

2015

REPÚBLICA  
DE  
COLOMBIA  
RAMA  
JUDICIAL



[ TRIBUNAL  
SUPERIOR  
DE BOGOTÁ  
SALA PENAL  
RELATORÍA  
BOLETÍN NO. 7 ]

30 DE SEPTIEMBRE DE 2015

MAGISTRADOS

LUIS ENRIQUE BUSTOS BUSTOS

MANUEL ANTONIO MERCHÁN GUTIÉRREZ



## ÍNDICE ALFABÉTICO

**CORREOS ELECTRÓNICOS** - Derecho a la intimidad - Privacidad depende de la voluntad de sus remitentes y destinatarios determinados - Su empleo como medio de prueba no requiere autorización del juez de control de garantías cuando remitentes y destinatarios permiten su aducción. Pág.....8

**DEFENSA** - Enunciación probatoria - Descubrimiento probatorio Pág.....15

**DESCUBRIMIENTO PROBATORIO** - Momentos - Flexibilidad Pág.....15

**ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS Y EVIDENCIA FÍSICA** - No pueden asimilarse a los medios de conocimiento indicados en artículo 382 del C.P.P - No incluyen los testimonios. Pág.....15

**FOTOGRAFÍAS** - Tienen el carácter de prueba documental, mas no tiene dicha calidad el álbum que las contiene - Sustentación de su pertinencia y utilidad. Pág.....19

**NULIDAD** - Por violación al debido proceso al impedir a la defensa enunciar como prueba testimonios que no descubrió previamente como elemento material probatorio y evidencia física. Pág.....15

**PRUEBA DE REFERENCIA** - Admisión: Eventos que pueden tenerse como “casos similares” a

los previstos en el literal b del artículo 438 del C. de P.P.. Pág.....20

**PRUEBA DOCUMENTAL** - Informe de Policía e informe de prueba PIPH no tienen éste carácter - Admisibilidad. Pág.....19

**PRUEBAS** - Sustentación sobre su pertinencia y utilidad. Pág.....19

**VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA** - En delitos pluriofensivos. Pág.....11

**VIOLENCIA INTRAFAMILIAR** - Noción de núcleo familiar - No es necesaria la convivencia de la víctima y del victimario bajo un mismo techo al momento de la agresión - Se configura cuando el agente agrede a persona con quien tiene descendencia común - Incremento punitivo cuando la víctima es una mujer no aplica objetivamente: es necesario demostrar que la conducta fue motivada por concepciones discriminatorias de género. Pág.....1

**SALVAMENTO DE VOTO:**

**VIOLENCIA INTRAFAMILIAR** - Noción de núcleo familiar - Es necesario que se demuestre la convivencia de la víctima y del victimario bajo un mismo techo al momento de la agresión - No se configura cuando el agente agrede a persona con la que pese a tener descendencia común no le une otro vínculo. Pág.....5

### 1. PROVIDENCIAS DE ESTA CORPORACIÓN

1.1. M.P. BUSTOS BUSTOS LUIS ENRIQUE Rad. 110016000017-2013-11383-01 (25-08-2015)

**VIOLENCIA INTRAFAMILIAR** – Noción de núcleo familiar – No es necesaria la convivencia de la víctima y del victimario bajo un mismo techo al momento de la agresión – Se configura cuando el agente agrede a persona con quien tiene descendencia común – Incremento punitivo cuando la víctima es una mujer no aplica objetivamente: es necesario demostrar que la conducta fue motivada por concepciones discriminatorias de género.

**6.2.1.1.-** Aunado a lo anterior, si bien, la defensa de forma subsidiaria petitiona al Tribunal se condene a su poderdante por el punible de lesiones personales, y no por el de violencia intrafamiliar, alegando que en el sub júdice, respecto de éste último reato no se configuraron todos sus elementos esenciales, puesto que entre el acusado y la víctima no se puede pregonar que existe un núcleo familiar, dado que nunca tuvieron la voluntad de formar una familia, al punto que en ningún momento convivieron juntos, la Sala estima pertinente traer a colación lo que el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria ha establecido en torno a la tipificación del tipo penal contemplando en el artículo 229 del Código Penal, a saber:

"(...) Los sujetos, tanto activo como pasivo son calificados, toda vez que deben hacer parte del mismo núcleo familiar, a efecto de lo cual se torna oportuno señalar que de acuerdo con el artículo 2º de la Ley 294 de 1996, también en vigor para la fecha de los sucesos, se consideran como integrantes de la familia:

"a) Los cónyuges o compañeros permanentes;  
**"b) El padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar;**

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

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

El precepto penal establece, además, una circunstancia específica de agravación para cuando la conducta reprochada se ejecuta sobre miembros del núcleo familiar que se hallan en especial condición de vulnerabilidad, a saber, un menor, una mujer, una persona mayor de sesenta y cinco años o que se encuentre en incapacidad o disminución física, sensorial o psicológica, o que se halle en estado de indefensión.

El bien jurídico tutelado, como ya lo precisó la Corte en otra oportunidad, es la armonía y unidad de la familia, que según el artículo 42 de la Carta Política no sólo constituye el núcleo fundamental de la sociedad, sino que su protección debe ser garantizada tanto por el Estado como por la sociedad, en la medida en

que cualquier forma de violencia cometida en su contra debe considerarse destructiva de ella.

A este respecto vale la pena señalar que desde el derecho internacional, en diversos Instrumentos, se concibe a la familia como "el elemento natural y fundamental de la sociedad" y se le impone a los Estados y la sociedad en general la responsabilidad de protegerla y asistirle, consagración que puede constatarse, entre otros ordenamientos internacionales, en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 16), en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (artículo 23), en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 10) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (artículo 17), los cuales se encuentran incorporados a nuestro derecho interno no solo por haber sido suscritos, aprobados y ratificados por el Estado colombiano, sino por expreso mandato de la Carta Política (artículo 93)<sup>1</sup>. (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

(...)  
 Por tanto, no es necesario, como lo pretende hacer ver la defensa, que los sujetos activo y pasivo del tipo penal de violencia intrafamiliar convivan para pregonar que existe un núcleo familiar entre ellos, como lo exige el artículo 229 del Código Penal, pues de conformidad con lo normado en la Ley 294 de 1996, concretamente en el artículo 2º, se entiende que

la familia, entre otras causales, está conformada por "(...) b) El padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar (...)".

De este modo, se observa como lo indicó el A quo al momento de exponer sus razones para emitir fallo de carácter condenatorio, que la apoderada del señor **D. F. Q. A.** confunde los requisitos que se exigen para conformar una unión de hecho, la cual según lo normado en el artículo 1º de la Ley 54 de 1990 es "(...) la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular (...)", con los parámetros que se han establecido a efectos de definir los sujetos integrantes de una familia, concepto ya analizado bajo los parámetros jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia, que a fin de tipificar el delito de violencia intrafamiliar, más concretamente respecto de lo que se debe entender como núcleo familiar, se encuentra, el padre y la madre, aunque no convivan en un mismo lugar.

Una vez aclarado lo anterior, descendiendo al asunto objeto de examen, diáfano resulta entre **D. F. Q. A.** y la víctima existe un núcleo familiar, que tiene fundamento en la hija en común que procrearon, como lo demuestra el registro civil de nacimiento de S.M.Q.B., No. 50162414, objeto de la estipulación probatoria No. 6, y donde se consigna como fecha de nacimiento de

<sup>1</sup> Corte Suprema de Justicia, sentencia de 28 de marzo de 2012, radicado 33.772, MP. Julio Enrique Socha Salamanca.

la misma el 19 de agosto de 2010, siendo sus padres el aquí procesado y D. M. B. B.<sup>2</sup>.

Y es que, pese a que tanto los testigos de cargo presentados por la fiscalía, como el relato de la señora M. B. M.<sup>3</sup> -*testigo de la defensa*-, ponen en evidencia que el acusado y D. M. B. no convivieron de forma permanente, lo cierto es que dicha situación, como ya se ilustró, no impide tener por demostrado que entre **D. F. Q. A.** y la ofendida existe un núcleo familiar, que se deriva de su calidad de padre y madre del menor K.F.P.B., conforme lo señalado en el literal b) del artículo 2º de la Ley 294 de 1996, al considerarse integrantes de una familia, pese a que no habiten en el mismo hogar.

Por tanto, resultan carentes de soporte jurídico y probatorio los argumentos esbozados por la impugnante, para petitionar sea condenado el señor **D. F. Q. A.** por el delito de lesiones personales, aduciendo un yerro en la aplicación en el caso en concreto del artículo 229 de la Ley 599 de 2000, pues como se expuso en líneas precedentes, se encuentra acreditada, con base en el caudal probatorio aportado al proceso, tanto la materialidad como la responsabilidad del acusado en el punible de violencia intrafamiliar.

**6.2.1.2.-** No obstante lo anterior, y dado que a **D. F. Q. A.** se le acusó y condenó por la circunstancia de agravación contemplada en el

inciso segundo del artículo 229 del Código Penal, la Sala considera ineludible efectuar un análisis al respecto, señalando que la misma no procede objetivamente, esto es, automáticamente, en todos los casos en que resulta víctima una mujer; sino, en aquellos donde el ataque se comete en consideración a la aludida condición; lo cual exige una imputación fáctico jurídica y la demostración de la responsabilidad subjetiva.

Así, imputar circunstancias de agravación a título de responsabilidad objetiva e imponer penas desbordadas en un caso de violencia intrafamiliar, para prolongar la sanción privativa de libertad, con el fin de que la comunidad aprenda a través de ese ejemplo atemorizante, refleja una tendencia inapropiada que no debería existir en la praxis judicial. La Corte Constitucional ha advertido que es ilegítimo utilizar a una persona como medio para difundir temor (prevención general negativa) sobre los demás ciudadanos.

Como consecuencia de lo anterior, a manera de ejemplo, la precitada Corporación en la sentencia C-061 de 2008 declaró inexecutable el inciso segundo del artículo 48 del Código de la Infancia y la Adolescencia -*Ley 1098 de 2006*-, debido a que, a la manera de "*muros de la infamia*", ordenaba la publicación en los medios de comunicación, de los nombres y

fotografías de los condenados por delitos sexuales contra menores de edad. ...

(...)

En este orden de ideas y descendiendo al caso objeto de estudio, la fiscalía le imputó a **D. F. Q. A.** el delito de violencia intrafamiliar agravado, por haberse cometido contra una mujer, acogiendo dicha calificación jurídica la juez de conocimiento y condenando en congruencia.

Así, se sentenció a **D. F. Q. A.**, sin explicación de ninguna índole, así fuera mínima, relativa a la manera cómo, por tratarse de una mujer, se configuraba la causal de incremento de punibilidad para el delito de violencia intrafamiliar. En otras palabras, pese a la erradicación de la responsabilidad objetiva, se aplicó el tipo penal agravado, aún sin tener en cuenta el marco o contexto en el que se desarrolló tal incidente.

En consecuencia, el proceder del ente acusador y del A quo se estima equivocado, toda vez que, reitera la Sala, la circunstancia de incremento punitivo para el delito de violencia intrafamiliar, en ningún caso puede aplicarse objetivamente, cuando la víctima es una mujer. Por el contrario, para un correcto discernimiento, siempre será necesario demostrar que el comportamiento del agresor se originó en concepciones de género discriminatorias y peyorativas hacia la mujer.

<sup>2</sup> Folio 62 de la Carpeta de Conocimiento.

<sup>3</sup> Récord 33:43 a 43:15 minutos, video 2 de la audiencia de juicio oral de 24 de febrero de 2015.

Lo anterior, dado que la circunstancia agravante por cometerse la violencia intrafamiliar contra una mujer, fue introducida por la Ley 882 de 2004, en cuyos antecedentes se alude y remite en forma diáfana a instrumentos internacionales, a través de los cuales la comunidad ha emprendido una lucha frontal contra la violencia dirigida hacia la mujer por razón de su condición femenina, del machismo y con motivo del puesto socioeconómico subalterno que desde lo masculino se le ha asignado en la sociedad. Vale decir, lo que se persigue a través de la represión penal incrementada es la disminución de la violencia de género; en concreto, la violencia contra el género femenino.

Así, en la exposición de motivos<sup>4</sup> de la Ley 882 de 2004, se menciona la "Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer"; aprobada mediante la Ley 248 de 1995. El Senador ponente hace énfasis en la "violencia doméstica", ocasionada generalmente por la posición históricamente dominante del varón sobre la mujer; y destaca:

*"Juristas internacionales coinciden en señalar que la violencia doméstica basada en el sexo viola el principio de igualdad ante la ley, y puede ser considerada como tortura, al ser violaciones flagrantes y sistemáticas de los derechos humanos, perpetradas "en tal*

*cantidad y de tal forma como para crear una situación en la que el derecho a la vida, a la integridad o a la libertad personal (...) de uno o más sectores de la población de un país, son violados o amenazados en forma continua". Por este carácter generalizado es considerada una epidemia social, que transmite un mensaje de dominación: "Quédense en su sitio; tengan miedo"; sustentado en valores patriarcales de sumisión, exclusión y control autoritario del poder en la terrible lógica del predominio del más fuerte. Situación que no sólo afecta a las mujeres sino que obstaculiza el desarrollo de un sistema de valores democráticos y pacíficos en toda la sociedad y para cualquier persona."*

En este orden, la circunstancia de incremento punitivo para el delito de violencia intrafamiliar no aplica objetivamente cuando la víctima es una mujer, sino que es necesario demostrar que el comportamiento del agresor provino motivado por concepciones de género, en el sentido discriminatorio y peyorativo, por el hecho de pertenecer a ese género.

(...)

De esta manera, si la Fiscalía no demuestra que el episodio de violencia intrafamiliar se produjo porque el agresor o agresora desplegó conductas destinadas a menoscabar la integridad de la mujer, porque dicho implicado o implicada tiene algo en contra del género femenino o la naturaleza de su esencialidad

humana o su sexualidad etc., entonces la circunstancia de agravación punitiva es improcedente, porque no es factible confeccionar atribuciones que conduzcan llanamente a una forma de responsabilidad objetiva. Por ende, la ausencia de discernimiento sobre ese tópico por la vista fiscal y el juez de primera instancia conlleva a una especie de reformulación de esa clase de responsabilidad, que es jurídicamente inadmisibles y podría culminar en extremos irracionales.

(...)

Sin embargo, es de precisar que, sin incurrir en contradicción con lo hasta ahora expuesto, debe quedar claro que la Sala no tiene elementos de juicio para discernir si **D. F. Q. A.** actuó como lo hizo contra la afectada, por ser mujer o por desviaciones conductuales de género. Por ello, no es que se declare la inocencia del implicado con relación al tipo especial agravado. Lo que ha advertido la Sala es que, precisamente, como en primera instancia se aplicó responsabilidad objetiva, ese tópico no formó parte del debate probatorio; y en ausencia de medios de convicción no es factible mantener la adecuación típica por el delito con punibilidad incrementada.

Relatoría/consulta/2015/Providencias incluidas en los boletines

<sup>4</sup> Gaceta del Congreso No. 304 de 2002. Proyecto de Ley 18 de 2002 Senado. Exposición de Motivos. Senador Ponente: Carlos Moreno

de Caro. Se había llamado, en tono sarcástico "ley de los ojos morados"; y su trámite culminó al expedirse la Ley 882 de 2004.

1.2. SALVAMENTO DE VOTO A LA DECISIÓN ANTERIOR. MAGISTRADO: MERCHAN GUTIERREZ MANUEL ANTONIO. VIOLENCIA INTRAFAMILIAR- No se configura cuando el agente agrede a persona con la que pese a tener descendencia común no le une otro vínculo.

A continuación expongo las bases del disenso frente a la decisión mayoritaria, que responde al problema suscitado por el defensor del procesado a través del recurso de alzada; esto tiene que ver, con determinar si es sujeto activo del delito de Violencia Intrafamiliar quien realiza ataques a la integridad física de la persona con la que procreó un hijo, sin para la fecha de los hechos convivieran bajo un mismo techo.

(...)

## 2. Núcleo familiar

Descendiendo al delito de violencia intrafamiliar podemos decir que el elemento normativo en discusión sobre su alcance interpretativo es el de "**núcleo familiar**".

Para ello importante es remitirse a la ley y a las decisiones de las Cortes de Cierre en el

ámbito constitucional y de la jurisdicción ordinaria en materia penal.

Sobre la primera el referente especial es la Ley 294 de 1996, mediante la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar.

Como se ve a lo largo de esta normativa especial es necesario clarificar qué se entiende por familia, así su artículo 2º determina que [l]a familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

Antes de pasar a numerar quiénes, para los efectos de la presente Ley, integran la familia, no se puede dejar de lado la introducción de la norma, en la cual destaca que la familia se constituye por dos vías una jurídica, es decir aquellas que el ordenamiento preceptivo le otorga esos efectos, como el matrimonio civil o religioso reconocido (católico) o, una natural por la unión marital de hecho; en todo caso, no se puede dejar de lado un elemento indispensable, que el vínculo esté precedido de **la voluntad responsable de conformarla**.

Así lo determinó la Corte Constitucional en sentencia C-700 de 2003 cuando refiere que "la Constitución prescribe la obligación de una protección con el mismo alcance a una y otra

forma de familia (la matrimonial y la derivada de una unión de hecho)".

Con ese pre-requisito se debe matizar de cara a la estricta legalidad y/o tipicidad, el concepto de núcleo familiar, se debe entender que integran la familia:

- a) Los **cónyuges** o **compañeros permanentes**, en quienes se cumple la voluntad responsable de conformar la familia; los primeros por lo que es un acto solemne de mutuo consentimiento en el cual hay un **compromiso de unirse** con el fin de **vivir juntos**, de procrearse y auxiliarse mutuamente<sup>5</sup>; los segundos, mantienen el carácter voluntario de prolongar la unión en el tiempo, se diferencia en que su permanencia (requisito sine qua nom) es libre y por lo tanto la separación no está reglamentada.<sup>6</sup>
- b) El **padre** y la **madre** de familia, aunque no convivan en un mismo hogar, esa cualificación no parte de entender la calidad de padre o madre solamente en el sentido natural (aquél o aquélla que engendra) sino que adicionalmente se debe restringir al sentido jurídico "de familia", luego de lo cual se acude al complemento, para el cual no importa si luego de dar su voluntad y unirse

<sup>5</sup> Ver artículos 113 y 115 del Código Civil.

<sup>6</sup> Cfr. sentencia C-700 de 2003, ya citada.

efectivamente de manera permanente (jurídica o natural) se separa de hecho o de derecho y abandona el techo de convivencia común, dejando prole, caso en el cual el concepto de familia con consecuencias penales –jurídicamente hablando- se mantiene por la existencia de los hijos.<sup>7</sup>

- c) Los **ascendientes** o **descendientes** de los anteriores y los hijos adoptivos; lo que supone que su vínculo viene de quienes son cónyuges o compañeros permanentes, padre o madre de familia (concepto jurídico restrictivo) y sin lugar a duda que estos vivan en un mismo hogar (unidad doméstica), puesto que es una exigencia que el legislador da por hecho y de la cual solo exime –de manera expresa- a aquéllos padres o madres que terminada la unión con vocación de permanencia, ya no comparte el mismo techo (hogar). Una interpretación distinta desconoce el principio de legalidad, puesto que si abarca a personas que no hacen parte de la unidad doméstica, por más vínculos de ascendencia o descendencia que tengan,

sería extensiva, y en materia penal la interpretación debe ser restrictiva<sup>8</sup>.

- d) Todas las **demás personas** que de **manera permanente** se hallaren integrados a la unidad doméstica. Adiciona al concepto de familia ya referido, a las personas que comparten un escenario temporo-espacial, lo que resalta la importancia de los elementos continuidad, voluntad y espacio físico como nexo relacional entre determinadas personas, que se resume en las definiciones de *cohabitación*<sup>9</sup> y *convivencia*<sup>10</sup>

Como lo señalara la Corte Constitucional en Sentencia C-029 de 2009, el legislador con la descripción de la conducta punible de Violencia Intrafamiliar, estructuró un tipo penal orientado a sancionar conductas que ocurren en el ámbito familiar y que no se podían integrar en los tipos que de manera general protegen bienes jurídicos como, la vida, la integridad personal, la libertad, la autonomía personal y la integridad y formación sexual. Haciendo gala del principio de estricta legalidad, parte de su tenor literal, para determinar que la protección integral a la

familia se inscribe en un contexto más amplio de acuerdo a lo que objetiva y materialmente se exterioriza.

No significa que deje al libre albedrío e interpretación el concepto de **núcleo familiar**, sino que, dice el alto Tribunal, algunas de esas manifestaciones se construyen alrededor de conceptos como “*domicilio*” o “*residencia*” o en función de las personas que “*de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica*”

(...)

Corolario a este marco conceptual surge apropiado retomar el alcance del análisis que la Corte Constitucional<sup>11</sup> realizó a la descripción del referido tipo penal de *Violencia al interior de la familia*.

*De este modo, lo que se pretende prevenir, es la violencia que de manera especial puede producirse entre quienes, de manera permanente, comparten el lugar de residencia o entre quienes, de manera quizá paradójica, se encuentran más expuestos a manifestaciones de violencia en razón de la relación de confianza que mantienen con otra persona, relación que, tratándose de*

<sup>7</sup> Aclaración que la ley realiza, para diferenciar aquellas situaciones del primer ordinal [a]) en cuanto a que **cesa** la consideración de tenerlos como **integrantes de la familia** a aquellos cónyuges y compañeros permanentes que dejan de serlo, bien sea por decisión judicial, en el primero, o por decisión unilateral o de mutuo acuerdo, en el segundo, siempre y cuando no haya descendencia de esa unión.

<sup>8</sup> De acuerdo al Diccionario Castellano es *que tiene virtud o fuerza para restringir y apretar*. Otro significado de restrictiva en el diccionario es también *que restringe, limita o acorta*.

<sup>9</sup> La primera definición de cohabitar en el diccionario de la real academia de la lengua española es *habitar juntamente con otra u otras personas*. Otro significado de cohabitar en el diccionario es

*hacer vida marital*. Cohabitar es también *dicho especialmente de partidos políticos, o miembros de ellos: coexistir*.

<sup>10</sup> En el diccionario castellano convivir significa vivir en compañía de otro u otros.

<sup>11</sup> En la sentencia citada del 2009.

*parejas, surge del hecho de **compartir un proyecto de vida en común.***

Se podría pensar que la Corte Suprema de Justicia – Sala Penal- avaló una interpretación indiscriminada del concepto de padre o madre como sujeto calificado en el delito de violencia intrafamiliar cuando realizó las siguientes afirmaciones:

*Sin embargo, auscultada nuevamente esa tesis, de cara al material preceptivo ya mencionado (constitucional y legal), encuentra la Sala que ella debe ser replanteada, para entender que la aplicación de la ley 294 de 1996 y, más concretamente, del delito de violencia intrafamiliar (art. 229 C.P.), en el caso de familias con hijos, no reclama la convivencia de los progenitores, ni una filiación en particular. Por eso el mencionado literal b) no hace alusión a los cónyuges, ni a los compañeros permanentes, unos y otros comprendidos en el literal a), sino al "padre y a la madre de familia", cuya paternidad y maternidad puede ser matrimonial o extramatrimonial. En suma, para que exista familia, en la hipótesis comentada, es suficiente que de un hombre y una mujer se puedan predicar las calidades de padre y madre de un determinado hijo. Por eso, ello es capital,*

*es que el menor tiene derecho a una familia (art. 44 C. Pol.), así sus progenitores no estén unidos por vínculo matrimonial, ni sean compañeros permanentes, o "no convivan en un mismo hogar", como lo señala la Ley 294 de 1996, ya referida.<sup>12</sup>*

No obstante al revisar la citada jurisprudencia se percata que ella gira en torno a la genuina noción de familia que si bien es cierto menciona como "algunas" de las instituciones que dan lugar a ella [familia] como el matrimonio o la unión marital de hecho, luego de revisar el ordenamiento jurídico en Colombia no existen otras instituciones a parte de las dos mencionadas de donde se desprenda el núcleo familiar. El criterio se sigue consolidando en los siguientes términos:

*El propósito de la ley 294 de 1996, sin duda, es el de amparar y de suyo salvaguardar la institución familiar, no una de sus formas, como tampoco una manera de vivirla. Hay familia cuando el hombre y la mujer conforman un hogar común, sea por los hechos o por el derecho, haya o no descendencia. Y ella subsiste aun cuando, mediando hijos, estos, el padre o la madre, abandonen la casa paterna o materna, al margen de las causas que hubieren dado lugar a ello, stricto sensu. Que el marido*

*abandone a su mujer, dejándole los hijos, o viceversa, no es motivo suficiente para afirmar que la familia, per se, se extinguió.*

De no ser suficiente el anterior análisis, en cuanto a los señalamientos de la Corte Constitucional, que este tipo de violencia en el núcleo familiar se produce solamente a partir de quienes de manera permanente comparten o compartieron el lugar de residencia a partir de la relación de confianza que mantienen con otra persona (parejas) y que comparten o compartieron un proyecto de vida en común, sería válido acudir al principio **pro homine.**

Este principio, contiene -en las voces de la doctrinante Mónica Pinto<sup>13</sup>-un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, **a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria.** Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre.

<sup>12</sup> Sala Plena. Exp. 032. Auto de 23 de marzo de 2006. Traída en referencia dentro del auto que asignó competencia, de fecha 31 de julio de 2008, MP Jorge Luis Quintero Milanés. Exp. 2008-00233-00.

<sup>13</sup> v. Mónica Pinto, El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos en "La aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los tribunales locales",

Cels. Editores del Puerto, 2004, pág. 163.

La autora agrega que "Esta pauta se encuentra consagrada positivamente. Así, en general, los instrumentos internacionales de derechos humanos establecen que **ninguna de sus disposiciones autoriza a limitar los derechos protegidos en mayor medida de la prevista**, a limitar el goce y ejercicio de cualquier otro derecho o libertad que pueda estar reconocido en otra norma internacional o interna en vigor, ni a excluir o limitar el efecto que puedan producir la normas consuetudinarias en materia de derechos humanos (vg. art. 5 PIDCP; art. 29 CADH) art. 5 (PIDESC) art. 1.1 Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes: art. 41 Convención sobre los Derechos del Niño)."

Para el caso concreto no fue materia de discusión el hecho que el procesado **D. F. Q. A.** y D. M. B. nunca compartieron de manera permanente el lugar de residencia, no había tampoco una relación de confianza en la medida que no existía, ni existió para el momento de los hechos un proyecto de vida común.

En otras palabras no se demostró por la Fiscalía que entre el procesado y la víctima de las agresiones físicas se hubiese conformado familia<sup>14</sup>; no se probó, que al momento de la conducta lesiva a la integridad física de D. M., o con anterioridad a ella, existiese expresión

común de voluntad en realizar un proyecto de vida en convivencia, en otras palabras al no ser o haber sido –al momento de la conducta acusada– cónyuges ni compañeros permanentes, no bastaba la calidad de padre (agresor) y de madre (agredida) para declararlo responsable del delito de violencia intrafamiliar, puesto que la calidad de sujeto activo (calificado) del delito de violencia intrafamiliar lo da el ser **de familia**, algo mucho más que padre biológico.

(...)

Lo anterior constituye soporte suficiente para determinar que al no cumplirse con el elemento normativo (padre de familia) en el contexto del ordenamiento jurídico colombiano, para sancionar conductas que afecten la Unidad Familiar como la violencia intrafamiliar, no se le podía endilgar dicha conducta a **D. Q. A.**, razón por la cual era procedente modificar la sentencia de condena del Juzgado 15 Penal Municipal de Conocimiento de fecha 26 de mayo del año en curso, variando la calificación jurídica a lesiones personales en concurso homogéneo y sucesivo.

Relatoría/consulta/2015/Providencias incluidas en los boletines

1.3. M.P. BUSTOS BUSTOS LUIS ENRIQUE Rad. 1100160000492010-12110-04 (10-08-2015) CORREOS ELECTRÓNICOS – Derecho a la intimidad – Privacidad depende de la voluntad de sus remitentes y destinatarios determinados – Su empleo como medio de prueba no requiere autorización del juez de control de garantías cuando remitentes y destinatarios permiten su aducción.

**6.2.5.-** Por último, el Juez (...) de Conocimiento de esta ciudad, negó los medios de prueba documentales, peticionados por la defensa y relacionados con los correos electrónicos enviados los días **(i)** 05 de septiembre de 2012 entre la acusada y el abogado defensor, en el que se reenvió el correo recibido por F. D.; **(ii)** 29 de mayo de 2009 entre J. U. V. y D. G. y; **(iii)** 23 de junio de 2009 entre Bernardo Rugeles y Diana García, al considerar que los mismos desconocen el derecho a la intimidad de los prenombrados, pues no se obtuvo por parte del juez de control de garantías el respectivo aval para hacer uso de ellos.

(...)

Así, de acuerdo con el artículo 23 ibídem, la prueba ilícita es aquella obtenida con violación de

<sup>14</sup> Puesto que las dos únicas fuentes reconocidas en Colombia para conformar la familia los son el matrimonio (civil o religioso) y la unión marital de hecho.

las garantías fundamentales de las personas; entre ellas, la dignidad, el debido proceso, la expectativa de intimidad razonable, la no autoincriminación, la solidaridad íntima; y aquellas en cuya producción, práctica o aducción se somete a las personas a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, sea cual fuere el género o la especie de la prueba así obtenida.  
(...)

En el sub lite el Tribunal estima frente a la decisión del A quo de negar los medios de prueba relacionados con los correos electrónicos en alusión, bajo el argumento de que no se cuenta con la autorización judicial proferida por el Juez de control de Garantías para acceder a éstos, por tanto, se vulnera el derecho a la intimidad de las personas intervinientes, que no le asiste razón, por las siguientes razones:

La Corte Constitucional en la sentencia C-881 de 19 de noviembre de 2014 precisó sobre el derecho a la intimidad que:

*"(...) la intimidad corresponde al "área restringida inherente a toda persona o familia, que solamente puede ser penetrada por extraños con el consentimiento de su titular o mediante orden dictada por autoridad competente, en ejercicio de sus funciones y de*

*conformidad con la Constitución y la ley"<sup>15</sup>. Por lo anterior, el derecho a la intimidad hace referencia al ámbito personalísimo de cada individuo o familia, es decir, a aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones que normalmente están sustraídos a la injerencia o al conocimiento de extraños<sup>16</sup>.*

*Este derecho implica la facultad de exigir de los demás el respeto de un ámbito exclusivo que incumbe solamente al individuo, que es resguardo de sus posesiones privadas, de sus propios gustos y de aquellas conductas o actitudes personalísimas que no está dispuesto a exhibir, y en el que no caben legítimamente las intromisiones externas<sup>17</sup>.*

*El derecho fundamental a la intimidad se proyecta en dos **DIMENSIONES: (i)** como secreto que impide la divulgación ilegítima de hechos o documentos privados, o **(ii)** como libertad, que se realiza en el derecho de toda persona a tomar las decisiones que conciernen a la esfera de su vida privada<sup>18</sup>.*

En torno a una de las formas como se puede vulnerar esta garantía, la misma Corporación en la citada providencia, indicó: *"(...) En la divulgación de hechos privados, en la cual incurre quien presenta al público una información cierta, veraz, pero no susceptible de ser compartida, es decir, perteneciente al*

*círculo íntimo de cada quien, siempre y cuando no se cuente con autorización para hacerlo bien de su titular, bien de autoridad competente."*

También, en la sentencia T-916 de 2008, la Corte Constitucional respecto al correo electrónico como medio de comunicación privado señaló que:

*"La Corte ha entendido que la correspondencia es "aquella forma de comunicación de pensamientos, noticias, sentimientos o propósitos, sostenida por cualquier medio entre personas determinadas. La privacidad de ésta y la de cualquier otro tipo de comunicación no depende tanto de que su contenido no se refiera a temas públicos, los cuales pueden, incluso, tratarse en la más confidencial de las formas.*

**Esa privacidad, constitucionalmente protegida, depende más bien de la voluntad de sus remitentes y destinatarios determinados. Así, antes de que llegue a su destino, el carácter privado de la comunicación dependerá única y exclusivamente de la voluntad del remitente, quien expresa o tácitamente permitirá, impedirá o intentará permitir o impedir la injerencia de extraños en dicha**

<sup>15</sup> Sentencias de la Corte Constitucional T-696 de 1996, M.P. Fabio Morón Díaz y T-437 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>16</sup> Sentencias de la Corte Constitucional T-411 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero; SU-056 de 1995, M.P. Antonio Barrera Carbonell y T-439 de 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>17</sup> La sentencia citada remite a su vez a las sentencias de la Corte Constitucional T-530 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-552 de 1997, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa y C-913 de 2010, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

<sup>18</sup> Sentencia de la Corte Constitucional T-222 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón y T-414 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

**relación, extendiéndose a ambas partes cuando llega a manos del destinatario.”**

Uno de los medios de comunicación privada que cobra especial importancia en la actualidad con el surgimiento de la informática es el correo electrónico, sobre el cual, dada la complejidad de la realidad actual exige una aproximación a la intimidad que tenga en cuenta los diversos aspectos que la contempla, entre los cuales se halla el derecho a controlar la información acerca de uno mismo. Al respecto, la doctrina ha considerado:

“[e]l correo electrónico es uno de los más destacados avances de la era de la sociedad de la información que ha originado algunas de las nuevas formas de agresión a la intimidad (...). Un fenómeno tan antiguo como la propia especie humana, el de la comunicación, se lleva a cabo a través de un soporte desconocido hasta hace muy poco: el mensaje se digitaliza para enviarse al destinatario a velocidad luz por la Red. De esta forma, se conectan dos equipos informáticos a través de un servidor. El correo electrónico origina necesidades de tratamiento jurídico igualmente novedosas, que poco a poco habrá que ir construyendo y sedimentando.”

Por tratarse entonces de un dispositivo que tiene un ámbito privado, es que la regla constitucional prevista en el artículo 15 Superior, referida a la inviolabilidad de la

correspondencia y demás formas de comunicación privada, tiene total aplicabilidad cuando se trata de correos electrónicos, pues se trata de una forma de comunicación entre personas determinadas, siendo solamente posible su interceptación o registro, (i) mediante orden de autoridad judicial, (ii) en los eventos permitidos en la ley y (iii) con observancia estricta de las formalidades que la misma establezca. Este mandato ha sido reiteradamente entendido por esta corporación, en el sentido de que con él se garantiza un espacio inviolable de libertad del individuo frente a su familia, la sociedad y el Estado.

La reserva legal y judicial para efectos del registro e interceptación de las comunicaciones privadas, constituye una excepción a la regla general de la inviolabilidad de éstas. Sobre el particular, en sentencia T-696 de 1996, este órgano colegiado, señaló:

“Además, ha sostenido la Corte, las reservas legal y judicial para efectos del registro e interceptación de la correspondencia y las comunicaciones privadas, constituyen verdaderas excepciones a la regla general de su absoluta inviolabilidad que, como tales, son de interpretación restrictiva, lo cual indica que no pueden extenderse a ningún otro caso en ellas no previsto, y más cuando la disposición constitucional se vale del adverbio ‘solo’, para

indicar que en ningún evento podrá procederse a interceptar o registrar las formas de comunicación señaladas, sin que medie orden judicial.” (...)” (Negrillas y subrayas fuera del texto original).

En este orden, la defensa de **L. M. M. B. H.** al momento de exponer su solicitud probatoria en cuanto a los correos electrónicos negados por el A quo<sup>19</sup>, e igualmente en la sustentación del recurso de alzada que ahora ocupa la atención de esta instancia<sup>20</sup>, indicó principalmente que con los referidos medios de convicción, buscaba demostrar que la información contenida en la certificación a la que alude la fiscalía como falsa, es verídica, pues sí existió la deuda que cobró, a través de un proceso ejecutivo, el Edificio Asociación Médica de Bogotá S.A., a la compañía PARKING INTERNATIONAL LTDA., evidenciándose por tanto la ausencia de responsabilidad de la acusada en los delitos endilgados.

Bien, en aras de precisar lo expuesto, se advierte que en sesión de audiencia preparatoria celebrada el 17 de marzo de 2015 la censora al sustentar las citadas solicitudes probatorias indicó textualmente que:

“(…) Copia simple del correo enviado el 5 de septiembre de 2012 a las 4:37 p.m., por la Dra. L. M. M. B. a C. A. B. C., reenviando el correo que recibió de F. D. abogado de Parking ese

<sup>19</sup> Récord 02:50:19 a 03:52:19 minutos, video 1 de la audiencia preparatoria de 09 de junio de 2015.

<sup>20</sup> Récord 13:29 a 55:48 minutos, video 4 y 00:001 a 05:10 minutos, video 5 de la audiencia preparatoria de 16 de junio de 2015.

mismo día, en 1 folio con archivo adjunto de 4 folios.

(...)

Se introducirá a través del Dr. F. D., quien lo envió a la Dra. L. y cumple el requisito de la casual primera del artículo 426 del C.P.P.

Copia simple del correo enviado el 29 de mayo de 2009 por abogado J. U. Vélez a D. G. en su calidad de administradora del Edificio Asociación Médica de Bogotá, en 1 folio. Éste abogado fue consultado también por el Edificio Asociación Médica Bogotá para determinar si la obligación de Parking por el no pago de las cuotas de administración se podía cobrar o no y si existía o no existía.

(...)

Se introducirá con D. P. G. Z., quien en ese momento era la Representante del Edificio y lo imprimió por lo que cumple con el numeral primero del artículo 426 del C.P.P.

Copia simple del correo enviado el 23 de junio de 2009 por B. R. N. a Diana P. G., en su calidad de administradora del Edificio Asociación Médica.

(...)

Será introducido por D. P. G. Z., quien lo imprimió y era para ese momento la Representante del Edificio, de acuerdo con lo exigido en el numeral primero del artículo 426.

(...)<sup>21</sup>.

Visto lo anterior y con apego a las disposiciones legales y jurisprudenciales que

tratan el tema objeto de disenso, diáfano se tiene que en el caso concreto no existe una expectativa razonable de intimidad, la cual convierta en imprescindible la autorización judicial proferida por el juez de control de garantías para emplear los correos electrónicos de personas particulares como medios de pruebas al interior del proceso penal, pues la privacidad de la comunicación constitucionalmente amparada depende de la voluntad, en el presente, del remitente F. D. y destinatarios **L. M. M. B. H.** y D. P. G. Z., quienes permitieron la injerencia de terceros, razón por la cual no es acertado sostener que la pretensión de la abogada defensora implica la intromisión en la intimidad de las personas que allí participaron.

Por lo expuesto para la Sala de Decisión, no le asiste al Juez (...) de Conocimiento cuando no decretó como pruebas de descargo los mentados correos electrónicos, en consecuencia, se revocará en lo que a este tema respecta la determinación apelada y, en su lugar, se decretará la prueba relacionada con la copia de los correos electrónicos enviados los días 05 de septiembre de 2012, 29 de mayo de 2009 y 23 de junio de 2009, los cuales según se anunció se introducirán a través de F. D. y D. P. G. Z. respectivamente.

Relatoría/consulta/2015/Providencias incluidas en los boletines

1.4. M.P. MERCHAN GUTIERREZ MANUEL ANTONIO Rad. 110016000019201209738 (24-07-2015) VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA - En delitos pluriofensivos.

Ahora bien, como esto implica condenar a **G. R.** por un delito distinto por el que se le acusó, con compromiso del principio de congruencia, se hace necesario determinar si para el caso *sub judice* concurren las condiciones bajo las cuales es posible, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, dictar fallo de sustitución, tratándose de una disconformidad de carácter estrictamente jurídico.

Dichas exigencias han sido enumeradas por la máxima Corporación así: "(i) que la nueva imputación respete el núcleo fáctico de la acusación, (ii) que se proceda por delitos del mismo género, (iii) que no implique agravación de la situación jurídica del procesado, y (iv) que no afecte los derechos fundamentales de otros sujetos intervinientes<sup>22</sup>".

Todas estas condiciones se cumplen en el caso analizado tal y como a continuación se demuestra.

<sup>21</sup> Record. 02:58:43 a 03:08:23 minutos y 03:10:32 a 03:13:33 minutos. Video 0.

<sup>22</sup> C.S.J. SP4366 de 16 de abril de 2015 M.P. José Leónidas Bustos Martínez Rdo. 38179

### 5.1 Que la nueva variación respete el núcleo fáctico

El principio de congruencia constituye garantía derivada del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política y su finalidad es asegurar que el sujeto pasivo de la acción penal sea condenado, si hay lugar a ello, por los mismos cargos por los que se le acusó, sin lugar a sorprenderse a última hora con imputaciones frente a las cuales no tuvo oportunidad de ejercer el derecho de contradicción.

Ahora bien, en la Ley 906 de 2004 dicho principio está consagrado en el artículo 448 cuando establece: “*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*”.

Al respecto se tiene que la Fiscalía en la formulación de imputación comunicó a **G. R.** el delito de violencia intrafamiliar agravada de que trata el artículo 229 del C.P. en atención a que el procesado “... *le lanzó dos piedras y la agredió físicamente... que por estas lesiones el instituto Nacional de Medicina Legal establece para Ángela Milena Vargas González...*

*incapacidad médico legal permanente de 7 días sin secuelas...*”<sup>23</sup>.

A su vez, al respecto se lee en el escrito de acusación que “**R.** *les lanzó dos piedras una de la cual hizo blanco en su mamá y la otra en ella, para luego marcharse del lugar. Es clara Angélica Milena Vargas al manifestar que su mamá no resultó lesionada, pero ella recibió la roca en la canilla...*”<sup>24</sup> y en idénticos términos fue protocolizada en audiencia de formulación de acusación<sup>25</sup>.

Bajo los términos expuestos el ente investigador solicitó condena por el delito de violencia intrafamiliar agravada según el inciso 2 del artículo 229 del Código Penal.

De esa manera, no surge la menor duda que los hechos atribuidos al procesado **R. G. G. R.** se subsumen en el tipo penal de lesiones personales, no así en aquel por razón del cual se le acusó, pues el aludido maltrato a **Á. M.** se realizó cuando ya no convivía con el padre de su hijo, requisito sin el cual no se adecua la conducta al tipo de violencia intrafamiliar.

Así que resulta palmario que el núcleo fáctico de la acusación es comprensivo de los hechos que sirven de sustento para la condena por el delito de lesiones personales.

Los elementos que estructuran el atentado contra la integridad personal forman parte de las conductas punibles por las que fue acusado **R. G. G. R.**; es decir, de la violencia intrafamiliar, circunstancia que por supuesto le permitió ejercer a plenitud su derecho a la defensa, porque era posible que solicitara pruebas tendientes a controvertir los hechos que se le imputaron fáctica y jurídicamente.

En esta oportunidad, se respeta el núcleo fáctico de la conducta punible imputada en la acusación, y, por tanto, se cumple el primero de los requisitos a los que se ha hecho mención; en esos términos la variación de la calificación, no desconoce el principio de congruencia, garantizando las reglas del debido proceso en su estructura básica y la garantía de defensa que concierne al acusado.

La variación de la calificación en esta oportunidad conserva el aspecto medular de los hechos, pues el acusado directamente o a través de su defensor ha tenido la oportunidad de desvirtuarlos mediante la aportación de pruebas o de controvertir el alcance dado a los mismos a través de argumentaciones de carácter intelectual, comportando su adecuación jurídica

<sup>23</sup> Audiencia de formulación de imputación, registro 6:46 – 07:37

<sup>24</sup> Folio 6 de la carpeta

<sup>25</sup> Audiencia de formulación de acusación, registro 7:15-7:32

una labor que procederá a efectuarse de manera definitiva en el presente fallo.

En consecuencia, con todo y la variación de la calificación, se ha mantenido el núcleo esencial de la imputación fáctica, con lo que se garantiza plenamente el ejercicio del derecho de defensa, pues esa es la base de la cual se deriva la calificación jurídica que, realmente, corresponde aplicar.

## 5.2 Que se proceda por delitos del mismo género

5.2.1 La Corte Suprema de Justicia en varias ocasiones ha indicado que al exigir que se trate de delitos del mismo género, se refiere a que sean punibles tutelados por el mismo bien jurídico<sup>26</sup>.

En principio, podría pensarse que tal exigencia no se cumple en el caso *sub examine* la violencia intrafamiliar forma parte del Título VI del Código Penal "DELITOS CONTRA LA FAMILIA", al paso que las lesiones personales hacen parte del Título I ídem "DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD PERSONAL".

5.2.2 Sin embargo, una lectura sistemática de uno y otro punible permiten a la Sala concluir que se tratan de delitos del mismo género por las siguientes razones.

Fundamento de la anterior premisa, vale la pena traer a colación la diferenciación que ha hecho la H. Corte Suprema de Justicia respecto de los delitos monofensivos y pluriofensivos:

*Los primeros son aquellos cuya finalidad se encuentra orientada a proteger un solo bien jurídico, como ocurre, por ejemplo, con el delito de estafa que asegura el patrimonio económico.*

*Los delitos pluriofensivos comportan la protección simultánea de dos o más bienes jurídicos, como sucede con el delito de secuestro extorsivo, en el cual se protege tanto la libertad personal individual, como el patrimonio económico. En estos casos, corresponde al legislador seleccionar dentro de los varios bienes jurídicos susceptibles de protección, aquél que en su criterio y de conformidad con el plexo de valores de la Carta Política resulte de mayor importancia al momento de ubicar el tipo dentro de un conjunto normativo<sup>27</sup>.*

5.2.3 Pues bien, en atención a ello, el artículo 229 del C. P., señala que incurre en violencia intrafamiliar "el que maltrate física o psicológicamente a cualquier miembro de su núcleo familiar" y que la pena prevista para esa conducta se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes "cuando la conducta recaiga sobre un menor, una mujer o una persona mayor de sesenta y cinco años o que se encuentre en incapacidad o disminución física, sensorial o psicológica o quien se encuentre en estado de indefensión incrementa".

Ahora, es necesario referirse a los elementos típicos que contiene esa definición, para corroborar la posibilidad de confundirlo con el género al que corresponde el delito de lesiones personales.

La violencia intrafamiliar es un ilícito de mera conducta, se perfecciona con la simple ejecución de "maltratar<sup>28</sup>", bien sea en el orden físico, síquico o sexual, por tanto no exige en fase de adecuación típica objetiva, la producción de ningún hecho o resultado, sea de naturaleza física o naturalística. "La realización del hecho no amenaza los bienes jurídicos comprendidos en la familia, sino que

<sup>26</sup> Al respecto, C.S.J. fallo de 15 de octubre de 2014 M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández Rdo 41253 y SP4366 de 16 de abril de 2015 M.P. José Leónidas Bustos Martínez Rdo. 38179, entre otras

<sup>27</sup> C.S.J. providencia de 12 de octubre de 2006 M.P. María Pulido de Barón Rdo. 25465

<sup>28</sup> que incluye, tal como lo destacó la Corte Constitucional en sentencia C-368/2014, agresiones verbales, actos de intimidación o degradación y todo trato que menoscabe la dignidad humana.

efectivamente los vulnera<sup>29</sup> (subrayado por la Sala)

Además, se trata de un tipo penal subsidiario dado que expresamente se prevé que el comportamiento descrito, consistente en infligir **maltrato físico o psicológico**, sólo será reprimido con la consecuencia punitiva fijada en la misma, siempre que tal acción no constituya delito sancionado con pena mayor.

Los sujetos, tanto activo como pasivo son calificados, toda vez que deben hacer parte del mismo núcleo familiar o unidad doméstica, estos son, el conyugue o compañero permanente, el padre o madre así no convivan en el mismo hogar (*en los términos indicados en el acápite anterior*) los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos así como todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integradas a la unidad doméstica.

El precepto penal establece, además, una circunstancia específica de agravación para cuando la conducta reprochada se ejecuta sobre miembros del núcleo familiar que se hallan en especial condición de vulnerabilidad,

a saber, un menor, una mujer, una persona mayor de sesenta y cinco años o que se encuentre en incapacidad o disminución física, sensorial o psicológica, o que se halle en estado de indefensión.

Adiciónese a ello que la violencia intrafamiliar no es querellable y, por ende, no conciliable.

5.2.4 De otro lado, la conducta punible de lesiones personales está definida en el artículo 111 del Código Penal en los siguientes términos: “*el que cause a otro daño en el cuerpo o en la salud, incurrirán en prisión...*”

Descripción de la que se desprenden claramente tres elementos: un sujeto activo singular indeterminado; causar daño en el cuerpo o en la salud; y, un sujeto pasivo indeterminado singular.

5.3 Corolario de lo visto en el numeral precedente se concluye, sin lugar a dudas, que la violencia intrafamiliar es un delito pluriofensivo, pues si bien el legislador presume que se pone en peligro a la familia al “maltratar” física, psíquica o sexualmente, lo cierto es que también atenta contra otros

bienes jurídicos como por ejemplo la vida e integridad personal así como la libertad, integridad y formación sexual. No obstante, el legislador colombiano en ejercicio de la facultad de configuración enmarcada dentro de una especial política criminal, en tratándose de personas del núcleo familiar o unidad doméstica dio prevalencia al bien jurídico de la familia.

Al respecto ha dicho la máxima Corporación de la jurisdicción ordinaria:

*Existen, en verdad, descripciones típicas que afectan diversos intereses jurídicos y como no procede –por razones de técnica legislativa– su ubicación dentro de varios títulos o capítulos del código, el legislador mismo ha escogido lugar dando prelación a uno solo de los varios objetos jurídicos afectados<sup>30</sup>.*

De manera que la introducción de esos elementos para adecuar la conducta imputada de violencia intrafamiliar al delito de lesiones no significa variar el género de aquella, pues ambos tipos penales comportan la protección a la integridad física.

<sup>29</sup> Pedro Alfonso Pabón Parra, *Manual de Derecho Penal, Octava Edición, Tomo II Parte Especial, ediciones Doctrina y Ley Ltda. Pag 343, Bogotá 2011*

<sup>30</sup> C.S.J. providencia de 8 de agosto de 2007, M.P. Sigifredo espinosa Pérez en la cual se trae a colación la sentencia del 22 de agosto de 1989, Radicado 2662

Y es que “el maltrato debe revestir una relevancia y significativa entidad, todo en relación con el principio de insignificancia que obligó a excluir conductas de tan escasa entidad que no entrañan la menor lesión al bien jurídico protegido<sup>31</sup>”, tan es así, que en el evento en que exista una agresión física de un sujeto hacia un miembro de su familia o unidad doméstica que constituya una lesión física que comporte una pena superior a la establecida para el tipo penal de violencia intrafamiliar la norma a aplicar sería la establecida en el bien jurídico de la vida e integridad agravada según el artículo 119 del C.P. en concordancia con el ordinal 1° del canon 104 ídem, evento en el cual se presentaría un concurso aparente de conductas punibles.

En cambio, a manera de ejemplo; pueden existir acciones del padre de familia que implican amenazas contra el bien jurídico como la reiteración de pequeños golpes que si bien no alcanza a configurar lesiones personales, sí hacen parte del “maltrato” en los términos del artículo 229 del Código penal.

En ese orden de ideas, se tiene que en el caso *sub judice* el delito de violencia intrafamiliar comporta el mismo género que el de lesiones personales, pues si bien los mismos están ubicados en diferentes del C.P., lo cierto es que con ambos, el legislador busca proteger en mayor o menor intensidad, el bien jurídico de la integridad personal.

### 5.3 Que no implique agravación de la situación jurídica

En el caso *sub examine*, es indiscutible que la nueva calificación jurídica, es decir, el ilícito de lesiones personas versa sobre un delito para el que se consagra una sanción menor.

(...)

### 5.4 Que no afecte derechos fundamentales de otros sujetos intervinientes

Finalmente, en cuanto se refiere al cuarto y último de los requisitos en cuestión, la Sala no advierte que con la condena sustitutiva se hubieran afectado las garantías de otros sujetos intervinientes.

Relatoría/consulta/2015/Providencias incluidas en los boletines

1.5 M.P. MERCHAN GUTIERREZ MANUEL ANTONIO Rad. 110016000049-201007781 (10-08-2015) DEFENSA - Enunciación probatoria - Descubrimiento probatorio / DESCUBRIMIENTO PROBATORIO - Momentos - Flexibilidad / NULIDAD - Por violación al debido proceso al impedir a la defensa enunciar como prueba testimonios que no descubrió previamente como elemento material probatorio y evidencia física / ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS Y EVIDENCIA FÍSICA - No pueden asimilarse a los medios de conocimiento indicados en artículo 382 del C.P.P - No incluyen los testimonios.

Para decidir de fondo el recurso impetrado, la Sala entrará a resolver los siguientes interrogantes:

Se desconoce el debido proceso y el derecho de defensa cuando en el desarrollo de la audiencia preparatoria se impide a la defensa enunciar como prueba, que hará valer en la audiencia de juicio oral, aquellos testimonios que no descubrió previamente como elemento material probatorio y evidencia física.

<sup>31</sup> Pedro Alfonso Pabón Parra, *Manual de Derecho Penal*, Octava Edición, Tomo II Parte Especial, ediciones Doctrina y Ley Ltda. Pag 346, Bogotá 2011

De hallarse irregularidad en tal negativa a la práctica probatoria, se establecerá si es procedente la declaratoria de nulidad, no obstante que ya existe una decisión ejecutoriada que se pronunció sobre el **rechazo** de la prueba testimonial en la audiencia preparatoria, confirmada en segunda instancia, y refrendada desde el análisis de la acción de tutela al que fue sometida por parte de la H. Corte Suprema de Justicia.

(...)

El artículo 356 de la Ley 906 de 2004 da los derroteros en lo que respecta a la perfección del descubrimiento en la audiencia preparatoria.

(...)

Se ha discutido si el momento que tiene la defensa para el descubrimiento de sus medios de conocimiento es en un solo instante y de manera preclusiva, es decir, -siguiendo la enumeración de la norma- en el segundo ordinal, luego de las observaciones sobre el descubrimiento y la primera posibilidad de rechazo del juez.

(...)

Sin embargo, al estudiar de manera sistemática y a la luz de las normas rectoras, se puede concluir que mientras no se haya dado paso al artículo 357 ejusdem de solicitudes probatorias, el texto que le antecede son las disposiciones que el juez

podrá aplicar en desarrollo de la audiencia preparatoria, y en ella se surte el conocimiento interpartes de lo que puede ser objeto de contradicción y confrontación.

Ya se había señalado que es parte del derecho de defensa el *disponer de tiempo razonable y de medios adecuados para la preparación de la defensa; solicitar las pruebas; obtener la comparecencia, aún por medio coercitivos, de testigos o peritos que puedan arrojar luz sobre hechos objeto de debate*<sup>32</sup>.

Esto derechos, contenidos en las normas rectoras, son fundamento de interpretación<sup>33</sup>, en caso de que el sentido gramatical de las normas no lograra su cometido dentro de la hermenéutica, esto es, de considerar que cuando se refiere el legislador a *elementos materiales probatorios y evidencias físicas* no está integrando las que son de naturaleza *testimonial*.

Sin lugar a duda el debate principal en la audiencia con antelación al juicio es el de enmarcar los medios que con vocación probatoria se van a tener en cuenta para practicar, admitir y valorar de cara al fallo judicial con el cual se ponga fin a la controversia; para cumplir este cometido se establecieron cláusulas que controlan la eficiencia y eficacia del proceso, pero que constituyen criterios benignos de control en

*pro del medio de conocimiento* tales como que *toda prueba pertinente es admisible*.

Con ese derrotero de benignidad al interpretar lo que debe admitirse para practicar en el juicio oral con la potencialidad de constituirse en prueba y la regla, que lo *sustancial debe prevalecer sobre lo formal*, un razonamiento menos restrictivo permitiría entender que lo ideal para la etapa preparatoria es que el juez garantice y posibilite la práctica de toda prueba que sea pertinente y que no esté expresamente prohibida; bastaría entonces en esta audiencia, para la defensa<sup>34</sup>, **enunciar** sus medios con vocación de prueba como mínimo necesario para cumplir con su obligación de descubrimiento, que de ser necesario la Fiscalía podría a su vez impetrar intervenciones adicionales, eso sí antes de culminar la vista<sup>35</sup> respaldadas en la razonabilidad de la postulación, para solicitar pruebas adicionales, si la última intervención de la defensa así lo amerita.

Si una de las razones del descubrimiento es evitar el sorpresimiento de la otra parte, sería acaso razonable pretender que la Fiscalía alegue que la cogieron desprevenida cuando los testigos de la defensa no fueron descubiertos junto a los elementos materiales probatorios y evidencia física (ordinal 2º), y

<sup>32</sup> Art. 8 ib.

<sup>33</sup> Art. 26 ib.

<sup>34</sup> A diferencia de la Fiscalía que si lo debe hacer desde la acusación, a menos que haya sido solicitado un descubrimiento

específico por la Fiscalía, en esta misma audiencia, conforme el inciso 2º del artículo 344 del Código de Procedimiento Penal

<sup>35</sup> Tal como se indica en el artículo 374 de este Estatuto Procesal la audiencia preparatoria es la **oportunidad** en que toda prueba **deberá** ser solicitada o presentada.

solo lo hizo en la enunciación de la totalidad de las pruebas que hará valer en la audiencia del juicio oral y público (ordinal 3º). Acaso ese tiempo entre uno y otro momento, que puede ser medido por el lapso que al juez le tome otorgar la palabra al fiscal y que este enuncie sus medios probatorios<sup>36</sup>, marca una sustancial diferencia en el conocimiento, que le impida al ente acusador finalmente hacer sus solicitudes probatorias<sup>37</sup> incluso frente a las que su adversario sólo “enunció”, supuestamente, fuera de término.

Definitivamente no hay un sorprendimiento y el culto al orden que sacrifica los contenidos pone en riesgo derechos fundamentales como el debido proceso y de defensa; orden que por demás no es inalterable, sobre todo si tiene que ver con el desarrollo propio de un eficiente y eficaz principio de **contradicción**. Esta previsión la tuvo el legislador cuando abordó el tema de los testigos de refutación y *mutatis mutandi* puede tenerse en cuenta en materia del proceso de descubrimiento.

*Artículo 362. Decisión sobre el orden de la presentación de la prueba. El juez decidirá el orden en que debe presentarse la prueba. En todo caso, la prueba de la Fiscalía tendrá lugar antes que la de la defensa, sin perjuicio de la presentación de las respectivas pruebas de*

*refutación en cuyo caso serán primero las ofrecidas por la defensa y luego las de la Fiscalía (Resalto fuera del texto original).*

La dialéctica de los contrarios, propia del sistema acusatorio<sup>38</sup>, se hace eficaz cuando permite la intervención cruzada de los adversarios y sus medios probatorios, en una racionalidad marcada por la limitación del número de intervenciones, siempre y cuando, surja la base de esa nueva intervención; así tendremos que si no hay contrainterrogatorio no habrá un nuevo re-directo; si no hay prueba que refutar o cómo hacerlo, no se podrá aducir un nuevo medio probatorio.

Esta entelequia jurídica sería subsidiaria y aplicable de no optar por la interpretación gramatical y alcance del término *elemento material probatorio* y evidencia física, que se pasa a desagregar.

#### **Elementos materiales probatorios y evidencia física**

De la codificación procesal acusatoria se puede determinar que el legislador deslindó el concepto de elementos materiales probatorios y evidencias físicas de aquellas de naturaleza testimonial a partir de una **interpretación auténtica**.

En su artículo 275 el legislador expresamente estableció que para **efectos de este código**

**se entiende** por elementos materiales probatorios y evidencia física, los siguientes:

- a) *Huellas, rastros, manchas, residuos, vestigios y similares, dejados por la ejecución de la actividad delictiva;*
- b) *Armas, instrumentos, objetos y cualquier otro medio utilizado para la ejecución de la actividad delictiva;*
- c) *Dinero, bienes y otros efectos provenientes de la ejecución de la actividad delictiva;*
- d) *Los elementos materiales descubiertos, recogidos y asegurados en desarrollo de diligencia investigativa de registro y allanamiento, inspección corporal y registro personal;*
- e) *Los documentos de toda índole hallados en diligencia investigativa de inspección o que han sido entregados voluntariamente por quien los tenía en su poder o que han sido abandonados allí;*
- f) *Los elementos materiales obtenidos mediante grabación, filmación, fotografía, video o cualquier otro medio avanzado, utilizados como cámaras de vigilancia, en recinto cerrado o en espacio público;*
- g) *El mensaje de datos, como el intercambio electrónico de datos, internet, correo electrónico, telegrama, télex, telefax o similar, regulados por la Ley 527 de 1999 o las normas que la sustituyan, adicionen o reformen;*

<sup>36</sup> *Estamos hablando en la mayoría de casos de unos cuantos minutos, y de acuerdo a la complejidad del caso y a las vicisitudes de la audiencia, tiempos mayores de los cuales no se puede predicar disolución de continuidad puesto que se entienden*

*inmersos en la misma audiencia preparatoria que no ha culminado a pesar de llegarse a dar, en la práctica, suspensiones, contrariando la prohibición del artículo 363 ib.*

<sup>37</sup> *Escenario procesal diferente de acuerdo a lo descrito en el artículo 357 ib.*

<sup>38</sup> *Basta ver los escenarios del interrogatorio cruzado y de los alegatos de conclusión en los cuales se da la oportunidad a la réplica.*

h) Los demás elementos materiales similares a los anteriores y que son descubiertos, recogidos y custodiados por el Fiscal General o por el fiscal directamente o por conducto de servidores de policía judicial o de peritos del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, o de laboratorios aceptados oficialmente.

De acuerdo a este sentir de la norma -coetánea con el artículo 456 del mismo texto<sup>39</sup>- se entiende por aquellos, todos los elementos tangibles que en sus características extrínsecas e intrínsecas, unidos a las circunstancias de su hallazgo contienen un valor demostrativo que trasladan, individual o articuladamente con otros, el conocimiento para tomar decisiones de carácter procesal.

Esto para diferenciarlas de aquellas evidencias testimoniales (no físicas) cuyo contenido demostrativo pasa por el pensamiento de una persona y se materializa por la expresión, ya sea verbal, no verbal o escrita.

De ahí que el legislador para hacer mención a este tipo de evidencia testimonial utilice locuciones como *información legalmente obtenida*<sup>40</sup>, *manifestaciones anteriores del testigo*, *exposiciones*, *declaraciones juradas*, *interrogatorios en audiencias ante el juez de garantías*<sup>41</sup>, diferenciándolas en cada contexto de lo que considera elementos materiales probatorios y evidencias físicas.

De manera que trasladado el concepto se puede concluir que el tan mencionado artículo 456 del Código de Procedimiento Penal (L. 906/04) lo que dispone es en primer orden que la defensa descubra esos objetos materiales de prueba en su poder y que quiera hacer valer en el juicio oral y público, luego de lo cual, junto con la fiscalía, hará el mismo procedimiento en lo que atañe a sus testigos.

La palabra *enunciar*<sup>42</sup> se ha entendido como forma primigenia y suficiente para dar por descontado que las partes han cumplido con la obligación de descubrir; el suministro, la exhibición, entre otros, son complementarios y dependen de la parte que lo debe petitioner, de lo contrario se entiende que la satisface aquella simple mención. Así lo señaló la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia de 21 de febrero de 2007, radicado 25.920:

*Es claro, entonces, que no es obligatorio para el Juez ordenar la exhibición, en la audiencia preparatoria, de los elementos materiales probatorios y la evidencia física; pues corresponde a la parte interesada solicitar al funcionario judicial que ordene a la otra tal exhibición. De ahí que, bajo ciertas circunstancias, un descubrimiento probatorio podría reputarse completo con la enunciación o puesta a disposición real y efectiva de los medios probatorios; pero aún sin la exhibición de las evidencias y los*

*elementos materiales probatorios, bien porque la contraparte ya los conoce, ya cuenta con ellos, o no hace manifiesto algún interés especial* (resalto fuera del texto original)

En esta misma sentencia se hace referencia a la flexibilidad que se debe tener por parte del juez sobre el proceso de descubrimiento siempre en aras, como arriba se dijo, de la prevalencia del derecho sustancial.

**1.3.11 Se colige sin dificultad que no existe un único momento para realizar en forma correcta el descubrimiento; ni existe una sola manera de suministrar a la contraparte las evidencias, elementos y medios probatorios. Por el contrario, el procedimiento penal colombiano es relativamente flexible en esa temática, siempre que se garantice la indemnidad del principio de contradicción, que las partes se desempeñen con lealtad y que las decisiones que al respecto adopte el Juez, se dirijan a la efectividad del derecho sustancial y al logro de los fines constitucionales del proceso penal.**

(...)

Sin lugar a duda, coartar la posibilidad de practicar pruebas testimoniales pedidas en la misma audiencia preparatoria por la defensa -basado en falta de descubrimiento- desconoce las garantías que presiden el marco interpretativo al proceso penal, en su calidad

<sup>39</sup> En la medida que se introdujo una adición nueve años después de su original por la Ley 1652 de 2013, artículo 1º. También se entenderá por material probatorio la entrevista forense realizada a

niños, niñas y/o adolescentes víctimas de los delitos descritos en el artículo 206A de este mismo Código.

<sup>40</sup> Artículos 287 y 336 ib.

<sup>41</sup> Artículos 125, 205, 209, 267, 344, 347 y 403 ib.

<sup>42</sup> Vocablo utilizado por el legislador en el numeral 3) del artículo 356 ib.

de *normas rectoras*, tales como tener derecho en plena igualdad respecto la Fiscalía en lo que aplica a **solicitar las pruebas**; contar con un juicio público, oral, **contradictorio** y a **obtener la comparecencia** de testigos que puedan arrojar luz sobre los hechos objeto de debate (art. 8-j, k); a que la actuación procesal además de desarrollarse con respeto de los derechos fundamentales de quienes intervienen, se guíe por **lograr la eficacia** del ejercicio de la justicia y se haga **prevalecer el derecho sustancial**, la obligación de los jueces de **corregir** los actos irregulares, respetando los derechos y garantías de los intervinientes (art. 10); derecho a conocer y **controvertir** las pruebas (art. 15).

A partir de este plexo de valores, para la defensa se surten atribuciones especiales que desarrolla el Estatuto Procesal tales como *solicitar al juez la comparecencia de los testigos que puedan arrojar luz sobre los hechos materia del debate en el juicio oral* (art. 125) y, a su vez, al juez el deber especial de *corregir los actos irregulares* (art. 139).

La defensa de **J. H. G.** no contribuyó a la configuración de la causal invalidatoria, por el contrario, desde el momento que ella obró en el proceso (audiencia preparatoria) ha venido insistiendo en su reconocimiento en las distintas instancias, tal como sucede en la situación *sub lite* y, por ende hasta ahora no se ha suscitado convalidación alguna de la irregularidad.

Relatoría/consulta/2015/Providencias incluidas en los boletines

1.6 M.P. MERCHAN GUTIERREZ MANUEL ANTONIO Rad. 110016000049-201007781 (15-05-2015) PRUEBAS – Sustentación sobre su pertinencia y utilidad / PRUEBA DOCUMENTAL – Informe de Policía e informe de prueba PIPH no tienen éste carácter – Admisibilidad / FOTOGRAFÍAS – Tienen el carácter de prueba documental, mas no tiene dicha calidad el álbum que las contiene – Sustentación de su pertinencia y utilidad.

## 2. Problema jurídico

El tema propuesto por el apelante exige a la Sala determinar si el informe de Policía, informe de prueba PIPH, registro de catastro de un inmueble y álbum fotográfico tienen la naturaleza de prueba documental.

Además, si la sustentación de pertinencia y utilidad de las pruebas testimoniales y documentales que se pretenden llegar a juicio debe hacerse por separado.

(...)

### 3.1 Informe de Policía Judicial en casos de captura en flagrancia

(..)

Específicamente, para el caso que en esta oportunidad ocupa la atención de la Sala, el canon 399 de la Ley 906 de 2004 establece que quien cumple funciones de policía judicial podrá ser citado al juicio oral y público a rendir testimonio con relación al caso y que podrá ser

autorizarlo *“para consultar su informe y notas relativas al mismo, como recurso para recordar”*.

**3.1.2** En ese orden de ideas, las denuncias, las declaraciones previas, entrevistas o, como sucede en este caso, el informe de policía en casos de captura en flagrancia o en desarrollo de la función de policía judicial, no son prueba admisible dado que los mismos se *realizaron* fuera del juicio oral, su finalidad en tal audiencia está dada por el desarrollo de la misma vista pública, concretamente a las respuestas del testigo lo que determinará si surge de él (no del abogado) algún olvido o incurre en alguna contradicción frente a lo manifestado en declaraciones (o manifestaciones) anteriores, instrumentos de apoyo a las fase probatoria para *refrescar memoria o impugnar la credibilidad* del testigo, respectivamente.

En consecuencia, no es lógico que en la audiencia preparatoria se admita su incorporación, pues se ignora lo que van a manifestar los testigos en juicio y si va a ser o no necesario refrescarle memoria o impugnarles credibilidad, por ello, no es atinado autorizar su uso desde la audiencia preparatoria, es una herramienta que la ley otorga a las partes y será el juez quien lo autorice siempre y cuando se den los presupuestos arriba indicados.

Sin embargo, repítase, al momento del juicio, el medio de conocimiento permitido es el testigo y su testimonio, el informe no es de naturaleza

probatoria documental sino testimonial<sup>43</sup>, sirve para identificar los contenidos de su conocimiento personal, prepara a las partes sobre los posibles temas que vendrán en el interrogatorio directo y es base para contrainterrogar, pero en principio, no es evidencia documental admisible, puesto que constituye prueba de referencia, con su consabida prohibición (*artículos 437 y 438 ídem*).

Descendiendo al caso sub judice como quiera que la Fiscalía sustentó que tiene "como elemento material de prueba: "Informe de Policía de Vigilancia para Casos de Captura en Flagrancia con sus anexos para refrescar memoria..."<sup>44</sup>", y así le fueron admitidos por el a quo, debe aclarar la Sala que los citados informes de Policía Judicial no ostentan tal naturaleza de prueba documental y que los mismos solo serán utilizados en el juicio oral, a petición de parte, y en la medida que el operador judicial estime que se han sentado bases para impugnar credibilidad y refrescar memoria a los subintendentes J. Á., M. J. G., J. C. u O. M. P., funcionarios de la Policía Nacional que la Fiscalía anunció como testigos de los hechos.

### 3.2 Informe de prueba PIPH

(...)

De manera que toda declaración de perito, demanda el artículo 415 ejusdem, deberá estar precedida de un informe resumido en donde exprese la opinión de la base pericial pedida por

la parte que propuso la práctica de la prueba. El inciso final del mismo precepto señala que "en ningún caso, el informe de que trata este artículo será admisible como evidencia, si el perito no declara oralmente en el juicio".

**3.2.2** Descendiendo al caso materia de análisis, la Fiscalía manifestó que con **J. F. B. Z.** introduciría la prueba PIPH practicada a la sustancia incautada en el predio allanado, "como quiera este funcionario determinó el peso y la sustancia incautada, lo cual es fundamental para llevar a cabo esta solicitud de demostrar (sic) que en los inmuebles se estaban expendiendo sustancias y cuál fue el peso que arrojó la misma igualmente cuál fuera a ser la posible punibilidad"<sup>45</sup>.

En acopio con lo dicho en este párrafo y en el anterior, tampoco le asiste razón al apelante al reprochar la incorporación del informe PIPH practicado por **B. Z.** pues en su calidad de perito se tendrá en cuenta lo dicho por él en el juicio oral, pudiéndose, eso sí, admitir el prenombrado informe de prueba PIPH como evidencia<sup>46</sup> si cumple con el calificativo de ser **informe resumido en donde se exprese la base de la opinión pericial** en los términos de que trata el artículo 415 del C. de P.P.

### 3.3 Prueba documental del certificado de registro de catastro y fotografías

(...)

En ese mismo orden, el inciso 2º del canon 429 de la citada normativa demanda que el documento podrá ser ingresado por uno de los investigadores que participaron en el caso o por el investigador que recolectó o recibió el elemento material probatorio o evidencia física, a su vez, el artículo 431 ídem enseña que los mismos serán leídos y exhibidos de modo que los intervinientes en el juicio oral puedan conocer su forma y contenido, y añade, "Cuando se requiera, el experto respectivo lo explicará. Éste podrá ser interrogado y contrainterrogado como un perito".

Ahora bien, la norma 432 del C. de P.P. impone al juez el deber de precisar la prueba de naturaleza documental teniendo en cuenta *i)* que no haya sido alterado en su forma ni en contenido *ii)* que permita obtener un conocimiento claro y preciso del hecho, declaración, o atestación de verdad, que concluye con su contenido y *iii)* que dicho conforme con lo que ordinariamente ocurre.

3.3.2 Conforme lo expuesto en los párrafos precedentes, se tiene que la única prueba documental solicitada por la Fiscalía al a quo para su admisión corresponde al certificado de catastro del inmueble allanado y a las fotografías capturadas el día de los hechos (*artículos 424 y 425 del C. de P.P.*) pues como ya se dijo, el

<sup>43</sup> A menos que el documento sea el *objeto de prueba* por ejemplo en aquellos casos que se esté investigando una falsedad material sobre el informe que rindió el policía judicial.

<sup>44</sup> Audiencia preparatoria, registro 19:40

<sup>45</sup> Audiencia preparatoria, registro 22:21

<sup>46</sup> Tampoco es prueba de naturaleza documental, razón por la cual el Legislador la referencia como simple *evidencia*.

informe de policía en casos de captura en flagrancia y el informe de prueba PIPH ostentan naturalezas diferentes a las que les pretenden dar en esta oportunidad las partes.

(...)

#### 4. Admisibilidad de la prueba documental

(...)

En punto, la doctrina ha destacado que *"la interpretación que del artículo 357 CPP ha realizado la Corte Suprema de Justicia indica que no existe un derecho incondicional a la prueba; por esta razón, el soporte de conducencia (sic) y pertinencia significa que el juez sólo puede decretar las pruebas referidas estrictamente a los hechos, conforme lo exigen los artículos 375 y 376 del ordenamiento procesal penal..."*<sup>47</sup>

En ese orden de ideas, la audiencia preparatoria se define principalmente por la solicitud de pruebas que hagan las partes, la víctima o el ministerio público. Ellas deben llenar 3 requisitos: i) Referirse a los hechos de la acusación ii) ser requeridas para el juicio oral y iii) resultar pertinentes y útiles, *"En ese sentido, la sumatoria de hechos por probar y el material probatorio por controvertir delimita claramente el objeto del juicio oral"*<sup>48</sup>, sin que la ley, jurisprudencia o doctrina traída a colación, den cuenta sobre la específica

manera cómo aquéllos deban hacer la referida sustentación de pertinencia y utilidad.

Los interesados y legitimados para ello, deben expresar, de manera clara, sus pretensiones probatorias sin que para ello sean necesarios los formalismos que demanda el apelante, esto es, que la sustentación de la pertinencia y utilidad de las pruebas testimoniales y documentales se debe hacer por separado, basta que se habilite por la parte algunos de los razonamientos del mencionado artículo 375.

Cabe indicar que con todo y que las partes no pueden ofrecer argumentos genéricos para acreditar la pertinencia y utilidad de sus pruebas, ello tampoco se puede confundir con la insustancial exigencia de formalismos extremos que impliquen extensos discursos sobre la solicitud probatoria, es suficiente que la referencia a la prueba revele su directa conexión con los hechos, de manera que la explicación sobre esos temas obligaría a reiterar su contenido, lo cual haría interminables y repetitivas las intervenciones.

Bajo esas circunstancias el ad quem se propone establecer si le asiste o no razón al censor en establecer que la Fiscalía no cumplió con la exigencia legal de sustentar la pertinencia y utilidad de las pruebas documentales y, en consecuencia, se debe

rechazar la decisión del a quo en lo que se refiere a dicho tema.

(...)

#### 4.3 Álbum fotográfico realizado el día de los hechos

3.3.1 La Fiscalía solicitó el testimonio de **R. R.**, funcionario del **CTI** quien realizó el álbum fotográfico donde se fijaron los rostros de los aprehendidos en el pluricitado predio así como lo allí encontrado *"como quiera que mediante este álbum fotográfico se establece la mismidad, compactamiento, rotulado y cadena de custodia de las sustancias rotuladas..."*<sup>49</sup>

4.3.2 En los términos del artículo 375 de la Ley 906 de 2004 con el citado álbum fotográfico se pretende allegar información visual y directa sobre la presunta destinación ilícita de la que estaba siendo objeto el inmueble así como la identidad y responsabilidad de las personas que allí fueron capturadas.

El álbum fotográfico no es una prueba documental, es sencillamente el portador o contenedor de las fotografías. La utilidad y la pertinencia no la enmarca su creador o compilador (por lo general el investigador) sino el director y coordinador de la investigación, para la hipótesis de acusación, el fiscal; para la de la defensa, el profesional del derecho.

Hacer caso omiso a este examen permitiría el ingreso de material que no aportaría en nada al

<sup>47</sup> El proceso penal, Jaime Bernal Cuéllar y Eduardo Montealegre Lynett., editado por el departamento de publicaciones de la Universidad Externado de Colombia en abril de 2013 6° edición, página 801

<sup>48</sup> El proceso penal, Jaime Bernal Cuéllar y Eduardo Montealegre Lynett., editado por el departamento de publicaciones de la Universidad Externado de Colombia en abril de 2013 6° edición, página 799

<sup>49</sup> Audiencia preparatoria, registro 23:44

esclarecimiento de los hechos, contrariando principios de eficacia de los actos procesales. Equiparando situaciones, aceptar el álbum fotográfico se asemejaría a dar avals a las solicitudes que se hicieran sobre la admisión del grupo de contenedores de las evidencias encontradas en un registro, sin ninguna discriminación de su aporte probatorio en pro del esclarecimiento de los hechos de interés para el proceso.

Lo anterior, por cuanto es factible que el álbum fotográfico contenga pluralidad de imágenes sobre el mismo punto, lo que puede tornar que la admisión de las mismas sea innecesariamente repetitiva<sup>50</sup> (*tal y como se analiza en la prueba testimonial*), contrario a lo que sucedería si la parte que pretende llevarla a juicio explica el por qué debe ser admitida cada una de ellas.

En el caso *sub judice* pese a que la fiscalía solicitó la admisión del álbum fotográfico elaborado por **R. R.** donde se fijaron los rostros de los aprehendidos en la casa allanada así como lo allí encontrado, pero además, adiciona lo correspondiente a la cadena de custodia sobre las sustancias rotuladas, no precisa cuáles servirán para lo uno y cuáles para lo otro<sup>51</sup>, de qué supuestos se vale para estimar su pertinencia y utilidad, por el contrario, pretende abarcar un universo indeterminado, contrario

al filtro pretendido por el legislador y bajo esas circunstancias le asiste razón a la defensa en sostener que a causa de ello, no tuvo la oportunidad de refutar o no las pretensiones que en este sentido tenía su contraparte.

Así las cosas se han de rechazar las precitadas fotografías elaboradas por **R. R.** el día de los hechos, pues la Fiscalía no demostró la pertinencia ni utilidad de las mismas conforme lo exige para tales efectos los artículos 357, 375 y 359 de la Ley 906 de 2004.

Relatoría/consulta/2015/Providencias incluidas en los boletines

1.7 M.P. MERCHAN GUTIERREZ MANUEL ANTONIO Rad. 110016000049201007781 (10-08-2015) PRUEBA DE REFERENCIA - Admisión: Eventos que pueden tenerse como "casos similares" a los previstos en el literal b del artículo 438 del C. de P.P..

## 2. Problema Jurídico

Procede la Sala a determinar si es suficiente con que un testigo se encuentre amenazado, para que las entrevistas y reconocimientos en fila de personas sean admitidas como prueba de referencia.

## 3. Admisión de prueba de referencia en "casos similares" a los previstos en el literal b del artículo 438 del C. de P.P.

(...)

Respecto a la regulación de la prueba de referencia anotó la H. Corte Suprema de Justicia:

*El proyecto original del Código de Procedimiento Penal Colombiano, convertido en ley 906 de 2004, acogía como forma de regulación de la prueba de referencia la tesis de la cláusula general excluyente, alternada con una compleja lista de excepciones categóricas de admisibilidad, agrupadas en tres categorías: (i) casos de admisibilidad cuando el declarante no se hallaba disponible, (ii) casos de admisibilidad cuando el declarante se hallaba disponible, y (iii) casos de admisibilidad en virtud de la existencia de garantías circunstanciales de confiabilidad de la prueba.<sup>52</sup>*

*Del primer grupo, que es el que interesa para el estudio que la Sala viene realizando, hacían parte las siguientes excepciones: a) Rehusa rendir testimonio a pesar de ser compelido para ello por el Juez; b) Se encuentra eximida de prestar la declaración*

<sup>50</sup> La Sala utiliza el vocablo *innecesariamente repetitiva*, pues también puede acontecer que una prueba sea necesariamente repetitiva para efectos de corroboración

<sup>51</sup> Como buena práctica se puede sugerir que en la audiencia preparatoria las partes enumeren las evidencias, con lo que se individualizan y facilita su manejo en la audiencia de juicio oral.

<sup>52</sup> Proyecto de ley número 01 de 20 de julio de 2003, artículo 470. Gaceta del Congreso 339 de 23 de julio de 2003, página 49.

en razón de un privilegio, salvo el secreto profesional; **c)** Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación; **d)** Se encuentra en un lugar desconocido, inaccesible, o en el exterior; **e)** Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar; **f)** Padece una grave enfermedad que le impide declarar; **g)** Ha fallecido; **h)** Si la declaración se hizo en condiciones tales que habría de suponer que se encontraba en peligro inminente de muerte, ya sea por enfermedad, accidente, intento de suicidio, o por actos del acusado; **i)** Si la declaración se hizo en manifiesta oposición al interés de naturaleza económica, familiar, social, legal, o penal del autor.

El texto finalmente sometido a debate en el Congreso y que se convirtió en norma positiva, suprimió todas las excepciones incluidas dentro del grupo correspondiente a los casos de admisibilidad cuando el declarante se hallaba disponible; conservó del grupo de las excepciones establecidas en virtud de la existencia de garantías circunstanciales de confiabilidad de la prueba únicamente las declaraciones registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos; y mantuvo las excepciones relacionadas en los literales c),

e), f) y g) del grupo correspondiente a los casos de admisibilidad cuando el declarante no se hallaba disponible....<sup>53</sup>

En desarrollo del principio de libre configuración que le asiste al legislador, seleccionó aquellas especiales circunstancias que ameritaban que, principios como el de confrontación e intermediación cedieran, para permitir de manera **excepcional** prueba de referencia, razón por la que no se observa que las eliminadas (del proyecto original) se hubieran integrado a otras en la medida que el artículo mantuvo, de ellas, la originalidad del proyecto, lo que significa que aquellos casos no tenidos en cuenta en la ley que se aprobó, no podrían ser integrados a través de "eventos similares" del literal b) del artículo que aborda este tema.

Como producto de lo anotado, en el mencionado artículo 438 del C. de P.P. se lee que excepcionalmente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante a) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación; b) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar; c) Padece de una grave enfermedad que le impide declarar; d) Ha fallecido. e) Es menor de dieciocho (18) años y

víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo Código. También se aceptará la prueba de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos.

Bajo esas circunstancias se tiene, como principio general, la cláusula de exclusión o prohibición de la prueba de referencia<sup>54</sup>, alternada con un número de situaciones agrupadas en dos categorías: Las relacionadas en sus literales a), b), c) y d), que tienen como factor común justificativo de su inclusión, la indisponibilidad del declarante. Y las previstas en el último inciso del artículo (registros escritos de pasada memoria y archivos históricos), cuya inclusión se justifica porque se reconoce en relación con ellas la existencia de garantías indiciarias o circunstanciales de confiabilidad.

Aunado a ello, la norma introdujo en la hipótesis prevista en el literal b), que deja en manos del operador judicial la posibilidad de admitir la práctica en el juicio, pruebas de referencia distintas de las allí reseñadas, cuando alude a "eventos similares".

<sup>53</sup> ídem

<sup>54</sup> Esta cláusula aparece reafirmada en el artículo 379 ejusdem: "Intermediación. El Juez deberá tener en cuenta como pruebas

únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia. La admisión de la prueba de referencia es excepcional.

Sobre la expresión "eventos similares" la Corte Suprema de Justicia señaló:

*...Debe tratarse de situaciones parecidas a las previstas en las excepciones tasadas, bien por su naturaleza o porque participan de las particularidades que le son comunes, como lo es, por ejemplo, que se trate de casos en los que el declarante no se halle disponible como testigo, y que la indisponibilidad obedezca a situaciones especiales de fuerza mayor, que no puedan ser racionalmente superadas, como podría ser la desaparición voluntaria del declarante o su imposibilidad de localización.*

*La primera condición (que se trate de eventos en los cuales el declarante no está disponible), emerge de la teleología del precepto, pues ya se vio que la voluntad de sus inspiradores fue la de permitir la admisión a práctica de pruebas de referencia sólo en casos excepcionales de no disponibilidad del declarante, y de no autorizarla en los demás eventos propuestos por el proyecto original (eventos de disponibilidad del declarante y de pruebas unidas por particulares circunstancias de confiabilidad), con la única salvedad de las declaraciones contenidas en*

*los registros de pasada memoria y los archivos históricos, que quedó incluida.*

*La segunda (que la indisponibilidad obedezca a casos de fuerza mayor), surge del carácter insuperable de los motivos que justifican las distintas hipótesis relacionadas en la norma, y de su naturaleza eminentemente exceptiva, que impone que la admisión de la prueba de referencia por la vía discrecional se reduzca a verdaderos casos de necesidad, y que la excepción no termine convirtiéndose en regla, ni en un mecanismo que pueda ser utilizado para evitar la confrontación en juicio del testigo directo<sup>55</sup>.*

En el caso específico, la Fiscalía afirma que **L. M. P., L. M. Z. y J. E. G.** han recibido amenazas de muerte contra ellos y sus familiares en el evento en que los mismos declaren en la causa de la referencia, aseveración que merece toda credibilidad por parte de la Sala.

Sin embargo, el Tribunal coincide con el *a quo* al señalar que el ente investigador debe hacer lo razonablemente posible para que sus testigos comparezcan al proceso y en ese orden de ideas, se ha de confirmar el

interlocutorio de primera instancia por las siguientes razones.

Nótese que los casos previstos en el literal b) del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, esto es, secuestro y desaparición forzada guardan como particularidad que en ninguno de ellos el testigo, aun queriendo comparecer al juicio, se imponen fuerzas físicas externas (no morales) que impiden su presencia, sin que baste su propia voluntad para superarlas, así como tampoco la intervención de las autoridades estatales, en la medida que la conducta (delictiva) ejercida sobre el deponente mantiene vigente la sustracción sin posibilidad de ejercer sus libertades, entre ellas las de locomoción, a ello se refiere el legislador cuando indica que también se tendrá en cuenta la prueba de referencia "en casos similares".

Tal fue el tema que estudió la H. la Corte Suprema de Justicia en decisión de 19 de febrero de 2009 (*Rdo. 30598*) traída a colación por la apelante, en ella, no solo se trató de que la víctima se encontrara amenazada, sino que el ente investigador demostró su imposibilidad razonable de hacerla comparecer a juicio pese

<sup>55</sup> C.S.J. providencia de 6 de marzo de 2008 M.P. Augusto J. Ibañez Guzmán, Rdo. 27477

a solicitar su conducción, pues se perdió absoluto contacto con la misma.

Nótese la diferencia respecto a la solución que le dio el alto Tribunal a un caso en el que la víctima también adujo estar amenazada pero, en esta oportunidad la alta magistratura pone de presente a la Fiscalía el deber que le asiste de hacer lo posible por hacer comparecer a sus testigos en pro del proceso y de proteger la integridad de los mismos.

Al respecto se tiene:

*Pueda que el testigo haya expresado telefónicamente que no era su deseo comparecer a la audiencia<sup>56</sup>, pero esa afirmación, por sí sola, no lo relevaba de la obligación de rendir testimonio<sup>57</sup>, menos a la Fiscalía como parte interesada y en la cual pesaba la carga de traerlo a la diligencia, ni al director del juicio de ejercer la facultad de ordenar su conducción en tanto persistiera en rebeldía.*

*Tampoco puede servir de estímulo para que el ente acusador, en una posición cómoda y conveniente a su teoría del caso, logre que se sustituya un testimonio en juicio por una*

*declaración previa, refractaria al derecho de confrontación que le garantiza a la defensa la posibilidad de interrogar a los testigos de cargo.*

*La desaparición voluntaria del declarante, situación de la cual dedujeron los sentenciadores el fundamento para admitir en juicio pruebas de referencia, implica que aquél no puede ser localizado ni es localizable porque no se tienen datos o fuentes de conocimiento que permitan su ubicación, situación impredecible cuando, como en el presente caso, la Fiscalía contaba con el número celular del testigo y de su padre,... elementos que podían ser suficientes para establecer el paradero de la persona requerida, sin que hubiere acreditado que desplegó las gestiones posibles para lograr ese propósito.*

*La situación, entonces, no se adecua a lo previsto en el literal b) del artículo 438 del Código de Procedimiento Penal, pues no se trata de un evento similar al secuestro o la desaparición forzada del testigo que le impidan concurrir al juicio, o de un suceso de fuerza mayor por desaparición voluntaria*

*del declarante, pues aquí al menos se lo contactaba telefónicamente, sino de un declarante renuente a rendir el testimonio que de él se reclamaba, circunstancia que la Fiscalía no enfrentó con los medios legales y técnicos a su alcance.*

*Bien lo dijo la Delegada del ente acusador ante la Corte en su condición de no recurrente, en el presente asunto 'le faltó diligencia a quien pretendía acreditar la imposibilidad de hacer comparecer en juicio al declarante y que concurría, por tanto, una de las causales de acogimiento excepcional de la prueba de referencia'.*

*Por lo demás, aunque el declarante hubiere expresado temor por posibles represalias, esta situación no es análoga a la de quien demostradamente ha sido víctima de amenazas que lo compelen a desaparecer voluntariamente y por ello deja de estar dispuesto para quien requiere su declaración..., está visto, no refirió amenazas contra su vida o la de sus familiares, simplemente rehusó el llamado de la justicia y se negó a rendir el testimonio correspondiente<sup>58</sup> (subrayado por el Tribunal)*

<sup>56</sup> En uno de los informes de la empleada del Juzgado Promiscuo Municipal de Montenegro (23-07-10), se precisa que el requerido Molina Buitrago manifestó que vivía lejos de ese municipio y que

"como ya lo había dicho anteriormente a él no le interesa asistir a estas audiencias ni saber nada de esto."

<sup>57</sup> Art. 383 C.P.P.

<sup>58</sup> C.S.J. sentencia de 9 de octubre de 2013 M.P. José Leonidas Bustos Martínez Rdo. 36.518

Considera la Sala que el caso específico se asemeja más al último de los traídos a colación en los párrafos precedentes, pues la Fiscalía cuenta con datos suficientes para, por un lado hacer comparecer a juicio oral en calidad de testigos a **L. M. M. P., L. M. Z. y J. E. G.** y, por el otro, garantizarles seguridad y protección a ellos y sus familiares.

Nótese que en el caso particular no se trata de imposibilidad de ubicar a los testigos, encontrarlos o tener contacto con ellos, en el proceso descansan los datos de aquéllos además que la misma Fiscalía asegura tenerlos y haberlos suministrado, incluso, se ordenó la conducción de los mismos sin que ellos estuviesen en sus residencias.

(...)

Luego la Fiscalía en su calidad de titular de la acción penal aun cuenta con medios para superar la situación presentada y solicitar a sus testigos que comparezcan al proceso, eso sí, garantizándoles la protección que se merecen.

(...)

Tras lo dicho, el motivo al que se acudió para hacer valer como prueba de referencia admisible las diferentes entrevistas y reconocimientos fotográficos cuestionados, esto es, que los declarantes y sus familiares se

encuentran amenazados de muerte, no se ofrece inevitable o imprevisibles.

Relatoría/consulta/2015/Providencias incluidas en los boletines

PEDRO ORIOL AVELLA FRANCO

Presidente

JAVIER ARMANDO FLETSCHER PLAZAS

Vicepresidente

NOHORA LINDA ANGULO GARCÍA

Relatora