

 <p>JUSTICIA PENAL BUGA</p>	<p>SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA</p>	
<p>Código: GSP-FT-45</p>	<p>Versión: 1</p>	<p>Fecha de aprobación: 22/05/2012</p>

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUGA
SALA DE DECISIÓN PENAL**

Magistrada Ponente:

MARTHA LILIANA BERTÍN GALLEGO.

Radicación: 76-147-60-00-171-2018-00997-01
Buga, Valle, treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2.023)
Aprobado según Acta No.272

1. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Penal Municipal con funciones de conocimiento de Cartago, Valle, el 16 de junio de 2022, por medio de la cual condenó a Luis Fernando Cárdenas Serna, por el delito de Violencia Intrafamiliar Agravada.

2. ANTECEDENTES

2.1.- En audiencia preliminar celebrada el 21 de noviembre de 2018 por el Juzgado Primero Penal Municipal con funciones de control de garantías de Cartago, Valle, la Fiscalía formuló imputación contra Luis Fernando Cárdenas Serna, en los siguientes términos fácticos y jurídicos:

“...el día 4 de septiembre de 2018 Olga Beatriz Agrado Agudelo identificada con cédula No. 31428363, compareció a la fiscalía con el propósito de denunciarlo y bajo la gravedad del juramento dijo

lo siguiente: “resulta que mi hijo Juan David Cárdenas Agrado de 14 años fue a la casa de su papá a pedirle 2.000 pesos para la lonchera, y lo que le contestó era que él no tenía plata que si creíamos que él cagaba plata, el niño le dijo “pero papi si usted no nos dio plata la semana pasada y esta tampoco nos ha dado” él le dijo “ve maricón de mierda aquí tengo los 60.000 de esta semana” él le dijo “papá pero no me trate así” y le dijo que me iba a decir a mí que le fuéramos a renovar lo de la Fiscalía, ese señor perdió el control y empezó a tratarlo mal, lo agarró a correazos y le decía “esto te lo hice a ver si me mandan a la cárcel por allá puedo dormir y comer sin trabajar que es un favor que le hacemos”, mi hijo le dijo “que tristeza que hace mejor el papel de papá Raúl que es mi padrastro que usted que es mi verdadero papá” y le iba a volver a pegar y mi hijo le dijo que él no se dejaba pegar más de él y entonces él le dijo “entonces qué me vas a pegar o qué”. Los hechos ocurrieron en la calle 3 9-19 barrio Bella Vista el 3 de septiembre de 2018 a las 8 pm...”

2.2.- El escrito de acusación fue asignado al Juzgado Cuarto Penal Municipal de Cartago, el cual adelantó la audiencia de formulación oral el 2 de julio de 2019. En este acto la Fiscalía realizó adiciones al fundamento fáctico de la imputación jurídica:

“El día 4 de septiembre de 2018 ante el despacho de la fiscalía se presenta la señora Olga Beatriz Agrado Agudelo para denunciar hechos de violencia intrafamiliar donde es víctima su hijo Juan David Cárdenas Agrado de 14 años de edad, quien se dirigió a casa de su padre el día 3 de septiembre del presente año a eso de las 8:00 PM, a pedirle 2.000 pesos para la lonchera, a su padre, quien respondió de forma grosera diciendo que si creían que él cagaba plata a lo que el adolescente respondió que no les había

dado la plata de la semana pasada ni de la que transcurría, teniendo como respuesta de su padre “maricón de mierda aquí tengo los 60.000 de esta semana” por lo que el adolescente pidió respeto, además de mencionar que le diría a su madre que renovaran lo de la Fiscalía, lo que hizo que el señor Luis Fernando Cárdenas Serna, quien es su progenitor, perdiera el control por lo que agredió verbal y físicamente a su hijo cogiéndolo a correazos expresando finalmente “esto te lo hice a ver si me mandan a la cárcel por allá puedo dormir y comer sin trabajar que es un favor que le hacemos”. En la respectiva denuncia la señora Olga Beatriz Agrado, progenitora del adolescente, manifiesta que el señor Luis Fernando le ha pegado en distintas ocasiones a su hijo cuando éste era más pequeño, que el maltrato ha sido físico y psicológico y que al adolescente le dieron una incapacidad de 5 días por la agresión causada por su progenitor.

En informe pericial de clínica forense de fecha 9 de septiembre del presente año, se examinó a la víctima dejando como principales conclusiones que “el adolescente al momento del examen presenta lesiones actuales consistentes con el relato de los hechos, mecanismo traumático de lesión contundente, incapacidad médico legal definitiva de 6 días, como principal recomendación a raíz de su historia de violencia psicológica presentando signos y síntomas compatibles con trastorno depresivo que debe ser valorado por psicólogo del sector salud ...”

Por estas conductas le atribuyó el delito de Violencia intrafamiliar agravada, de conformidad con las descripciones típicas establecidas en los artículos 229 e inciso 2 del Código Penal, modificado por el artículo 33 de la ley 1142 de 2007, por recaer la conducta sobre un menor.

2.2.- El 9 de octubre de 2019, se llevó a cabo la audiencia preparatoria, en la cual se decretaron los medios de conocimiento enunciados y solicitados por las partes. No se presentaron recursos.

2.3.- El juicio oral se adelantó en sesiones del 25 de febrero y 15 de octubre de 2020, 16 de septiembre y 16 diciembre de 2021, 17 de marzo y 26 de mayo de 2022. La Fiscalía presentó su alegato inicial; se ingresaron estipulaciones probatorias (La plena identidad del acusado, carencia de antecedentes penales; arraigo, condiciones sociales y familiares del enjuiciado); se practicaron las pruebas decretadas; las partes expusieron los alegatos de conclusión; la Juez dictó el sentido del fallo de carácter condenatorio y se evacuó el derrotero dispuesto en el párrafo del artículo 447 de la Ley 906 del 2004.

Pruebas

Fiscalía

2.3.1. **Claudia Milena Gallego Cifuentes.** Compañera permanente de Luis Fernando Cárdenas Serna desde hace 9 años. Manifiesta que se encontraba presente el día 3 de septiembre de 2018 cuando ocurrieron los hechos. Dice que el menor llamó a Luis Fernando por la plata de la mensualidad, el menor llegó y le pidió para la lonchera y Luis Fernando le dijo que no tenía plata, el menor le pidió los 20.000 que le había prestado su mamá para unos zapatos, el papá le reiteró que no tenía plata, que antes les estaba pasando para la comida, el menor empezó a gritarlo, a decirle que para que era tan irresponsable y se hacía echar de los patrones, fue grosero como siempre, a Luis Fernando le dio rabia y le dio tres correazos en la cola. Eso ocurrió dentro de la casa, en la habitación donde vivía con Luis Fernando, de

parte de Luis Fernando no hubo palabras soeces hacia el menor, él solo le dijo que él estaba muy viejo para que no lo respetara, que él era el papá y debía respetarlo, los hijos de Luis Fernando iban a la casa a visitar al papá varias veces a la semana, cuando él tenía plata les daba, Luis Fernando siempre ha tratado bien al hijo, no ha sido grosero, pero el joven siempre lo irrespeta, es grosero, le habla con voz alta, la relación de ellos es buena, el menor le escribe, y él en cambio le habla de buena manera, lo sabe porque ella mira las conversaciones de ellos en WhatsApp, nunca le ha impedido al menor que se acerque a su padre, en los nueve años que lleva con Luis Fernando solo esa vez ha visto que lo haya castigado, con la hija de 16 años Vanessa Cárdenas Agrado se llevan bien, se comunican por WhatsApp cuando necesitan algo. **Contrainterrogatorio.** Reiteró que en 9 años solo esa vez vio que Luis Fernando le pegara a su hijo. Que el joven es grosero con el papá, no lo respeta y en esas ocasiones Luis Fernando no le habla y lo deja en visto, si es por llamada le cuelga, de esto se da cuenta porque ella está al lado y escucha la conversación. Ha visto como el joven ha sido grosero con el papá en su propia casa. Tiene un hijo de 17 años que convive con ella y Luis Fernando, pero Luis Fernando nunca ha sido agresivo con él ni con ella.

2.3.2. **Olga Beatriz Agrado Agudelo.** Madre del menor JDCA. Informa que posee la custodia y cuidado personal del adolescente desde el año 2015; tiene dos hijos con el señor Luis Fernando, se encuentran separados desde hace doce años. Relata que el día de los hechos Luis Fernando llamó a la casa para que los hijos fueran por la cuota alimentaria; la hija Vanessa fue por el dinero porque Juan David estaba haciendo unas tareas, como Vanessa no llegaba Juan David le pidió dos mil pesos para unas copias, ella le dijo que esperaran a ver si el papá enviaba la cuota, él dijo que iba a ir a pedírselos al papá, fue a la casa de él, lo saludó y le pidió los dos mil pesos, Luis Fernando dijo “usted cree que yo cago plata”, que ya le había dado la cuota a la hermana, Juan David le dijo que no era justo que solo les diera

cincuenta mil pesos que todos los gastos deberían ser por mitad, el papá le contestó con palabras soeces diciéndole “a mi hágame el favor gran marica y no me hable así”, por eso el joven le dijo que le iba a decir a ella que removiera la demanda de alimentos, entonces el papá se quitó la correa y empezó a darle, eso fue lo que le dijo su hija Vanessa quien estaba presente, le pegó en la entrepierna, casi le toca un testículo, el niño se regresó llorando y se encerró en el cuarto, lloraba y decía que se quería morir, luego llegó Vanessa y le contó que el papá le había pegado una pela a Juan David y que ella no se metió porque le dio mucho miedo porque su papá estaba muy enojado. Entró al cuarto y el menor le decía que no dejara que el papá lo tratara así, que siempre lo trataba mal de palabra; pidió ayuda de un abogado quien le recomendó que fuera a la estación de policía a presentar la denuncia, fue con su hijo, lo llevaron a la EPS donde lo revisaron y luego le dijeron que tenía que llevarlo a Medicina Legal; al otro día lo valoraron y le dieron seis días de incapacidad y luego presentó la denuncia por violencia intrafamiliar. Los hechos fueron presenciados por Vanesa y Juan David. Los menores siempre iban a buscar al papá, la compañera de él les tiraba la puerta, no les abría, los niños eran los que tenían que ir. Después de que Juan David no le reprochara las obligaciones que tenía con ellos, lo trataba bien, pero si le reclamaban los trataba mal de palabra; si le piden algo que necesita los deja en visto. Antes del 3 de septiembre no hubo agresiones del padre en la forma como ocurrió ese día. Respecto al trato verbal, siempre ha sido grosero cuando le piden algo; el año pasado a Juan David se le dañó el equipo celular y ella se lo pidió como forma de indemnización por el principio de oportunidad y dijo que no, siempre le dice “maricón”, no lo quiere, no sabe cómo le va en el colegio, no comparte con él. Le consta la inasistencia alimentaria por incumplimiento de la cuota, los malos tratos verbales que profiere por medio de WhatsApp o por medio de llamada, eso pasa cada vez que lo llaman a pedirle algo, siempre les contesta con palabras soeces; la relación de Luis Fernando con sus hijos es indiferente, no los tiene como parte de su familia, el hijo es el

que lo busca. Por los hechos del 3 de septiembre de 2018, presentó denuncia, la motivó a denunciar el desamparo que sentía el niño y que el maltrato psicológico y verbal ya se había vuelto además físico. La Fiscalía exhibe la denuncia presentada por la señora Olga Beatriz el 4 de septiembre de 2018 y esta reconoce su firma y la fecha de presentación de la denuncia. **Contrainterrogatorio.** Reafirmó que no presenció lo sucedido el 3 de septiembre de 2018, fueron sus hijos quienes le contaron. Los hijos siempre iban por la cuota alimentaria, ella no iba para no ocasionar problemas con la cónyuge de él. Luis Fernando siempre ha tenido un tono de voz que parece enojado, cuando los niños estaban pequeños compartían con el padre. Después del 3 de septiembre no se han presentado más agresiones físicas, los problemas son por la inasistencia alimentaria y sabe que no tiene nada que ver con la violencia intrafamiliar. Dice que denunció por el desamparo del niño.

2.3.3. **Andrés Felipe Sepúlveda Cruz.** Comisario de Familia de Cartago para la época de los hechos. Sobre los hechos recuerda que a la Comisaría llegó una denuncia por unas agresiones físicas acompañada de unas imágenes donde se percibían unas marcas o morados en el cuerpo del menor, no recuerda qué medidas se tomaron en ese caso, por lo general luego de la denuncia la psicóloga hace una valoración del menor. Con el fin de refrescar la memoria del testigo, la Fiscalía exhibe los documentos que hicieron parte del trámite administrativo (oficio del 12 de marzo de 2019 dirigido a la Fiscalía, informando el trámite por maltrato infantil en contra del niño Juan David Cárdenas; auto de apertura de investigación 081 de noviembre 19 de 2018 dentro del proceso 0466 de 2018; auto interlocutorio del 21 de diciembre de 2018; acta de audiencia para práctica de pruebas y fallo del 8 de marzo de 2019 decide el proceso administrativo). Se declaró que adolescente JDCA fue víctima de maltrato infantil ocasionado por su progenitor Luis Fernando Cárdenas Serna, se conminó al padre para que cesara cualquier tipo de maltrato físico,

verbal o psicológico en contra de su hijo, se dispuso terapia psicológica para el afectado. No recuerda si tuvo contacto directo con el adolescente. **Contrainterrogatorio.** Informa que a los padres de los menores se citan a la Comisaría. Las decisiones las fundamenta en los informes que rinde el equipo interdisciplinario y por la denuncia, evaluando las pruebas que se presenten. Al conminado se le notifica personalmente de las decisiones que se tomen en el trámite administrativo cuando asisten a la audiencia, cuando no asiste se utilizan las diferentes modalidades de notificación.

2.3.4. **Leonardo Quintero Suarez.** Médico Legista del Instituto Nacional de Medicina Legal de Cartago. Valoró al adolescente el 9 de septiembre de 2018, el resultado del examen lo consignó en el Informe Pericial de la misma fecha el cual es puesto de presente y reconocido por el testigo por contener su firma, se resalta que el menor valorado al examen mental presentaba: *“porte y actitud adecuados, animo deprimido, refiere sentirse triste, sin llanto en la consulta, sin ideas de muerte o suicidio, ideas de peligro inminente; sensopercepción normal, orientación en las tres esferas, atención normal, memoria conservada, inteligencia promedio, juicio y raciocinio normales, introspección negativa, prospección adecuada”*. En el examen corporal se evidenció equimosis verdosas y amarillas en muslo derecho, cara anterior tercio distal de 10x3 cms; otra en cara medial del tercio medio de 4x4 más escoriación puntiforme en el centro; otra equimosis de las mismas características a nivel de muslo izquierdo en cara anterolateral de 12x3 cms en tercio distal; refiere dolor leve a la palpación, no hay limitación funcional, concluye indicando que el menor *“presenta lesiones actuales consistentes con el relato de los hechos. Mecanismo traumático de lesión: contundente. Incapacidad médico legal DEFINITIVA SEIS (6) DÍAS. Sin secuelas médico legales al momento del examen”*. Sugiere medida de protección para evitar nuevas agresiones y hostigamientos; igualmente atención psicológica. Indicó que la información fue obtenida del menor lesionado y de ella se interpreta que el joven es víctima de violencia de

acuerdo a la evidencia científica, ocasionada por el padre, dentro del contexto familiar el trauma físico no es aceptado a nivel mundial como parte de la relación entre padres e hijos. **Contrainterrogatorio.** El menor dice que no hay otras lesiones por maltrato, solo las narradas, que lo que aparece en el relato de los hechos da cuenta de las lesiones de ese día. (El Juzgado permitió el ingreso del Informe Pericial de Clínica Forense del 9 de septiembre de 2018 como evidencia del ente acusador, reconocida y acreditada por el declarante).

2.3.5. **Juan David Cárdenas Agrado.** Nació el 26 de diciembre de 2003. Con 17 años para la fecha de su declaración. Fue interrogado a través del Defensor de Familia del ICBF. Adujo residir con su progenitora, hermana y padrastro. Se le pone de presente el privilegio de no declarar y manifiesta que desea hacerlo. Se le pregunta por la relación con su padre y responde. *“La verdad la relación ha sido muy difícil porque él nunca ha querido convivir conmigo o algo así. Si por ejemplo yo le digo papá vámonos para esta lado, él dice es que yo tengo que ir allí, con Claudia, y todo eso, ha sido un poco mal”*. Se le pregunta por el trato de su padre hacia él y responde: *No, pues lo considero mal, cuando quiere me trata de “este maricón es que ustedes creen que yo cago plata”*. Sobre los hechos dijo: *“Ese día él había llamado a mi hermana para que fuera a recibir la cuota alimentaria, él tiene una demanda por alimento. Ese día yo no sabía que mi hermana estaba allá, le dije a mi mamá que necesitaba 2.000 pesos para pagar una cosa en el colegio, no me acuerdo, era tal vez una lonchera; le dije voy a pedirselos a mi papá; cuando yo llegué allá estaba mi hermana y todo eso. Yo le dije pa, necesito 2000 pesos para el colegio y él me dijo que ustedes creen que yo cago plata, que ahí les acabo de mandarles los 60.000 pesos ¿será que de ahí no puedes sacar los 2.000? sí divinamente puede sacarlos 2.000 de ahí. Entonces le dije, recuerde que usted hace 2 semanas no nos manda nada y también recuerde de unos tenis que usted le dijo a mi mamá de sacarlos para Vanessa y eso también es responsabilidad, porque usted le dijo a mi mamá que los sacara, entonces él me dijo es que yo no tengo plata, es que ustedes lo*

que quieren es que yo vaya y robe un banco o que yo no sé qué. Entonces yo le digo, no pá, deje así, pero recuerde la demanda que usted tiene por alimentación y yo no voy a seguir peleando con usted por eso, pero yo le voy a decir a mi mamá que le renovemos la demanda, él lo que procedió en ese momento fue a coger una correa y me dio con la hebilla. Creo que ese fue el motivo decirle que le iba a renovar esa demanda. Como yo soy una persona que ahí, por ejemplo, pues que él me pega y todo eso yo me quedo tieso, me quedo quieto, entonces él creyó que yo lo iba a agredir y todo esos, entonces él me dijo qué, me va a pegar o qué, este maricón, entonces yo le dije, no, es que yo no tengo la necesidad de agredirlo porque yo no soy como usted, yo pienso las cosas mejor.” Seguidamente se le pregunta el sitio donde recibió los golpes y contesta: “En la parte de los genitales, entre las piernas, fueron 3 moretones”. A través del Defensor la Fiscalía le pregunta si anteriormente a esa ocasión se han presentado otras ocasiones y dice: “Anteriormente? No; pero me han dicho que eso es maltrato físico, pero también verbal y psicológico”. Se le interroga acerca de en qué consiste el maltrato verbal. Responde: “El verbal consiste en que muchas veces yo le escribo porque como él tiene la obligación de la cuota alimentaria y le digo, recuerde que ya lleva 2 semanas porque a veces se retrasa hasta 3 semanas o el mes y entonces dice ah, estos maricones que ustedes creen que yo cago plata; y psicológico, porque yo digo por qué me trata así, yo que le hice.” ¿Quiénes fueron testigos? “Testigos fueron la mujer de él que se llama Claudia, el hijo de ella que se llama Esteban y Vanessa mi hermana.”. Continúa respondiendo: “Yo ya me di, mi papá nunca va a cambiar, siempre va a ser así como al dolor. A veces nos deja en visto y no nos contesta y dice que es que está ocupado y pasa ahí como dos o tres días y yo le digo pá, si ve es que usted lo deja en visto a uno de lo del alimento y todo eso y entonces dice ah es que estoy ocupado, yo que puedo hacer; siempre es así, sino es que lo deja a uno en visto es que lo trata mal”. Reitera que la agresión física fue solo esa vez y verbal “...hace como dos meses que no me volvió a contestar los mensajes ni nada. Por mensajes no es grosero, pero por teléfono si se pone grosero y fue por lo mismo por la cuota

alimentaria, siempre me tiene de maricón.”. Cuando ha ido a su casa es a llevar la cuota alimentaria por la insistencia de ellos, pero no a visitarlos. La Defensa no hace uso del contrainterrogatorio.

2.3.6. **Yenni Raquel Valdés Marín.** Psicóloga de la Comisaría de Familia de Cartago para la época de los hechos. En el presente caso la información fue obtenida a través de la entrevista y observación directa al menor. Esa información la consignó en un formato y luego realizó un informe. No realizó visita domiciliaria. El caso era referente a un maltrato verbal, físico y psicológico. A parte de lo manifestado por el menor se obtuvo evidencia fotográfica de las partes del cuerpo marcadas por los golpes del progenitor. Se exhibió el documento “verificación de denuncia” del 5 de octubre de 2018 el cual reconoce por contener su firma. Adujo que el adolescente se encontraba afectado psicológicamente, vulnerado por maltrato verbal, físico y psicológico propinado por el padre. Indicó que el joven estaba muy vulnerable emocionalmente, lloraba durante la entrevista, quería tener el amor y afecto de su papá, pero este no le correspondía. Logró identificar el maltrato a través de la entrevista y valoración directa, métodos aceptados en la comunidad científica. Indicó que el menor se encontraba afectado emocionalmente ya que al expresar los episodios con el padre, muestra dolor que se exterioriza con llanto, tristeza, deseo de tener una buena relación con su papá, pero carecía del afecto del progenitor. Concluyó que se corroboraba la denuncia respecto al maltrato ejercido por el padre y recomendó el inicio de proceso por maltrato infantil y la vinculación del menor y la familia a un proceso terapéutico por psicología a través de la EPS. Se exhibió el registro fotográfico tomado por la madre de la víctima o la víctima, de los miembros inferiores del joven Juan David en las cuales se evidencian los moretones. **Contrainterrogatorio.** Su labor se limita a verificar derechos de la persona afectada que es a quien se remite para ser entrevistado; desconoce la versión del padre porque a él nunca se entrevistó. Los protocolos que utilizó para la valoración con el

adolescente fue la entrevista y observación directa, las preguntas surgen cuando la persona va hablando no hay una entrevista estructurada. Las marcas y moretones que le refirió el menor solo las observó en las fotografías que le aportaron. **Complementaria del Despacho.** Afirma que recuerda al menor entrevistado y el caso, percibió que tenía un vínculo estrecho con el padrastro quien lo acompañaba a las citaciones, notó la nostalgia y la tristeza por el trato que le daba su padre, percibió que el relato del joven era natural, no se veía inducido por nadie, estima que la situación del joven era real.

(El Juzgado permitió el ingreso del Informe de Verificación de Denuncia del 5 de octubre de 2018 como evidencia del ente acusador, reconocida y acreditada por la declarante).

Pruebas de la Defensa.

2.3.7. **Luis Fernando Cárdenas Serna.** Enjuiciado. Indica que se desempeña conduciendo un vehículo que no es de su propiedad. Tiene cinco hijos de 33, 29, 22, 18 y 17 años, y con el único que ha tenido problemas es con Juan David. Señaló: "...siempre ha sido muy grosero conmigo, no ha estado de acuerdo con la relación que yo tengo, siempre ha sido distante conmigo. No es como dice la doctora Yenny (sicóloga) que yo era distante con ellos, la mamá siempre decía que el castigo para ellos era estar conmigo, que cuando se portaban mal en la casa el castigo era enviarlos a estar conmigo porque supuestamente no les gustaba. Cuando tenía la oportunidad compartía con ellos, porque como le digo, yo soy motorista, yo manejo un camión, a veces no estoy en la casa o no puedo salir con ellos porque debo descansar para viajar, entonces ese es el problema que yo le veo a eso de decir que no comparto con ellos, es por eso. A toda hora doctora se lo expreso (el amor) pero lo que pasa es que él ha sido grosero, yo le he dicho hijo usted por qué es así conmigo, vea que mi forma de trabajo no me da para estar con ustedes pero él es todo grosero, lo amenaza a uno, incluso le he dicho que ha sido el hijo más deseado que yo quería; y él

cuando está de grosero conmigo me dice y no que yo soy el hijo más deseado suyo o qué era lo que más quería, pero usted sabe doctora que uno con un hijo grosero, con una persona grosera lo va teniendo a distancia más bien para no tener problemas con él. Le preguntan de dónde nace esa grosería hacia él. R/ Doctora no sé decirle, será porque la mamá ha sido grosera conmigo entonces creo que eso influye en eso y como la mamá siempre habla mal de mí. Voy para 10 años que tengo otra relación. Sobre los hechos respondió: Doctora lo que pasó era que yo en ese tiempo manejaba camión y constantemente recibía plata; en esos días discutí con el patrón y prácticamente me sacó, entonces ya estaba manejando una volqueta que en esos carros uno no coge plata sino cada 8 días, ellos están enseñados de que iban a la casa y yo siempre les daba 2.000; 3.000 o 1.000 para que llevaran para el colegio, ese día subió él y me dijo que le regalara para la lonchera, le dije hijo no tengo plata mira que yo ya no manejo el camión sino que ando en una volqueta yo la plata la cojo es cada 8 días, entonces me dijo que yo por qué era tan grosero que tenía que hacerme echar de los patrones, que si no le daba plata le iba a decir a la mamá que me removiera la demanda de alimentos para que me metieran a la cárcel, y que no sé le dije deje de ser grosero Juan David que así no es. Me dijo no es que yo no me voy a quedar menor de edad toda la vida y entonces ahí si me alteré y saqué la correa y le pegué 3 juetazos (sic). Fue solo en esa oportunidad. Me alteré porque él fue y me gritó muy feo allá, irrespetándome, diciéndome cosas que no llegaban al caso y yo le decía hijo es que ustedes no me entienden, sino solo a su mamá y a mí no me entienden usted sabe que yo cojo plata es cada 8 días, les doy la plata a ustedes y lo poquito que me lo que me queda es para sostener mi nuevo hogar, pero ellos no, él más que todo, no entiende, no sé por qué, puede ser que la mamá influye mucho en eso, eso es lo más seguro. Todos mis hijos son amados por mí de la misma forma, sino que a Juan David es como difícil porque él es muy grosero, pero igual es muy hijo, y yo lo amo, lo adoro, pero él no valora ese amor, el valor de ese amor para él es cuando yo tengo plata y sino tengo plata no soy

papá. Yo les he dicho yo soy papá para ustedes, pero para darles plata, pero a mí en un cumpleaños nunca me llaman, en un día especial nunca me llaman y entonces de esa misma forma soy yo con ellos. No doctora porque ellos a mí no me tienen en cuenta para eso, solo es la mamá y como le digo doctora, ellos a mí me tienen en cuenta es solo para pedirme plata, para nada más me tienen en cuenta. Le digo doctora que ahora que él ya tiene 18 años, hace como 20 días me llamó y eso me trató mal por teléfono y entonces para yo no alegar con él, yo prefiero colgar. Como le digo, yo manejo un camión, el trabajo ha estado pesado y yo le digo a la niña, yo le colaboro con lo que pueda porque pago arriendo y entonces él me llamó y me dijo que él ya era mayor de edad, que él ya tenía un trabajo que no necesitaba nada de mí, que le colaborara a Vanessa y yo le dije que sí, que yo le colaboro, yo mando la plata siempre que tenga, porque si no tengo, de dónde la voy a sacar. Sin contrainterrogatorio. A preguntas complementarias contestó negativamente respecto de si en ese momento hubo de su parte agresión verbal. Negó castigos anteriores. Es más, muchas veces yo vivía cerca de donde ellos vivían y muchas veces la mamá me llamaba a que fuera y los castigara más yo nunca, no solo a ellos, a ninguno de mis hijos los he castigado, así como supuestamente dicen que les hago un maltrato físico, los regaño sí, les hablo duro cuando me toca hacerme valer como papá más no los trato mal ni los estoy castigando a cada momento.

2.3.8. Esteban Becerra Gallego. Hijastro del Enjuiciado. Indicó conocer hace diez años a Luis Fernando porque éste es el compañero sentimental de su progenitora. Dice que se entiende bien con él y le ha proporcionado buen trato. Los hijos menores de edad de Luis Fernando son Juan David y Vanesa. Solo ha presenciado un problema que hubo con Juan David, eso fue en septiembre del 2018, él estaba en la casa donde vivían con su mamá Claudia Milena y Fernando; ese día, Juan David le dice al papá que si le regala para el recreo y en ese momento como estaba sin trabajo, no cogía plata todos los días como cuando

trabajaba en el camión, Juan David le alzó la voz, le comenzó a gritar, lo amenazó que iba a decirle a la mamá que le moviera la demanda por alimentos y a Fernando le dio rabia y le pegó tres correazos porque Juan David le contestó mal. Después de eso Juan David salió y se fue, azotó la puerta de la casa. Luego de lo ocurrido, Juan David no volvió a la casa del papá, desde eso no comparte con él. Reiteró que el joven ha sido muy grosero con el papá. Antes de ese problema nunca vio que Luis Fernando agrediera a Juan David, solo que el joven es grosero con el papá, no lo respeta, lo llama y empieza a tratarlo mal, el papá le cuelga para evitar los problemas, ha presenciado todo eso. Indicó que Luis Fernando nunca ha tenido problemas con nadie más, es buena persona, es amable, le parece que no es grosero con nadie, a la mamá la trata muy bien, con respeto. **Contrainterrogatorio.** Dice que recuerda que fue en septiembre de 2018, en el transcurso del medio día y la tarde. Juan David fue acompañado de la hermana, le dijo a Luis Fernando que si le regalaba la plata del recreo del día siguiente y le contestó que no tenía. Se encontraba en el lugar de los hechos, junto a ellos porque eso fue en una de las piezas de la casa dónde duerme su mamá y su padrastro. A su parecer Juan David maltrató a su padre al contestarle mal, le contestó gritado y mal, lo amenazó diciéndole que él no se iba a quedar pequeño y que le iba a remover la demanda, cuando Juan David comenzó a gritarle, a Luis Fernando le dio mucha rabia y le dio tres correazos en las piernas. Luis Fernando cada ocho días les daba a los hijos lo de la semana, él los llamaba para que fueran por la plata a la casa. Se enteraba de lo que ocurría a través de las llamadas porque anda en el camión con el padrastro y escucha lo que le dice porque a veces va manejando y pone el celular en altavoz, Juan David le decía *“que maricada usted a toda hora haciéndose el bobo con la plata”*. La relación entre Juan David y Luis Fernando es en la actualidad distante por la grosería de Juan David. El testigo no tiene trato con Juan David.

2.3.9. **Claudia Milena Gallego Cifuentes.** Compañera permanente de Luis Fernando Cárdenas Serna, convive con él hace diez años, sabe que con la esposa anterior tuvo dos hijos menores Juan David y Vanessa y tiene otros mayores de edad. Mencionó que denunció a la mamá de los menores en la Inspección porque una vez la agredió; los hijos también le han dicho cosas. Ellos ya no frecuentan su casa desde hace un tiempo y para evitar problemas se fueron a vivir retirados. Cuando los menores iban a su casa eran groseros con ella, más que todo Juan David; cuando la señora Olga Beatriz tenía problemas con los hijos, ellos iban a buscar refugio en el papá y cuando él estaba viajando, eran groseros con ella. La única vez que hubo un problema entre Luis Fernando y Juan David fue en septiembre de 2018, eso fue en la habitación grande donde ella dormía con Luis Fernando, él los llamó para que fueran por la plata de la comida, eso fue un domingo, Juan David le pidió más plata y él le dijo que no tenía y empezó a gritarle muy feo, que para qué se hacía echar de los trabajos, Fernando le dijo que lo respetara, Juan David lo amenazó que iba a remover la demanda y que no se iba a quedar pequeño, entonces Fernando sacó la correa y le dio tres correazos, luego Juan David salió de la casa y al martes ya lo notificaron de la denuncia. El hijo de ella, Esteban, siempre ha vivido con ellos y nunca ha tenido problemas con Luis Fernando, tampoco ha sido agresivo; como Fernando tiene voz gruesa piensan que está regañando, pero no, antes de los hechos Juan y Vanessa iban a la casa y compartían con ellos. Fernando nunca ha agredido a otro miembro de la familia. Contó que una vez la mamá de Juan David lo mandó para donde el papá y allá vieron que tenía unas marcas en la espalda y dijo que la mamá le había pegado. El problema que se dio entre Luis Fernando y el joven es porque él nunca lo ha respetado, le habla grosero, lo llama y lo trata mal, él por eso le cuelga, para evitar malos entendidos con el hijo, pero Fernando nunca es grosero con Juan David, prefiere colgarle. **Contrainterrogatorio.** Reitera que nunca han tenido conflictos en la familia entre ellos tres, Juan David y Vanessa antes del problema iban casi todos los días a la

casa de ella. Se fueron a vivir lejos para evitar problemas con Juan David porque Luis Fernando no tenía plata a toda hora y Juan siempre lo gritaba por eso. El día de los hechos fue la única vez que vio a Fernando así de enojado y eso que Juan David siempre ha sido grosero, siempre que lo llama a pedirle plata y Fernando no tiene, es grosero, le alza la voz y lo trata mal.

2.4.- El 16 de junio de 2022 se dictó la sentencia condenatoria. La Defensa apeló. Es de anotar que durante el proceso, el acusado estuvo en libertad porque la Fiscalía se abstuvo de solicitar medida de aseguramiento en su contra; fue capturado el 18 de septiembre de 2022.

2.5.- En trámite de segunda instancia, el sujeto pasivo, hoy mayor de edad, presentó documento autenticado ante notario, donde consta que fue indemnizado por su padre, con la suma de un millón (1'000.000) de pesos.

3. DECISIÓN IMPUGNADA

El Juzgado Cuarto Penal Municipal de Cartago afirmó que tanto las pruebas de cargo como las de descargo dan cuenta de lo ocurrido el 3 de septiembre de 2018, aunque con algunas diferencias en la narrativa, referente a que el acusado le propinó a su descendiente tres correazos como reprimenda a la actitud grosera de éste. Por tanto, concluyó que la discusión se centra es en determinar si el proceder del procesado comporta un agravio antijurídico configurativo del delito de Violencia intrafamiliar. Frente a ese tópico, el Juzgado consideró lo siguiente:

“De contera, para el Despacho resulta probado que el Acusado sobrepasó la potestad que tenía de corregir a su descendiente quien incluso transitaba para el año 2018, una edad difícil en el proceso de formación (14 años), enfrentaba las dificultades de una familia dirigida por la progenitora debido a la ausencia del padre, se veía avocado constantemente a requerir de su progenitor el suministro de una cuota alimentaria y tal como lo afirmó en su testimonio, sobrellevaba la falta de afecto y cercanía del padre, lo que le generaba “trastorno depresivo” y “afectación emocional significativa” como lo establecieron el Médico Legista y la Psicóloga de la Comisaría de Familia a partir del contacto directo que sostuvieron con el evaluado.

No resulta así irrelevante el proceder del señor Cárdenas Serna, que según el testimonio de su actual compañera permanente Claudia Milena Gallego Cifuentes, se genera como respuesta a la actitud grosera y altanera con la que el menor le reclamó la entrega de la cuota por alimentos, amenazándolo de reactivar el proceso que tenía en la Fiscalía y que conforme lo narra esta testigo de visu, produjo en Luis Fernando rabia para luego responder con tres correazos, pues la reacción derivada del estado de alteración que ocasionó en el padre el comportamiento irregular de su hijo, resulta desproporcionada y en todo apartada de la facultad correctiva que necesariamente debe ejercerse en el contexto de observancia de la integridad física y psíquica del descendiente, con consideración de su dignidad, guiada por la necesidad de variar el comportamiento irregular de forma reflexiva, mas no violenta como ocurrió el día de marras.

(...) que éste no tenía autorización para sancionar con daño corporal o psicológico al hijo en su corrección, sino utilizar las medidas que

sin comprometer sus derechos fundamentales ayuden a su desarrollo en todos los aspectos de su formación personal, intelectual, moral, social y familiar. Concluye que el castigo no puede contemplar violencia física o moral, sino otra especie de reproche, sin comprometer la integridad física del menor, violencia física que carece de justificación.

(...)

En ningún caso el ejercicio de la responsabilidad parental puede conllevar violencia física, psicológica o actos que impidan el ejercicio de sus derechos”.

En consecuencia, consideró que a Luis Fernando Cárdenas Serna le asiste responsabilidad penal respecto de la conducta que le fue atribuida por el ente acusador. Por tanto, lo condenó a la pena principal de 72 meses de prisión.

4. EL RECURSO

La Defensa argumentó que su oposición radica principalmente en que el *Ad-quo* no dio correcta aplicación del artículo 229 del Código Penal, como también, que la conducta del padre de familia es atípica toda vez que no vulneró la unidad familiar y se sobrevaloró la insignificancia de la agresión. De ninguna manera el actuar de su prohijado lesionó o puso en peligro la relación familiar, pues el condenado procedió convencido de que con su actuar no estaba infringiendo ninguna norma penal, por el contrario, lo reprendió en el ejercicio de su derecho a corregirlo ya que en ese momento el menor sobrepasó los límites del respeto hacia su progenitor.

Adujo que, el señor Luis Fernando Cárdenas Serna, “*es una buena persona, cumplidora de sus deberes, trabajador, que no se mete en problemas ni los propicia, no es agresivo ni problemático*” tal como se evidencia con las declaraciones extraprocerales que allegó al proceso de primera instancia y como lo ratifican su compañera permanente y el hijo de ésta, en sus testimonios brindados dentro del juicio oral. En este sentido, itera que la finalidad única del padre al reprender a su menor hijo no era otra más que la de “*reclamar respeto de parte del hijo grosero y altanero y no la de afectar la unidad familiar*”.

Manifiesta que, existe un trasfondo en este caso, es el resentimiento de la madre del menor por su prohijado, pues él la abandonó para formar otro hogar y dice que esta situación ha llevado a que la madre infunda sentimientos de rencor en sus hijos hacia su padre señor Luis Fernando. Por ende, relievó que la señora Olga Beatriz Agrado, madre de la víctima, fuera denunciada por el delito de lesiones personales contra la integridad de la actual pareja del condenado. Del mismo modo, si se habla del trastorno depresivo padecido por el menor, según el *Ad quo*, por la ausencia del padre en el hogar, considera que éste es más atribuido a la influencia negativa de la progenitora para que el acusado tenga una mala relación con sus hijos, como efectivamente lo ha logrado.

De contera, insiste en que su defendido obró con la convicción de que su conducta le era permitida pues asumió su derecho de corrección sobre su hijo y proporcionó una respuesta ajustada a la agresión de éste, e indica que “*era su legítimo derecho*”.

Por lo anterior, solicitó se revoque la sentencia objeto de alzada para, en su lugar, absolver a su representado y ordenar su inmediata libertad.

5.- CONSIDERACIONES

5.1.- Competencia.

A la Sala Penal del Tribunal Superior de Buga en razón a la regla territorial y de superioridad funcional contenida en el numeral 1° del artículo 34 del Código de Procedimiento Penal, le asiste competencia, toda vez que se trata de resolver el recurso de apelación formulado contra una sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Cartago, el cual se encuentra adscrito a este Distrito Judicial.

5.2.- Problema Jurídico.

La abogada defensora plantea una circunstancia de ausencia de responsabilidad al aceptar la ocurrencia de los hechos y la autoría del acusado, pero bajo la convicción de que su proceder no constituía una descripción típica, tras considerar que actuaba bajo la tutela del derecho de corrección que les asiste a los padres respecto de sus hijos menores de edad. Por tanto, ese será el tópico que deberá dilucidar este Ad-quem, a partir de los presupuestos dogmáticos de la figura y de las características de los hechos que se estimen demostrados.

5.3.- Cuestión previa.

Es importante señalar que el recurso de apelación contra la sentencia condenatoria fue formulado y sustentado por la defensa técnica ejercida por la doctora Marinela Buenaventura Martínez, defensora pública.

El 9 de mayo del año en curso, el procesado Luis Fernando Cárdenas Serna envió un escrito a través del cual manifestaba que desistía del recurso de apelación presentado por su abogada defensora. De ese documento se le corrió traslado a la profesional del derecho el 11 de mayo siguiente.

El día 22 del mismo mes y año, la defensa técnica envió memorial y contestó lo siguiente: *“Cómo defensora pública sustenté la apelación arriba mencionada con la convicción de que mi teoría puede salir avante en defensa de los derechos del señor LUIS FERNANDO CARDENAS SERNA y de ninguna manera avalo la petición de desistimiento presentada por el procesado y de acuerdo a lo señalado en la parte final del artículo 130 del Código de Procedimiento Penal, persisto en la controversia fijada en el recurso de alzada”*.

Frente a la situación en particular, considera el Tribunal que existe un conflicto entre las peticiones del procesado y de la defensa técnica, caso en el cual, en aplicación del artículo 130 del Código de Procedimiento Penal, se dará prelación a la de la abogada, en tanto así lo dispone el referido precepto en su parte final, al indicar que: *“En todo caso, de mediar conflicto entre las peticiones o actuaciones de la defensa con las del imputado o procesado prevalecen las de aquella”*.

Por lo tanto, no se accederá a la solicitud de desistimiento y el recurso de apelación será resuelto de fondo.

5.4. Análisis del caso concreto.

5.4.1.- Estudio del elemento cognoscitivo del dolo, en la agresión física constitutiva de la violencia intrafamiliar.

En el presente asunto, se encuentra debidamente demostrado que el 3 de septiembre de 2018, Luis Fernando Cárdenas Serna agredió físicamente con un cinturón a su hijo Juan David Cárdenas Agrado, quien para entonces contaba con 14 años de edad. Así se deduce de la declaración de la víctima y de los testigos que se encontraban presentes, así como de la del propio acusado. Igualmente, se encuentra acreditado que esa agresión derivó en unas equimosis y escoriación en las piernas de la víctima evidenciadas por el médico legista al realizarle la valoración médico legal; lesiones que le generaron una incapacidad definitiva de 6 días.

La tesis que defendió el Juzgado A-quo es que dicho actuar no se encuentra justificado en el derecho de corrección que les asiste a los padres respecto de sus hijos menores de edad, pues, al tenor de lo establecido en el artículo 14 de la Ley 1098 de 2006 y lo referido por la Corte Suprema de Justicia en la SP3888-2020, tal prerrogativa no autoriza el maltrato físico como medio de reconvención del descendiente que incurre en alguna falta.

Efectivamente, la jurisprudencia citada por la primera instancia explica en detalle las razones jurídicas y lógicas del

porqué el derecho de reprender o corregir a los hijos no justifica ni avala el maltrato físico. Esto dijo:

“...en nuestro derecho interno el derecho de corrección derivado de la obligación de los padres del cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos¹, está contemplado en el artículo 262 del Código Civil, modificado por el artículo 21 del Decreto 2820 de 1974².

Este mandato legal señala que “los padres o la persona encargada del cuidado personal de los hijos, tendrán la facultad de vigilar su conducta, corregirlos y sancionarlos moderadamente”.

En ejercicio de este derecho, los padres están facultados para adoptar pautas, fijar normas de conducta a sus hijos e imponerles sanciones en el caso de que en su proceso de formación y desarrollo no las acaten o se aparten de ellas.

En el sentido del precepto, la sanción pretende que los padres puedan corregir a los hijos por su culpa o errores cometidos, imponiendo sanciones racionales y razonables respetuosas de la dignidad humana.

La autorización para sancionar no comprende aquel castigo que causa daño corporal o psicológico al hijo por su incorrección, sino la imposición de medidas que sin comprometer sus derechos fundamentales ayuden a su desarrollo en todos los aspectos de su formación personal, intelectual, moral, social y familiar.

(...)

¿Entonces el derecho a reprender o corregir, permite al padre propinar una bofetada, cachetada o azote al hijo como parte del deber de educarlo? La Sala considera que no. Ello, por varias razones. La sanción moderada establecida en la ley civil no autoriza la corrección del hijo mediante el castigo corporal o moral. La Convención sobre los Derechos del Niño lo protege del abuso físico o mental y los malos tratos. La Constitución Política, también lo ampara de toda forma de violencia física o moral. Y, la sanción tiene un límite: el interés superior del niño.

¹ Código Civil, artículo 253.

² En España, cuya jurisprudencia cita de manera profusa el Tribunal, la reforma del artículo 154 del Código Civil en 2007, introdujo un inciso en el que la patria potestad debe ejercerse con respeto de la "integridad física y mental" del hijo.

Desde esta perspectiva el comportamiento desobediente del hijo o del que incurre en una falta, no justifica ni avala su maltrato. El deber de educar y formar de los padres, como derivación de la custodia y patria potestad, no los autoriza a imponer a sus hijos castigos corporales o morales ni justifica su conducta cuando lo hacen, por ser contrarios al ordenamiento jurídico.

Menos puede ser aceptable el castigo, cuando es fruto de la ira provocada por la actitud del hijo ni de la incapacidad del padre por hacer prevalecer su autoridad frente a su descendiente que la desafía...”.

Bastó este criterio jurisprudencial, junto con el análisis de las secuelas emocionales generadas al menor y referidas por la psicóloga de la Comisaría de Familia, para que el Juzgado A-quo considerase configurado el delito de Violencia intrafamiliar agravado por dirigirse contra un menor de edad.

El Despacho de primera instancia, reconoce en la sentencia que el procesado actuó bajo el criterio de corregir a su descendiente que se tornó grosero por no encontrar respuesta positiva a la solicitud de dinero que le hiciera a su padre, solo que esa corrección no justificaba el maltrato físico infligido al adolescente.

En este punto, la Sala estima insuficiente el estudio realizado por el juzgado de primer grado, en la medida que analizó únicamente la causal excluyente de la antijuridicidad prevista en el numeral 5º del código penal como es que “...no habrá lugar a responsabilidad penal cuando: 5. Se obre en legítimo ejercicio de un derecho...”. Si el juzgado consideró que el procesado estaba ejerciendo un acto ilegítimo de corrección por la prohibición del castigo físico respecto de su hijo Juan David Cárdenas Agrado, teniendo en cuenta las demás circunstancias socio familiares demostradas, debió revisar las demás categorías dogmáticas, en

específico el presupuesto subjetivo del tipo penal, concretamente en el análisis del dolo, la excluyente de responsabilidad contemplada en el numeral 10 de su artículo 32 como es : **“se obre con error invencible de que ...concurrer los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa.”** Igualmente, la antijuridicidad material del acto respecto del daño real o potencial del bien jurídicamente tutelado como es la armonía y la unidad familiar.

En un caso con importante similitud fáctica, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia realizó algunos aportes en relación con estos presupuestos de la responsabilidad penal, conforme a la teoría del delito. En ese evento, el padre le propinó una palmada a su hija que lo estaba increpando con palabras soeces; allí, la alta Corporación planteó que no es posible acudir a parámetros objetivos para determinar cuándo un acto violento al interior del núcleo familiar reviste significancia para el derecho penal, por cuanto son conductas con alta carga valorativa. Explicó:

“...la facticidad -el mero resultado o la expresión objetiva de la conducta— es un elemento para apreciar la magnitud del injusto, y que el delito de violencia intrafamiliar se estructura a partir no solo de ese dato fenomenológico, sino de cómo se entienda la lesión o peligro efectivo contra el bien jurídico como relación social protegida por la norma penal, que es en últimas lo que permite dimensionar la antijuridicidad del comportamiento o su insignificancia...”³³.

Sin embargo, consideró que en ese tipo de conductas, se deben explorar opciones dogmáticas entre las cuales se incluye la

³³ Sentencia del 29 de abril de 2020, radicado 50.899.

valoración del comportamiento desde la perspectiva de las causas de ausencia de responsabilidad, pues sería un escenario propicio para examinar la relevancia jurídico penal de la conducta. Por ende, realizó la siguiente acotación:

“Desde esta perspectiva, véase que el numeral 10 del artículo 32 del Código Penal, señala que se excluye la responsabilidad cuando:

“se obra con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa.”

La teoría dominante, tratándose del error mencionado, prevé, a la manera de la teoría de los elementos negativos del tipo, que si alguien obra con la creencia de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluye la responsabilidad, sus efectos se equiparan al error de tipo, es decir, como si obrara bajo la convicción errada de que no concurre en su hacer un hecho constitutivo de la descripción típica, evento en el cual si es invencible es impune, como también si la ley no lo ha previsto como culposo en caso de ser vencible.⁴

Tal conclusión se deriva del hecho de que el autor cree obrar justificadamente: en el sentido del derecho positivo existente, dice Jescheck, quien como ejemplo señala el caso del padre que interpreta equivocadamente una falta del hijo objeto de corrección.⁵

Pues bien:

⁴ Acerca de la solución dogmática frente al error sobre las causas de justificación, la solución dogmática varía según la teoría del delito que se adopte. En principio, según **la teoría del dolo**, conforme a la cual el conocimiento de la antijuridicidad forma parte integral del dolo, los problemas de error de tipo y de prohibición se resuelven unitariamente: en ambos casos se excluye la culpabilidad. La teoría de los elementos negativos del tipo, por su parte, concibe las causas de justificación como componentes negativos del tipo, y por lo tanto aplican al error sobre el tipo permisivo las mismas consecuencias del error de tipo. En tercer lugar, la teoría estricta de la culpabilidad, a partir de distinguir entre el dolo neutro o avalorado que forma parte del tipo, considera que los errores de prohibición, en caso de ser invencible excluye el reproche, y sin son vencibles atenúan la pena. Finalmente, la teoría limitada de la culpabilidad, sostiene una postura similar a la teoría de los elementos negativos del tipo: a los errores sobre los presupuestos de una causa de justificación se solucionan a la manera de un error de tipo. Acerca de estos temas, Cfr. SP del 13 de julio de 2005, Rad. 20929, y SP del 19 de mayo de 2008,

⁵ Jescheck Hans Heinrich, Weigend Thomas, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Ed. Comares, Granada, 2002, Página 499.

Fácticamente, la conducta, por haberse suscitado en el entorno familiar, se sitúa en el artículo 229 del Código Penal, bajo la consideración de que este tipo penal describe como delito el maltrato físico o psicológico a cualquier miembro del núcleo familiar.

(...)

En la demanda se alegó que el acusado obró en el margen del derecho de corrección, y la Procuradora y la Fiscal delegadas ante la Corte, si bien no participan de ese criterio, están de acuerdo en que la sentencia se debe casar, bien sea por ausencia de tipicidad subjetiva o ya por la insignificancia de la agresión.

(...)

En el proceso está acreditado el comportamiento altamente ofensivo y las desmedidas agresiones de las hijas: “Estaba furioso porque como no había dormido toda la noche se molestó con la música, apagó el equipo... yo le dije que respetara que era un hijueputa,” expuso Tatiana Cano en su testimonio. Ese fue un momento crucial del conflicto. Lo demás vino por añadidura. La palmada del padre en la espalda de L es un acto simétrico a la ofensa, realizado bajo la creencia errada e invencible, en la situación particular y concreta, de que le estaba autorizado obrar de acuerdo con esa situación: porque cree que está justificado. Esa es la manifestación del error.

Si se recuerda, la agresión no la inició (...). Aparte de que L había perdido por tercera vez el año - un antecedente importante para subrayar que no fue el acusado quien dio pie al conflicto -, se debe destacar que fue Tatiana, ante la solicitud airada de que le bajara el volumen a la música, quien recriminó a su padre diciéndole que era un “hijueputa”, una ofensa que (...) enfrentó lanzándole un pequeño artefacto sin causarle daño y esta a su vez otro objeto similar.

Fue en este momento cuando intervino L, agrediendo al padre en apoyo de su hermana, recibiendo como réplica una palmada en la espalda.

Como se puede observar se trata de un acto episódico en el que el acusado, de quien su propia hija y su ex esposa describieron como un buen padre, no fue el inicial ofensor ni quien inició los actos disvaliosos, sino el que recibió y soportó las agresiones.

De manera que es perfectamente explicable que haya actuado en esas circunstancias con la creencia errada de que el derecho de corrección lo autorizaba a reaccionar de esa manera e incluso de que la agresión de la que fue objeto lo facultaba a actuar para repeler la agresión de sus hijas.

Eso explica que desde la perspectiva del numeral 10 del artículo 32 del Código Penal, la conducta se considere valorativamente atípica”⁶.

En el proceso que ocupa nuestra atención sea lo primero señalar que, aunque el padre y el hijo para la época de los hechos hacía 12 años que no convivían bajo el mismo techo, la jurisprudencia ha determinado en razón al parentesco, que el “núcleo familiar” se mantiene mientras el descendiente sea menor de edad.

“En efecto, no hay duda que los menores, mientras no se emancipen, tienen la condición de hijos de familia... En síntesis, lo que el tipo penal protege no es la familia en abstracto como institución básica de la sociedad, sino la coexistencia pacífica de un proyecto colectivo que supone el respeto por la autonomía ética de sus integrantes. En ese sentido, fáctica y normativamente ese propósito concluye entre parejas separadas, pero se mantiene respecto a los hijos, frente a quienes la contingencia de la vida en común no es una condición de la tipicidad por la intemporalidad que supone el vínculo entre padres e hijos.”⁷

Ahora bien, el procesado confesó su conducta en la audiencia de juicio oral una vez renunció a su derecho de guardar silencio. Su versión se dirigió a reconocer la agresión física hacia su descendiente de 14 años, pero como una respuesta ocasional, debida al comportamiento agresivo y reiterado de aquél, motivado por las necesidades económicas. Dijo, sucedió por la forma irrespetuosa como su hijo reaccionó porque no le dio los dos mil pesos que le solicitaba, pese a que ese mismo día, le había acabado de entregar a su hermana la cuota semanal de alimentos,

⁶ Ibidem.

⁷ Corte Suprema, SP8084-2017

“gritándole muy feo, irrespetándolo, diciéndole cosas que no iban al caso, enrostrándole haber sido despedido de su trabajo inmediatamente anterior, para luego amenazarlo con decirle a la mamá que le removieran la demanda o la denuncia por alimentos para que lo metieran a la cárcel, además de señalarle que él no se iba a quedar menor de edad toda la vida”. Ante tal situación, optó entonces por el castigo.

Dichas circunstancias, independientemente del maltrato verbal al que hizo alusión la Fiscalía, aspecto del cual más adelante nos ocuparemos, no tienen contradicción. Los testigos presenciales reconocidos por el mismo ofendido como son Claudia Milena Gallego Cifuentes, citada también por la fiscalía como testigo de cargo y su hijo Esteban Becerra Gallego, lo corroboran. La primera, señaló que el procesado le contestó a Juan David, “Papi no tengo, mire que antes, les estoy dando la plata de la comida. Juan David le dijo, entonces quien le va a dar a mi mamá los 20.000 de yo no se qué y comenzó a gritarle muy feo, empezó a decirle que él para que se hacía echar de los trabajos y que le iba a decir a la mamá que le removiera la demanda. Fernando le dijo hágame el favor y me respeta que yo como su padre merezco respeto. Pero comenzó a decirle que sí, que él iba a remover la demanda y que él no se iba a quedar pequeño”. El segundo deponente, explicó que el acusado “en ese momento estaba sin trabajo, no cogía plata todos los días como cuando trabajaba en el camión. Juan David alzó la voz, comenzó a gritar, lo amenazó...”. Por su parte la misma víctima indicó: *Yo le dije pa, necesito 2000 pesos para el colegio y él me dijo que ustedes creen que yo cago plata, que ahí les acabo de mandarles los 60.000 pesos ¿qué será que de ahí no puedes sacar los 2.000? sí, divinamente puede sacar los 2.000 de ahí. Entonces le dije, recuerde que usted hace 2 semanas*

no nos manda nada y también recuerde de unos tenis que usted le dijo a mi mamá de sacarlos para Vanessa y eso también es responsabilidad, porque usted le dijo a mi mamá que los sacara, entonces él me dijo es que yo no tengo plata, es que ustedes lo que quieren es que yo vaya y robe un banco o que yo no sé qué. Entonces yo le digo, no pá, deje así, pero recuerde la demanda que usted tiene por alimentación y yo no voy a seguir peleando con usted por eso, pero yo le voy a decir a mi mamá que le renovemos la demanda.”. Su dicho, coincide con los testigos, de forma que merecen credibilidad, porque es lógico que la calma se perdió primero por el adolescente ante su frustración, de manera que lo más seguro es que no le habló con la tranquilidad que luego lo narra, sino como todos los demás presentes lo aseveran, minimizándolo por su estado actual de tener que buscar otro trabajo hasta llegar a la amenaza. Si se trata de la única vez que el padre recurrió así sea indebidamente al castigo físico de su hijo, solicitándole respeto, es porque éste lo requirió en alta voz, con enojo.

Así el acusado no reproduzca gramaticalmente el numeral 10° del artículo 32 en su segunda modalidad, la judicatura está obligada a revisar el aspecto cognoscitivo del dolo, en tanto haya obrado con la convicción errada e invencible de la licitud de su conducta al estar justificado por el derecho de corrección contemplado en el artículo 262 del Código Civil, que en la actualidad señala: *“los padres o la persona encargada del cuidado personal de los hijos, tendrán la facultad de vigilar su conducta, corregirlos y sancionarlos moderadamente”.*

Luis Fernando Cárdenas Serna, a eso se refirió en su declaración: (i) a su condición de padre que estaba cumpliendo con su obligación alimentaria para la fecha de los hechos; (ii) a la actitud de su hijo de 14 años (casi 15) consistente en las manifestaciones verbales exacerbadas antes citadas, siendo un

comportamiento injusto y progresivo de su descendiente, y (iii) a su reacción de propinarle tres correazos en las piernas, a modo de sanción, que implica la búsqueda de -no repetición-.

En ese contexto, el acusado percibió retadora e irrespetuosa la respuesta de su hijo Juan David Cárdenas Agrado y consideró el ejercicio de su derecho a reprimirlo, pero al hacerlo con el castigo físico, trasegó sin duda, objetivamente, por la descripción típica, consagrada en el artículo 229 del Código Penal.

Pero bajo tal perspectiva, el propósito del acusado era reconvenir al hijo desafiante, estando convencido de la licitud de su conducta, de lo contrario y en forma ilógica su confesión sería simple, cuando está demostrado que nunca estuvo dispuesto a aceptar el cargo en las diferentes oportunidades procesales que tuvo, acto por el que habría recibido una rebaja de la pena. Justifica su comportamiento en la actitud y comunicación irrespetuosa de su descendiente, según su concepción. Esa convicción, en principio constituye un “error de prohibición” en tanto tiene relación con considerar la licitud de la conducta al creerla justificada legalmente; no obstante, el legislador colombiano en aplicación de la teoría limitada de la culpabilidad lo ubicó como otra modalidad del error de tipo, el cual elimina el elemento cognoscitivo del dolo definido por el artículo 22 del código penal al establecer: “La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización.” El yerro del autor recae sobre los elementos objetivos de la causal de justificación; para el caso, el derecho como padre a sancionar a su descendiente por apartarse del trato respetuoso, valor subjetivo dentro de las reglas de la experiencia, pero que, en todo caso, dentro de la generalización de las normas

culturales, es sabido que los hijos no deben alzarles la voz a los padres para expresar amenazas de riesgo a su libertad.

Por tanto, resulta creíble la convicción con la que actuó Luis Fernando Cárdenas Serna acerca de que su acción estaba amparada por el derecho que le asiste de enderezar el comportamiento irrespetuoso de su hijo. Así, concretamente, estaríamos frente a una acción cometida bajo el error de obrar en -legítimo ejercicio de un derecho- que tiene por disposición legal, efectos negativos en su conocimiento de los elementos fácticos constitutivos de la tipicidad de su conducta, es decir en el primer requisito del dolo.

Lo anterior, igualmente es posible inferirlo de las circunstancias en que ocurrieron los hechos. Se trató de una situación episódica; así lo dice el procesado y los integrantes de su núcleo familiar, quienes concuerdan en que nunca se había presentado un maltrato de índole físico por parte del acusado, como también lo reconoce la víctima. Esto, refuerza la tesis de que su acción se originó en un comportamiento que apreció como grave hacia su dignidad como padre, con la intención de fustigar la insolencia e irrespeto de su descendiente, y evitar que volviera a ocurrir. Los correazos los dirigió a las extremidades inferiores de acuerdo con la pericia médica, que registró tres equimosis en los muslos, cara anterior; lateral; y tercio distal; de modo que se presenta probable su intención de reprender, en tanto dirigió el reprochable escarmiento a una específica zona corporal de la cual se infiere, pensó en el menor compromiso a la salud del adolescente.

Dicha convicción (errada) es confiable, desde la revisión de sus condiciones personales. Se trata de una persona mayor de 54 años, que pertenece a una generación en la cual, en esta sociedad en mayor o menor grado, se causaba dolor físico a los hijos con el fin de reconvénirlos; con poco nivel de educación (séptimo año) cuyo oficio es conducir camiones, lo que implica un entorno difícil para superarla. Por eso, es probable que desde su propia experiencia haya considerado legítimo el castigo físico para sancionar a su hijo adolescente con el fin de que cesara en la que percibió como una agresión injusta hacia él, en su condición de padre, porque además ese día en particular pese a sus difíciles condiciones laborales del momento, había entregado a la hermana del ofendido, su otra hija, la cuota alimentaria.

La invencibilidad o por el contrario la capacidad para superar el error, solo permite sancionar la conducta si está prevista bajo la modalidad culposa y el delito de violencia intrafamiliar está descrito en el artículo 229 del Código Penal únicamente en forma dolosa. Esa finalidad la tuvo el legislador al ubicar este especial error sobre la licitud de la conducta en el error de tipo, porque de lo contrario, ante el conocimiento potencial de la antijuridicidad exigido en la causal excluyente de la responsabilidad prevista en el numeral 11 del artículo 32, el error vencible da lugar a la aplicación de la pena, rebajada en la mitad. Tal diferencia, en términos de justicia material causa una inequidad con el tratamiento punitivo del error de tipo ante la similitud del error de las -condiciones fácticas- que llevan al autor a considerar que se encuentra amparado por una causal de justificación, tal como ocurre cuando estima íntimamente que, en su conducta, no concurre un hecho constitutivo de la descripción típica. De alguna manera, en ambas, el error recae sobre

circunstancias fácticas de la conducta. Para el caso, la equivocación del procesado de optar por el -castigo físico- en aras de corregir a su descendiente.

5.4.2.- De la violencia verbal

En este punto del estudio, debemos recalcar **que la imputación fáctica realizada por la Fiscalía se fundamenta en un solo episodio de agresión verbal ocurrido el 3 de septiembre de 2018**. En la acusación se menciona que en épocas anteriores también se presentaron agresiones verbales, pero se omitió su descripción, tampoco se señalaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar; luego respecto de aquellas otras, no pasó de ser una sindicación abstracta sin entidad para constituir un hecho con relevancia jurídica.

Respecto de las palabras “groseras” usadas ese día por el procesado, fueron concretadas en la acusación en los términos de *“maricón de mierda aquí tengo los 60.000 de esta semana”* y *“si creíamos que él cagaba plata”*. El acusado acepta únicamente la autoría del castigo físico. Juan David Cárdenas en el juicio oral, omitió esa primera manifestación de su padre al relatar los hechos y seguro no proviene del mero olvido, pues además los 60.000 pesos según el acusado, ya le habían sido entregados a su hermana, tal como aquél también lo acepta en dicha declaración.

De la prueba de cargo practicada en el juicio, queda únicamente la expresión de “maricón” como manifestación ofensiva de alguna entidad para pensar en la figura delictiva, pero según la víctima la usó su padre cuando creyó que él le iba a responder físicamente a la agresión, distinto a lo comunicado en

la imputación y en la acusación. Sumado a esta divergencia está la negativa de los testigos presenciales, quienes manifiestan que el padre simplemente lo requirió para que lo respetara y en ocasiones anteriores incluso prefería colgarle cuando su hijo usaba frases como “*que maricada, usted a toda hora haciéndose el bobo con la plata*”, según Esteban Becerra.

En tales condiciones, el maltrato verbal carece del estándar probatorio para asegurar más allá de toda duda su existencia por cuanto distinto al castigo físico, se desvirtúa tanto por los testimonios de defensa, que bien pueden tener un interés en favorecer al acusado como también con el testigo de cargo, pues recuérdese que la fiscalía, fundó su acusación en el dicho de la denunciante quien no estuvo en el lugar de los hechos y por la animadversión y el dolor de ver el castigo propinado a su hijo, bien pudo adicionarle este tipo de expresiones al acusado.

5.4.3.- Conclusión respecto del tipo subjetivo

En esa realidad probatoria, la Fiscalía no pudo probar con certeza racional, el elemento cognoscitivo del dolo, porque de acuerdo con las pruebas practicadas en el juicio oral, existe alto grado de probabilidad de que el procesado estuviere asistido por la causal excluyente de responsabilidad penal como es el error de tipo en la particularidad tratada y por ende, el análisis no supera el estadio del primer presupuesto de la teoría del delito, por ausencia del tipo subjetivo. En reconocimiento por lo menos de la duda, el tribunal procederá absolver al acusado en lugar de avalar la condena, recordando el apotegma señalado en la jurisprudencia de nuestro superior funcional:

“... se impone la aplicación del apotegma in dubio pro reo (artículo 29 Constitución Política y 7º de la Ley 906 de 2004), ya que como lo tiene decantado de manera inveterada la Sala de Casación Penal, ante falta de certeza probatoria en el momento de proferir sentencia debe activarse la señalada garantía para prevenir el inaceptable riesgo de condenar a un inocente, extremo de la disyuntiva falladora más grave que el de absolver a un eventual responsable, pues, la justicia es humana y, por lo mismo, falible, de ahí que el acto soberano y trascendente de emitir sentencia de condena tiene que estar anclado firmemente en prueba de irrefutable solidez; cuando ello no ocurre, se impone en nombre de esa misma justicia, decisión absolutoria.”⁸

5.4.4.- De la antijuridicidad material.

Pasemos ahora al estudio de la antijuridicidad material, enmarcada en la expresión del artículo 11 del Código Penal, que al consagra: *“Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal”*.

Conforme al Título V de la Ley 294 de 1.996, el interés protegido por la ley con el delito en comento, son la armonía y la unidad familiar. En el debate, quedó evidenciado que la víctima pertenece materialmente a un núcleo familiar distinto al del procesado; este concepto congrega valores que surgen de la convivencia permanente, cuya cotidianidad trae afectos, unión y elementos comunes al proyecto de vida de quienes la integran, distinto al solo vínculo parental. El del sujeto pasivo, está compuesto por su madre, su padrastro y su hermana. El del

⁸ Sentencia del 28 de mayo de 2014, radicado SP6700-2014, 40.105 M.P. Eugenio Fernández Carlier

procesado, por su compañera permanente y por su hijastro, con quienes convivía por más de 7 años para la fecha de los hechos.

Dada la configuración del tipo objetivo por la relación consanguínea entre el procesado y el sujeto pasivo menor de edad tal como se ilustró con la jurisprudencia, se evidencia la antijuridicidad formal, que es la simple oposición entre lo realizado y el mandato contenido en la prohibición. No obstante, para completar el estudio de este segundo requisito del delito, importa la real o potencial afectación de la “armonía y la unidad familiar”. En este asunto, está demostrado que la relación afectiva entre ambos parientes era nula para el momento de los hechos, o nunca existió por varios factores: la separación de los padres hacía 10 años y la nueva unión del procesado; la mala relación entre ellos (los padres) y la supuesta influencia de la progenitora en el desamor de los hijos; la falta de puntualidad del padre para cumplir con sus obligaciones alimentarias y la insuficiente cuota mensual; la ausencia de expresiones afectivas de ambos extremos parentales.

En este acápite es importante señalar que la afectación emocional del menor, según la explicación de la profesional en psicología de la Comisaría de Familia y tal como lo constata su progenitora, proviene, principalmente, de la ausencia de afecto por parte de su padre, en razón al abandono del primer hogar desde hace 12 años aproximadamente. El hecho ocurrido el 3 de septiembre de 2018 pudo agudizar ese menoscabo anímico, pero no corresponde al suceso que lo originó.

Lo demostrado, sí, en todo caso, conduce a concluir que la unión y la armonía familiar era irreal para el momento de los

hechos por lo que la conducta del procesado era inocua para menoscabar o poner en efectivo peligro ese bien jurídico ante la previa disgregación del núcleo familiar y el desapego entre el padre y su descendiente. Esto, para significar que, en el plano de la antijuridicidad material, es desatinado pregonar una trasgresión al interés protegido por el artículo 229 del Código Penal, en tanto es imposible lesionar o poner en peligro lo que no existe.

Finalmente, con salvaguarda del principio de congruencia y de acuerdo a las posibilidades legales de variar la calificación jurídica la condena procedería por **lesiones personales agravadas**, pues de acuerdo con la incapacidad que no pasa de 30 días, la acción se adecua en el artículo 112 del código penal y conforme al artículo 119 en el numeral 1 del artículo 104 ejusdem, al haberse ejecutado contra un descendiente. Sin embargo, conforme a la pena máxima prevista en la ley, como son 36 meses aumentada en la mitad por la agravante, que son 18 meses, daría un total de 54 meses de prisión, es decir 4 años, 6 meses. Como la formulación de imputación ocurrió el 21 de noviembre de 2018, la acción penal por ese delito está prescrita desde el 21 de noviembre de 2021, según el plazo previsto en el artículo 292 de la Ley 906 de 2004.

Corolario de todo lo anterior, es la revocatoria del fallo condenatorio. En consecuencia, se ordenará la libertad inmediata del acusado, siempre y cuando no sea requerido por otra autoridad judicial.

En consecuencia, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUGA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

Revocar la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Penal Municipal con funciones de conocimiento de Cartago, Valle, el 16 de junio de 2022, para en su lugar **absolver** a LUIS FERNANDO CÁRDENAS SERNA del cargo de Violencia intrafamiliar agravada, de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

En consecuencia, **se ordena su libertad inmediata** siempre que no sea requerido por otra autoridad judicial.

Contra esta sentencia de segunda instancia procede el recurso extraordinario de casación. Podrá formularse dentro de los cinco (5) días siguientes a la última notificación y deberá sustentarse en un término común de treinta (30) días, de conformidad con lo previsto en el artículo 183 de la Ley 906 de 2004.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los Magistrados

MARTHA LILIANA BERTÍN GALLEGO
76-147-60-00-171-2018-00997-01



JAIME HUMBERTO MORENO ACERO
76-147-60-00-171-2018-00997-01



ÁLVARO AUGUSTO NAVIA MANQUILLO
76-147-60-00-171-2018-00997-01