

Doctor:

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

H. Mg. Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal–
Bogotá Distrito Capital

Ref: NUI 11001-60-00-013-2015-08691-01

Casación: 57.009

Acusado: EDÍLBAR HENRY ZAPATA PATARROYO

Sustentación Recurso de Casación

JOSÉ RICARDO BURGOS SALAS, abogado en ejercicio, identificado como aparece al pie de mi firma, actuando como defensor del señor **EDÍLBAR HENRY ZAPATA PATARROYO**, respetuosamente me dirijo a su Despacho con el fin de sustentar *-dentro del término establecido en el Acuerdo 020 de 29 de abril del año en curso-*, la demanda de casación presentada por la defensa técnica y que fuera admitida mediante auto de 19 de febrero de 2020.

Creo necesario comenzar por advertir que, como se ha dicho en otros escenarios, los cargos de casación se sustentan así mismos en virtud de los principios de razón suficiente y de autonomía, y una vez admitidos, procede el fallo de fondo por parte de la H. Corporación donde se dé respuesta a las censuras que fueron planteadas en el libelo casacional. Esto indica que la audiencia de sustentación de que trata el Art. 183.3 tuvo por motivo el dar oportunidad a los no recurrentes para ejercer su derecho de contradicción dentro de los límites de los cargos que superaron la calificación formal, y al recurrente para que los ratifique o complemente, sin que sea posible adicionar nuevas censuras.

Por lo tanto, según lo ordena el H. Magistrado ponente, esta intervención se limita temáticamente al cargo admitido de la demanda, para lo cual procedo capitularmente así:

CAPÍTULO I

OBJETO DEL RECURSO

El objeto del recurso extraordinario de casación **es la sentencia de segunda instancia** proferida por el H. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, confirmatoria, con modificaciones, de la de primer grado emitida por el Juzgado Séptimo Penal Municipal de

1

Conocimiento de esta misma capital, según la cual se condenó a mi representado a la pena de setenta y dos (72) meses de prisión y la accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término, al hallarlo penalmente responsable en calidad de autor de la conducta de violencia intrafamiliar agravada, de que trata el artículo 229.2 del Código Penal

En la demanda se presentaron dos (2) cargos: el primero, al amparo de la causal segunda, por violación del principio de congruencia, pues en su alegato final de juicio oral, el delegado Fiscal solicitó la absolución del acusado, lo cual debió traer consigo la imperativa aplicación del artículo 448 del C.P.P.. No obstante, la Juez de Conocimiento, lo condenó por el delito de violencia intrafamiliar. Lo anterior no solo desconoció la consonancia que debe existir entre acusación y fallo, sino además la igualdad de armas y la garantía de un funcionario imparcial, así como el principio acusatorio, tal como se expuso en los salvamentos de voto de la sentencia radicada bajo el número 43.837 de 25 de mayo de 2016.

El segundo cargo, por vía de la causal tercera de casación, denuncia que el Tribunal incurrió en errores consistentes en falsos raciocinios *-por desconocimiento de las máximas de la experiencia-* en la valoración del testimonio rendido por Adriana Marina Cortés Rocha, denunciante y víctima reconocida, que conllevaron la aplicación indebida del artículo 229 inciso 2º. del Código Penal, al dar por demostrado el agravante específico para el delito de violencia intrafamiliar ***-cuando la conducta recaiga sobre una mujer-***, el cual había sido desechado con toda propiedad por el Juez de Conocimiento.

CAPÍTULO II
CARGO SEGUNDO (Subsidiario)
CAUSAL TERCERA DE CASACIÓN
Violación Indirecta de la Ley Sustancial

En lo que respecta al segundo cargo, que se propone de manera subsidiaria, es evidente el error *in iudicando* en que incurrió el Juez Colegiado al dar por demostrado el agravante de que trata el artículo 229.2 del Código Penal, razón por la cual se alega la aplicación indebida de esta norma de derecho sustancial.

Como bien se afirma en la demanda, el error de hecho derivado del falso raciocinio es una falencia de valoración probatoria donde los yerros en que incurre el fallador no recaen sobre la existencia material de la prueba ni sobre su contenido, lo cual hace la diferencia con los errores de hecho por falsos juicio de existencia y de identidad, sino sobre la valoración crítica del medio probatorio, lo cual torna trascendencia cuando es el fundamento de una circunstancia que aumentó injustamente la sanción en la mitad de la pena, es decir, la pena que eventualmente sería de cuatro (4) años¹, se transformó en seis (6) años, o lo que es lo mismo en setenta y dos (72) meses de prisión.

Fácil resulta demostrar el error denunciado, pues es evidente que el H. Tribunal acudió a un criterio eminentemente objetivo para concluir que se había acreditado el agravante de marras:

*“8. En contravención de la jurisprudencia aplicable a este tipo de casos, la juez de primera instancia erró al considerar que no se acreditó la causal de agravación establecida para la violencia intrafamiliar, **pues basta que recaiga sobre uno de los sujetos que se consideran vulnerables en el ámbito doméstico, como las mujeres, que por esa sola circunstancia ostentan una protección reforzada por parte del legislador**, como la considerado la Sala de Casación Penal:...*

(...)

En razón de lo anterior, tal como lo deprecó el ministerio público, sí es aplicable la circunstancia de agravación punitiva establecida para el ilícito objeto de juzgamiento –inciso 2º del artículo 229 del Código Penal-, por lo que, conforme a las reglas contenidas en los artículos 59 a 61 del estatuto sustancial, y en respeto de las proporciones consideradas por la primera instancia, la pena definitiva a imponer será la mínima, 72 meses de prisión” (resaltado fuera de texto)

La acusación jurídica se hizo con ese agravante, porque Adriana Marina Cortés Rocha es una mujer, simplemente por eso. El Juez de instancia reconoció que no se puede aplicar ese agravante al no demostrarse ningún comportamiento motivado por concepción de

¹ Atendiendo a los criterios señalados por el juzgador en el proceso de individualización de la sanción penal

género, entendida, por supuesto, como un hecho discriminatorio y de cosificación de la mujer, por su género. El Tribunal, incurrió en error al reconocer que existe el agravante pero con un argumento sin desarrollo alguno y por la simple objetividad ya señalada.

Ahora bien, la aplicación indebida del agravante “**cuando la conducta recaiga sobre una mujer**”, deviene de la equivocada valoración probatoria del testimonio principal de cargo, razón por la cual se activa la vía de la violación indirecta de la norma sustancial. Por ello afirmamos que el dicho de la testigo Adriana Marina Cortés Rocha fue apreciada por fuera de las reglas de la sana crítica, especialmente las reglas del sentido común, pues no se explica cómo recordó con toda conveniencia en el juicio que **el problema se produjo por negarse a sostener relaciones sexuales con su esposo**, cuando en sus declaraciones anteriores, perfectamente utilizadas por la defensa para impugnar su credibilidad, jamás hizo mención alguna de ello.

Una circunstancia tan grave como la citada hubiera sido mencionada desde el primer momento por cualquier persona perteneciente a su mismo sector de tráfico jurídico y no se hizo, sin que sus explicaciones para justificar el olvido en todas sus declaraciones previas sean plausibles. Dicho de otra manera, su testimonio no es digno de credibilidad en este específico aspecto.

Independientemente de que el Colegiado haya decidido aplicar la norma sustantiva que agrava la sanción penal para el delito investigado, acudiendo a un simple criterio objetivo, se hizo el esfuerzo para demostrar que la única manera de aplicarla es vulnerando los criterios de sana crítica, pues la credibilidad del testigo principal de cargo fue, reitero, debidamente impugnada por la defensa.

Entonces el problema jurídico se contrae a establecer si el argumento dado por el H. Tribunal es suficiente para predicar la existencia del agravante tantas veces mencionado, o si por el contrario la sola objetividad que corresponde al hecho cierto de que la denunciante es una “mujer”, sin haber sido demostrada la violencia de género, debe ser desechado como fundamento de esa circunstancia de agravación punitiva.

La respuesta no puede ser distinta: El agravante de marras no fue demostrado con la prueba practicada en juicio y además el H

Tribunal desconoció que para su inclusión en la fórmula punitiva **necesariamente debió establecerse la llamada violencia de género.**

Por lo anterior, consideramos que el argumento planteado en el cargo de casación admitido por la H. Sala debe prosperar, pues es indiscutible que frente a la declaración de la señora Adriana Marina Cortés Rocha, llena de contradicciones en lo relacionado con la supuesta obligación a sostener relaciones sexuales, no corroborada por ningún otro medio de prueba, y que entra en discrepancia con sus declaraciones anteriores, fácil es concluir que tenía razón la fiscalía y el juez de primer nivel cuando advirtieron que no se podía llegar al conocimiento más allá de duda razonable de que este episodio haya sido provocado por el desdén, machismo o actos de dominación por parte de EDÍLBAR HENRY ZAPATA PATARROYO, y por lo tanto jurídicamente no podía aplicarse el agravante de marras.

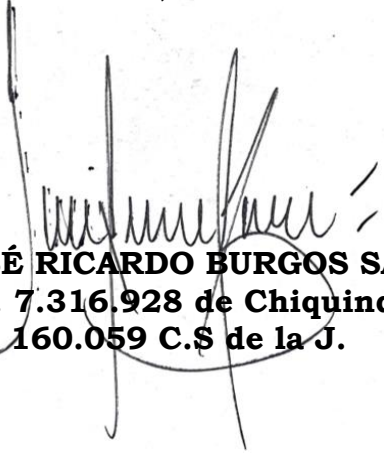
Conforme a lo planteado, surge nítido que los hechos que constan en la noticia criminal **NO fueron producto de violencia de género**, incluso **ni en la imputación ni en el escrito de acusación aparece esto detallado como hecho jurídicamente relevante**, que permita inferir que este episodio haya sido ocasionado por una condición de dominio de mi representado sobre su cónyuge, ni mucho menos por acciones de machismo o que este servidor de la fuerza pública tuviera algo en contra del género femenino, razón por la cual reitera la defensa que ese conocimiento exigido por la norma adjetiva para determinar el agravante en mención no se superó en este caso.

Concluimos entonces que el error de la Colegiatura Superior consistió en que, aparte de **sustentar la circunstancia de agravación con un criterio objetivo desechado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia**, no se detuvo en aplicar las reglas de la experiencia a la valoración del testimonio principal de cargo, pues de haberlo hecho fácil hubiera determinado que al incluir en su declaración en juicio una circunstancia novedosa *-jamás mencionada con anterioridad pese a ser tan grave y de haber sido impugnada su credibilidad-*, en el peor de los casos se generaba duda de que ello en verdad hubiera ocurrido.

Por lo dicho, reitero la petición de que se **case parcialmente la sentencia** y se dicte el correspondiente fallo de reemplazo donde se

elimine la causal de agravación para el delito de violencia intrafamiliar y consecuentemente se adecúe la sanción penal correspondiente.

Cordialmente,


JOSÉ RICARDO BURGOS SALAS
C.C. 7.316.928 de Chiquinquirá
T.P. 160.059 C.\$ de la J.