1 *supra*, la Sala encuentra que el Tribunal quebrantó el debido proceso en su estructura -abreviada- y afectó la garantía de imparcialidad. *Sin que de ninguna manera hubiera acreditado la vulneración de garantías fundamentales, en tanto condición necesaria para pronunciarse sobre aspectos distintos a los planteados en la impugnación*, el *ad quem* hizo abstracción del objeto de la apelación -cifrado en el cuestionamiento a la individualización de la pena- y por *iniciativa propia* realizó un *nuevo juicio de adecuación típica*, pese a que tal aspecto no fue cuestionado por ninguna de las partes. Bajo el pretexto de dictar una sentencia “*con respeto del principio de congruencia*”, el Tribunal se entendió facultado para aplicar un control material sobre la acusación -en el componente de imputación jurídica- y, en consecuencia, modificó la calificación de la conducta fijada por la Fiscalía y aceptada por el acusado.

Tal actuación no sólo desborda el objeto de control que, en punto del respeto de *garantías fundamentales*, puede ejercer el juez de segunda instancia, en el marco de sentencias dictadas en virtud de aceptación negociada de culpabilidad, sino que constituye una censurable afectación

¹⁶ Cfr. fls. 36-46 *ídem*.

del principio acusatorio, por asunción por parte del funcionario *judicial* de roles asignados constitucional y legalmente a la Fiscalía, a saber, las prerrogativas de acusar y de llegar a acuerdos sobre los términos de la imputación.

Efectivamente, el Tribunal no acreditó de ninguna manera que el preacuerdo es violatorio de garantías fundamentales, debido a la existencia de una imposibilidad absoluta de que los hechos imputados encuentren adecuación en algún tipo penal. Sin embargo, convencido de que desarrollaba un aspecto apenas “*preliminar*” al planteado por la apelante, lo que hizo fue *imponer* su interpretación dogmática, en punto de la comprensión de los elementos típicos del art. 229 del C.P., fijando por iniciativa propia una nueva calificación jurídica.

Y tal *imposición* es censurable tanto desde la perspectiva de la estructura *procesal* como del respeto a las garantías de las partes e intervinientes, por ser el resultado de un indebido control material de la acusación. El fiscal contaba con discrecionalidad para adecuar típicamente los hechos, salvo que el comportamiento atribuido al acusado objetivamente careciera de toda aptitud para encontrar adecuación típica o estuviera en imposibilidad vulnerar efectivamente bienes jurídicos.

Empero, el *ad quem*, sobrepasando los límites del control para el cual está facultado legalmente, sobrepuso su lectura normativa sobre el punto, sin poner de manifiesto una *incuestionable* eventualidad de atipicidad o de ausencia de antijuridicidad material de la conducta atribuida al acusado.

De manera pues que, no habiendo el Tribunal demostrado que la emisión del fallo de primera instancia en los términos pre-acordados vulneró derechos fundamentales, la variación de la calificación en la sentencia de segundo grado implicó un indebido control material de la acusación. Por consiguiente, con dicha actuación se quebrantó el debido proceso en su estructura e, indirectamente, se afectó la garantía fundamental de las partes e intervinientes a que el proceso se adelante con imparcialidad y observancia de las formas propias del proceso penal *abreviado*.

Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.

Y no es admisible el proceder del Tribunal bajo el pretexto de que la imputación jurídica fue arbitraria y alejada de la realidad fáctica, como quiera que, por una parte, al margen de las interpretaciones sobre ingredientes normativos del tipo, la conducta de maltrato es innegable y podía subsumirse *prima facie* en el tipo de violencia intrafamiliar; por otra, la adecuación típica fue acordada como consecuencia de la concesión de una diminuyente punitiva -ira e intenso dolor-, pese a que en la imputación fáctica no se advierte ningún comportamiento grave e injustificado de las víctimas que hubiera provocado el comportamiento violento del acusado.

Por supuesto, en la decisión traída a colación por el Tribunal¹⁷, a fin de justificar la variación de la calificación, la Sala puso de presente que si bien el juez, por regla general, no puede modificar la denominación jurídica de los hechos señalada en la acusación, ello no impide *degradar* la conducta a favor del procesado, ya sea reconociendo atenuantes genéricas o específicas, circunstancias de menor punibilidad o incluso condenar por un ilícito más leve. Sin embargo, la invocación de tal criterio jurisprudencial se ofrece inapropiado para el asunto *sub exámine*, como quiera que las consideraciones y requisitos allí mencionados, a la luz de los cuales el Tribunal se entendió facultado para modificar la imputación jurídica, fueron expuestos en el marco sentencias precedidas de *juicio oral*¹⁸, no en asuntos pertenecientes a procesos abreviados como el aquí analizado.

Ahora, si bien en el *auto* invocado por el *ad quem* (AP 30 sept. 2015, rad. 45.865) se sugiere que la degradación de la calificación podría darse tanto en eventos de “*terminación anticipada como en agotamiento íntegro del trámite*”, tal premisa apenas constituye un *obiter dicta*, no sólo carente de fuerza vinculante, sino del todo impertinente como criterio auxiliar de interpretación *en el presente caso*. Ello, debido a que resulta incompatible con los postulados que prohíben al juez realizar un control material de la

¹⁷ CSJ AP 30 sept. 2015, rad. 45.865.

¹⁸ CSJ SP 7 sept. 2011, rad. 35.293; SP 16 mar. 2011, rad. 32.685; SP 31 jul. 2009, rad. 30.838 y SP 3 jun. 2009, rad. 28.649 y SP 27 jul. 2007, rad. 26.468.

acusación¹⁹, a partir de los cuales es dable afirmar que, cuando el fallo se dicta en virtud de un *preacuerdo*, no le es permitido dictar condena por un tipo penal más benigno.

En efecto, si la declaración de responsabilidad penal es el resultado de una *negociación* entre fiscalía y defensa, que sólo puede surtir efectos si es respetuosa de las garantías fundamentales de los intervinientes, habilitar al juez para que se aparte de la calificación fijada por el acusador -admitida por el acusado- y, bajo el pretexto de beneficiar a éste “*degrade*” la adecuación típica, no sólo implica una intromisión en la función de acusar, con quebranto del principio acusatorio, sino que atenta contra el margen de negociación que legislativamente ha sido conferido al fiscal para que satisfaga su pretensión punitiva, *por la vía de la manifestación de culpabilidad pre acordada*.

Si, como lo establece el art. 351-2 del C.P.P., una de las posibilidades de negociación es precisamente que el fiscal, a modo de contraprestación, *tipifique la conducta de una forma determinada* con miras a disminuir la pena, el funcionario *judicial* no debe permear tal órbita privativa de la Fiscalía, a fin de modificar los términos de la acusación. En escenarios donde la adecuación típica de la conducta no fue la *herramienta de negociación* aplicada por el acusador para lograr el preacuerdo, sino otra posibilidad legal²⁰, mal podría el *juez*, cuyo control es adjetivo y de respeto a garantías fundamentales, volverse sujeto influyente del convenio mediante la modificación de los términos pactados *por las partes*, en punto de las consecuencias punitivas. Una tal actuación del juez, claramente *sustitutiva*

¹⁹ Cfr. CSJ SP 5 oct. 2016, rad. 45.594, SP 28 oct. 2015, rad. 43.436 y SP 16 jul. 2014, rad. 40.871, entre otras.

²⁰ Respecto de este tópico, la Corte ha considerado que pueden ser objeto de convenio, habida consideración de los elementos de prueba y evidencias recaudadas: “*el grado de participación, la lesión no justificada a un bien jurídico tutelado, una específica modalidad delictiva respecto de la conducta ejecutada, su forma de culpabilidad y las situaciones que para el caso den lugar a una pena menor, la sanción a imponer, los excesos en las causales de ausencia de responsabilidad a que se refieren los numerales 3, 4, 5, 6 y 7 del artículo 32 del C.P, los errores a que se refieren los numerales 10 y 12 de la citada disposición, las circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas (artículo 56), la ira o intenso dolor (artículo 57), la comunicabilidad de circunstancias (artículo 62), la eliminación de casuales genéricas o específicas de agravación y conductas pos delictuales con incidencia en los extremos punitivos, pues todas estas situaciones conllevan circunstancias de modo, tiempo y lugar que demarcan los hechos por los cuales se atribuye jurídicamente responsabilidad penal y por ende fijan para el procesado la imputación fáctica y jurídica*”. Cfr. entre otras CSJ SP 14 dic. 2005, rad. 21.347, SP 10 may. 2006, rad. 25.389; SP 20 nov. 2013, rad. 41.570.

de la competencia del fiscal, parte de la base de que éste habría aceptado un acuerdo en dichos términos, esto es, con una adecuación típica diversa. Sin embargo, ello no es sólo especulativo, sino que, en verdad, probablemente no sea la voluntad del acusador, quien teniendo a la mano la alternativa de negociar a través de la adecuación típica, optó por preacordar con ofrecimiento de otro tipo de beneficio que favorezca punitivamente al acusado.

Aunado a lo anterior, con un tal proceder se desconoce la proscripción de acumulación de rebajas de pena (art. 351 inc. 2° C.P.P.). La norma establece que si hubiere un cambio favorable para el imputado con relación a la pena por imponer, esto constituirá *la única rebaja* compensatoria por el acuerdo. Por ende, si a la aminoración de la consecuencia punitiva resultante del acuerdo entre fiscalía y defensa se adiciona otro descuento, aplicado por el juez al *degradar* la calificación jurídica, el acusado sería beneficiario de múltiples rebajas, por fuera de lo concedido por el ente acusador y en contra del mencionado mandato legal.

Recapitulando, el Tribunal aplicó un indebido control material de la acusación contenida en el acuerdo al que llegaron las partes y que fue aprobado por el juez *a quo*. Al degradar la calificación jurídica de la conducta quebrantó tanto el principio acusatorio como la garantía de imparcialidad. De ahí que no podía dictar sentencia por el delito de lesiones personales, en relación con los actos de maltrato de los que fue víctima Nelly Novoa Grimaldo.

4.3 Conclusión

Por consiguiente, es claro que el reproche ha de prosperar y la sentencia debe ser casada. Si bien el Tribunal incurrió en un yerro procedimental que afecta estructuralmente el debido proceso y vulnera garantías fundamentales, en aplicación del principio de residualidad que gobierna las nulidades, no es necesario acudir a esa medida extrema cuando es posible restablecer el debido proceso de una forma menos traumática (CSJ SP 16.07.2014, rad. 40.871 y SP 28.10.2015, rad. 43.436), como lo es revalidar el fallo de primer grado, dictado de conformidad con los términos *Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.*

de la acusación, para que la condena impuesta al acusado recobre vigencia, clarificando a la censora que la individualización de la pena no es susceptible de ser modificada en casación, por cuanto contra la dosificación punitiva no se formuló ningún cargo en la demanda.

Por otra parte, no sobra precisar que la Sala no abordará el análisis dogmático planteado por la censora, por la vía de la violación directa de la ley sustancial. No sólo debido a que, por las razones atrás expuestas, existe razón suficiente para casar la sentencia, en correspondencia con las pretensiones de la demandante, sino porque la Corte, en reciente decisión²¹, ya definió la problemática jurídica que, con propósitos de unificación jurisprudencial, propuso la demandante.

4.4 Prisión domiciliaria

El segundo cargo por violación directa de la ley sustancial igualmente tiene vocación de prosperidad. Sin necesidad de profundas disquisiciones, la Corte advierte que el Tribunal concedió ilegítimamente la prisión domiciliaria, por falta de aplicación del art. 68 A del C.P.

A la hora de fijar la premisa normativa para analizar la procedencia de tal medida sustitutiva de la prisión, el *ad quem* se abstuvo de integrar los arts. 38 B y 38 G del C.P. -que establecen los requisitos de procedencia de la prisión domiciliaria- con el art. 68 A *idem*, modificado por el art. 32 de la Ley 1709 del 20 de enero de 2014, por cuyo medio el legislador excluyó de la concesión de dicho beneficio a quienes hubieren sido condenados por determinados delitos, entre ellos, violencia intrafamiliar.

De suerte que, habiendo el *ad quem* considerado que la violencia intrafamiliar sí se configuró por las agresiones que el acusado le propinó a su hijo, es incuestionable que la prisión domiciliaria resultaba improcedente en el presente caso.

En consecuencia, la sentencia también se casará a fin de revocar la concesión de la prisión domiciliaria.

²¹ CSJ SP 7 jun. 2015, rad. 48.047

4.5 Otras determinaciones

En vista de que la condena por el delito de violencia intrafamiliar agravada, en concurso homogéneo y sucesivo, ha de recobrar vigencia, la pena a cumplir por el acusado será la de 17 meses y 10 días de prisión, como lo determinó el juez *a quo*. Ahora, dado que la concesión de la prisión domiciliaria igualmente deberá ser revocada, la Corte habrá de librar orden de captura en contra de JAIRO EZEQUIEL ACERO FAJARDO, para que cumpla el término de reclusión faltante, que se interrumpió el 1° de junio de 2016, cuando el acusado fue puesto en libertad con base en la boleta de libertad expedida por la Jueza Coordinadora del Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio de Bogotá el 26 de mayo del mismo año, en cumplimiento del auto del día 25 inmediatamente anterior, proferido por el Juzgado 19 Penal Municipal de Conocimiento de Bogotá²². No es cierto, como lo planteó el defensor en la audiencia de sustentación de la demanda de casación, que el señor ACERO FAJARDO ya hubiera cumplido la totalidad de la pena de prisión, pues esto sólo podría predicarse en el evento en que la Corte hubiera avalado la condena por el delito de lesiones personales (15 meses de prisión), no ante la declaratoria de responsabilidad por violencia intrafamiliar agravada. Por este delito se impuso una pena de 17 meses y 10 días de prisión, mientras el tiempo efectivo de reclusión cumplido por el sentenciado es de 16 meses y 13 días.

De otro lado, la Sala se abstiene de disponer oficiosamente la libertad condicional, por cuanto si bien el sentenciado ha cumplido más de las tres quintas partes de la pena, carece de elementos de conocimiento que acrediten el adecuado desempeño de aquél durante el tratamiento penitenciario, para evaluar si no existe necesidad de continuar con la ejecución de la pena, ni cuenta con información sobre la indemnización y la reparación de los daños causados a las víctimas.

En mérito de 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

²² Cfr. fls. 44 y 108 C. 3.

PRIMERO. CASAR el numeral 2° de la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el 26 de noviembre de 2015. En consecuencia, declarar que el numeral 1° del fallo de primer grado, dictado por el Juzgado 19 Penal Municipal de Conocimiento de Bogotá el 15 de mayo de 2015 recobra vigencia. Por ende, JAIRO EZEQUIEL ACERO FAJARDO queda condenado, como autor penalmente responsable del delito de violencia intrafamiliar agravada en concurso homogéneo y sucesivo, a la pena principal de 17 meses y 10 días de prisión, así como a las accesorias de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, privación del derecho a acudir al lugar de residencia de las víctimas e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por idéntico lapso.

SEGUNDO. CASAR el numeral 3° de la sentencia impugnada. En su lugar, revocar la concesión de la prisión domiciliaria.

TERCERO. LIBRAR ORDEN DE CAPTURA ante las autoridades respectivas, en contra de JAIRO EZEQUIEL ACERO FAJARDO, identificado con la C.C. N° 6.759.950, para los fines señalados en el numeral 4.4 de esta decisión.

CUARTO. En lo demás, el fallo impugnado permanece incólume.

Contra esta decisión no proceden recursos.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al tribunal de origen.

Cúmplase.

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER
Con salvamento de voto

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA
Con salvamento de voto

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria