

Honorables Magistrados
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
Sala de Casación Penal
E. S. D.

Referencia: Proceso No. Radicado 110016000106201502458 01
Radicado 58584
SUSTENTACIÓN RECURSO DE CASACIÓN

Honorables Magistrados:

CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO, ciudadano en ejercicio, abogado titulado, identificado con C.C.79.158.319 y T.P. No. 45.161 del CSJ, por medio del presente escrito, como defensor de confianza del señor **ALEX GUIOVANNI HERNANDEZ LEÓN**, presento escrito de sustentación de la demanda de casación presentada dentro del radicado de la referencia, acorde con lo ordenado en auto de fecha 4 de agosto de 2021 con ponencia de la H Magistrado Eugenio Fernández Carlier, a través del cual se admitieron los cargos primero y tercero de la demanda de casación.

ARGUMENTOS DE SUSTENTACIÓN

CARGO PRIMERO

Este fue construido al amparo de la causal segunda de casación establecida en el artículo 181 numeral 1 de la Ley 906 de 2004, teniendo en cuenta que al haberse realizado una variación de la calificación jurídica de la conducta que hizo mucho más grave la situación de Alex Giovanni Hernández León, lo que implica una violación del artículo 29 de la Constitución Política de Colombia que establece que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, así como el artículo 457 de Ley 906 de 2004, que establece como causal de nulidad la violación del derecho de defensa o el debido proceso en aspectos sustanciales.

Las razones radican en que el Tribunal Superior de Bogotá, condenó a mi prohijado como autor de un delito de lesiones personales agravadas con una perturbación psíquica en concurso homogéneo y sucesivo.

Ello a pesar de que la Fiscalía General de la Nación radicó escrito de acusación y acusó por un delito de Violencia Intrafamiliar Agravada y al momento de presentar su teoría del caso, al inicio del juicio oral decidió realizar una variación de la calificación por un delito de Lesiones Personales agravadas con perturbación psíquica en concurso homogéneo y sucesivo, sin que hubiese existido oposición de la defensa, la cual se limitó a señalar que en el Juicio Oral demostraría que el señor Alex Giovanni Hernández no era penalmente responsable.

Concretamente la fiscalía al realizar la presentación de su teoría del caso en su alegación inicial, en punto al tópico que aquí se analiza al inicio del mismo afirmó:

“Señora juez, la fiscalía general de la nación en la mañana de hoy, en el día de hoy tiene una carga, esa carga el artículo 381 del código de procedimiento penal no es otra que llevarla a usted al convencimiento más allá de toda duda razonable acerca de la existencia de un delito y como no, de la responsabilidad.
(13:41)

En ese sentido, contra el señor **ALEX GIOVANNY HERNANDEZ LEON** por unos hechos que van a ser objeto de esclarecimiento el día de hoy, fue llamado a que respondiera ante la administración de justicia.

Se realizó imputación como autor responsable del delito de violencia intrafamiliar agravada al recaer la conducta sobre el sujeto pasivo, una mujer. Lo propio se hizo en la formulación de acusación y en el escrito mismo, con las correcciones pertinentes, en el cual se le enrostró ser el autor responsable del delito de violencia intrafamiliar agravada en calidad de autor en la modalidad dolosa en concurso, su señoría, homogéneo; en concurso homogéneo y sucesivo.

No obstante, lo anterior su señoría, el fundamento legal para llevar a feliz término la actuación sufrió una modificación por parte de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y esto con toda la lealtad procesal lo hace la fiscalía y sostuvo la Sala de Casación penal de la Corte en pronunciamiento del siete de junio del 2017 que el maltrato a la ex pareja por quien ya no convive con ella, no constituye el delito de violencia intrafamiliar agravada sino el de lesiones personales dolosas eventualmente agravadas.

Debe entenderse que, de acuerdo con esa directriz de orden jurisprudencial, al constatar los Elementos Materiales Probatorios, Evidencia Física e información legalmente obtenida en este caso, si se quiere. En esta presentación de la teoría

del caso, la Fiscalía, su señoría, le solicitará a usted finalizada la audiencia de juicio oral y como no, desde ya, **que se hará una variación de la calificación jurídica inicialmente enrostrada como quiera que la Fiscalía tiene hasta el momento de los alegatos de clausura para efectuar esa variación sin que con ello comporte menoscabo**, su señoría, afectaciones al derecho de defensa o al debido proceso porque en todo caso, nótese que como lo ha indicado la Corte, **es un delito de menor entidad.**

Por ello la Fiscalía en esta presentación de la teoría del caso, su señoría, varía esa calificación de la calificación jurídica inicialmente enrostrada a ALEX GIOVANNY HERNANDEZ LEON y este juicio se concentrará entonces en demostrarle a usted que él es autor responsable de un delito – claro, como no – pero que el delito es el de lesiones personales dolosas agravadas en concurso homogéneo y sucesivo, que encuentran su asidero jurídico en los artículos 11, 112, sus señoría, del Código Penal - permítame un segundo señora juez - que señala “que el que cause a otro daño en su cuerpo o en la salud, incurrirá en la sanción establecida en los artículos siguientes”

Su señoría, nombre el 112 pero es equivocado, me voy a referir entonces al artículo 115 “*perturbación psíquica*”, “*Si el daño consistiere en perturbación psíquica transitoria, la pena será de prisión de treinta y dos (32) a ciento veintiséis (126) meses y multa de treinta y cuatro punto sesenta y seis (34.66) a sesenta (60)*”; “*si fuere permanente*”, su señoría como en este caso lo es, “*la pena será de cuarenta y ocho (48) meses a ciento sesenta y dos (162) meses de prisión y multa de treinta y seis (36) a setenta y cinco (75) salarios mínimos*”.

Eso se acompasa señora juez con el artículo 119, señaló el legislador en la modificación de la Ley 1298 del 2006 en su inciso 1 pero lo que nos interesa es el inciso 2, modificado a su vez por la Ley 1761 del 2015, artículo 4, señala la norma que “*cuando las conductas señaladas en los artículos anteriores se cometan en niños y niñas menores de catorce (14) años o en mujer por el hecho de ser mujer*”, como en este evento, “*las respectivas penas se aumentarán en el doble*”.

Y ello en concordancia con el artículo 117 en la unidad punitiva, “*Si como consecuencia de la conducta se produjeren varios de los resultados previstos en los artículos anteriores, sólo se aplicará¹ la pena correspondiente al de mayor gravedad*”.

Entonces es el delito de lesiones personales dolosas agravadas conforme a los artículos 111, 115, 119 inciso 2, artículo 117 “*unidad punitiva*” en concurso homogéneo y sucesivo, a voces del artículo 31 del Código Penal” **(19:01).**

¹ Sesión inicial del juicio oral del 2 de agosto de 2018, minuto 13 y 20 y siguientes al minuto 19:01

Como se puede observar, el fiscal realiza una variación de la calificación, la cual resulta lesiva, en la medida que hace mucho más gravosa la situación del procesado, toda vez que se pasa de un delito de violencia intrafamiliar agravada, a un delito de lesiones personales agravadas en concurso homogéneo y sucesivo, prueba de ello radica en que si se observa la tasación punitiva realizada por el Tribunal la misma es infinitamente superior al máximo de la pena de la violencia intrafamiliar agravada.

Tanto el Juez de primera instancia como el Tribunal Superior de Bogotá, se movieron en el primer cuarto teniendo en cuenta que mi defendido no presenta antecedentes penales y no existen circunstancias de mayor punibilidad; en ese sentido el delito de violencia intrafamiliar agravada, se encuentra en un margen de seis a catorce años, los que implica que el primer cuarto va de seis a ocho años, a contrario sensu el delito de lesiones personales agravadas en el primer cuarto va de 96 a 153 meses, esto es de ocho años a doce años nueve meses, es decir es claro que son más graves las lesiones personales con perturbación psíquica que la violencia intrafamiliar agravada, lo cual se hace evidente al observar la tasación punitiva realizada por el Tribunal Superior de Bogotá.

Es claro que son de mayor entidad punitivamente, las lesiones personales con perturbación psíquica, que la violencia intrafamiliar agravada, y en ese punto el Tribunal decidió imponer una pena de 153 meses de prisión, es decir doce años nueve meses por concepto de la pena de prisión; además por el concurso le aumentó un 25% de la pena, para una pena total de 191.25 meses, esto es, 15 años 11 meses 8 días, lo cual es significativamente superior a los 8 años que se hubiesen impuesto si se lo condena por el delito de Violencia intrafamiliar agravada. Igualmente lo es que el delito de violencia intrafamiliar agravado, como se desprende del artículo 229 tiene una pena de cuatro a ocho años, pero al ser agravado la pena se aumenta de la mitad a las tres cuartas partes, lo que quiere decir que la mitad se aumenta al mínimo y las tres cuartas partes al máximo, lo que implica que la pena parte de seis años a catorce años, y que el primer cuarto se encuentra entre los seis años y los ocho años, el segundo cuarto (primer medio) va de ocho años un día a diez años, tercer cuarto (segundo medio) va de diez años un día a doce años y el cuarto

cuarto va de doce años un día a catorce años. Como el Tribunal se movió en el primer cuarto, el máximo de la pena que se hubiese impuesto sería de ocho años.

Ahora en relación con la pena de multa la situación aún es más clara, porque mientras el delito de Violencia intrafamiliar tiene como pena principal y única la de prisión, las lesiones personales agravadas tiene la pena de prisión y la pena de multa, que en este caso el Tribunal la tasó en la suma de 91.5 de salarios.

Estando debidamente acreditado que la variación de la calificación hizo más gravosa la situación jurídica de mi defendido, es evidente que se ha violado el debido proceso, como reiteradamente lo ha establecido la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.²

Cuando la Corte, establece como uno de los requisitos que el delito sea de menor entidad, se ha referido a que se trate de un ilícito de menor pena y es claro que en ese caso punitivamente es mucho más grave el delito de lesiones personales agravadas que la violencia intrafamiliar agravada, pero lo es más aun cuando inicialmente se lo había acusado al señor Alex Giovanni por un solo delito y la variación de la calificación que realiza la fiscalía es por un concurso homogéneo y sucesivo de delitos lo que implica que se ha violado el debido proceso, al pasar a defender de un solo delito y tener que entrar a enfrentar un juicio por un concurso homogéneo y sucesivo de delitos.

En ese sentido, estima esta defensa que se hace necesario decretar la nulidad de lo actuado a partir del momento en que se realizó la variación de la calificación jurídica, esto es, cuando se realiza el alegato inicial por parte de la fiscalía, porque no es cierto como lo manifestó el señor fiscal en su variación que no se hacía más gravosa la situación de mi defendido, al ser un delito de menor entidad, porque lo real es que se trata

² Sentencias del 16 de marzo de 2016 (SP3339), rad. 44288; del 8 de noviembre de 2011, rad. 34495, y del 14 de septiembre de 2011, rad. 33688, ratificaron lo dicho originalmente en el auto del 14 de febrero de 2002, rad. 18457 y reproducido en las sentencias del 24 de enero de 2007, rad. 23540, y del 2 de julio de 2008, rad. 25587.

indudablemente de un delito de mayor entidad que se refleja en una pena mayor, lo que no resulta procedente.

Así las cosas, se presenta tanto una violación al debido proceso, como al derecho de defensa, en la medida que desde el punto de vista factico igualmente se produce una variación, porque no es lo mismo que se acuse por un solo ilícito, a que se acuse por un concurso de ilícitos, pero con un ítem adicional, si se observa el alegato de la fiscalía nunca señaló desde el punto de vista factico, cuales hechos eran los que constituían el concurso. Si el fiscal entiende que hay un concurso de lesiones personales por perturbación psíquica, era su obligación establecer de manera clara cuales hechos constituían cada una de las perturbaciones psíquicas, lo cual brilla por su ausencia en el caso en estudio y naturalmente hace imposible su defensa.

PETICION AL CARGO

Acorde con lo anterior expuesto, solicito CASAR LA SENTENCIA y decretar la nulidad de lo actuado a partir del momento que la Fiscalía vario la calificación jurídica provisional, hacia unas conductas ilícitas de mayor entidad – lesiones Personales agravadas en concurso homogéneo y sucesivo que la que había sido materia de acusación –violencia intrafamiliar agravada.

CARGO TERCERO

Este fue construido al amparo de la causal primera de casación establecida en el artículo 181 numeral 1 de la Ley 906 de 2004, demandando la sentencia de segunda instancia por violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación del artículo 117 de la Ley 599 de 2000 y aplicación indebida de los artículos 119 y 104 de la Ley 599 de 2000, que conllevó que el señor Alex Giovanni Hernández León, fuese condenado por lesiones personales agravadas en concurso homogéneo y sucesivo.

En el caso en estudio el Tribunal Superior de Bogotá, modificó la sentencia de primera instancia en los siguientes términos:

“3. Consecuencias punitivas

19. De acuerdo con la Corte Suprema de justicia³, en contextos como el expuesto, el incremento punitivo del agravante se justifica como mecanismos de protección de la igualdad y se traduce en hacer efectiva la prohibición de discriminación por la condición de mujer. De esta forma se garantiza que el daño inherente a una pena mayor esté justificado por la protección de un determinado bien jurídico y se certifica que se está en presencia de un caso de violencia de género, que debe ser visibilizado en orden a generar las transformaciones sociales que permitan erradicar este flagelo.

En este orden, para el delito de lesiones personales con perturbación psicológica permanente, cometido en contra de una mujer por el hecho de ser mujer, como aquí sucedió, los artículos 115, inciso 2º y 119 inciso 2º del CP, fijan las penas de prisión de 96 a 324 meses y multa de 72 a 150 salarios mínimos.

El ámbito de movilidad de la pena privativa de la libertad es de 228 meses: el primer cuerpo punitivo va de 96 a 153 meses; los intermedios de 153 a 267 meses y el máximo de 267 a 324 meses. El ámbito de movilidad de la segunda pena es de 78 salarios mínimos: el primer cuarto punitivo va de 72 a 91.5; los intermedios, de 91.5 a 130.5 y el máximo de 130.5 a 150 salarios mínimos. Como la fiscalía no imputo circunstancia de mayor punibilidad, las penas deben fijarse en los cuartos mínimos.

En este punto el Tribunal tiene en cuenta que se trató de una conducta muy grave, que con ella el acusado victimizó a quien fue su novia, compañera permanente, madre de su hijo y ex pareja y la afectó psicológicamente a un punto tan elevado, que finalmente la condujo al suicidio. Además, se trató de unos hechos de violencia de género constitutivos de una verdadera tortura psicológica⁴ que condujeron a que una mujer se quitara la vida, que fueron procesados bajo el prisma de un tipo de menor jerarquía y que por

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 1 de octubre de 2019, radicado 52394.

⁴ Corte Constitucional, sentencia T-967 de 2014

fuerza del principio acusatorio, el Tribunal no puede alterar. Entonces, se está ante un comportamiento altamente reprochable, que lesionó en el grado más intenso, el bien jurídico protegido y concurre una alta necesidad de pena. Por estos cuartos punitivos: 153 meses de prisión y 91.5 salarios de multa.

Finalmente en atención al concurso homogéneo de conductas punibles, la corporación mantendrá el porcentaje del incremento que considero razonable el juzgado y que se ajusta a los parámetros del artículo 31 del CP: 25% para la pena de prisión y 19.4% para la pena de multa, para unas penas definitivas de 191.25 meses de prisión y 109.29 salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa⁵ (subrayas fuera del texto)

Como se observa el Tribunal modifica el fallo de primera instancia para proferir una sentencia condenatoria agravándola por haberse cometido las lesiones personales en contra de una mujer por el hecho de ser mujer, circunstancia de agravación que para poderla imponer conllevó a que el Tribunal en el caso en estudio aplicará los artículos 119 y 104 inciso 2 de la Ley 599 de 2000, en concurso homogéneo y sucesivo, aumentando la pena por lesiones personales en un 25% pasando la misma de 153 meses de prisión a 191.25 y una multa de 91.5 salarios a 109.29 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Al proceder de esta forma el Tribunal dejó de aplicar el artículo 117 del Código Penal que establece la figura de la Unidad punitiva y que señala que:

“Unidad punitiva. Si como consecuencia de la conducta se produjeren varios de los resultados previstos en los artículos anteriores, solo se aplicará la pena correspondiente al de mayor gravedad”

En el caso en estudio, no es posible aplicar la figura del concurso de delitos, en la medida que el Tribunal determina que se produce un concurso homogéneo y sucesivo de lesiones personales con perturbación psicológica, lo que implica que solo se puede aplicar por unidad punitiva la pena correspondiente a una perturbación psicológica, ya que la norma en comento, esto es, el artículo 117 de la Ley 599 de 2000, es claro en

⁵ Folios 38 y 39 de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá.

señalar que se debe aplicar la pena correspondiente a la de mayor gravedad, impidiendo que se aplique la figura del concurso cuando las lesiones se producen sobre la misma persona como ocurre en el caso en estudio.

Criterio que ha sido señalado por la Corte Suprema de Justicia de tiempo atrás, así en sentencia de 24 de julio de 1953, la Corte refiriéndose al alcance del artículo 377 del Código Penal de 1936, que es igual al del artículo 117 de Código Penal vigente señaló:

“Pueden presentarse a un mismo tiempo la incapacidad, la deformidad y la perturbación funcional, como en la amputación de un miembro, en la pérdida de los ojos, en la anquilosis de los dedos de la mano, etc. Por eso la ley penal, a fin de evitar un exceso en la determinación de la pena, cuando se presenten varias secuelas como resultado del mismo acto lesivo de la integridad personal, tiene en cuenta únicamente el daño mayor que produzcan las heridas”⁶

La voluntad del legislador tal como se desprende del artículo 117 que consagra la Unidad punitiva, es que cuando las lesiones se producen respecto de la misma persona, no hay lugar al concurso de conductas punibles, en consecuencia no resultaba válido que en el caso en estudio se determinara que existía un concurso homogéneo y sucesivo de lesiones personales, lo que implica un concurso de perturbaciones psíquicas, en consecuencia el Tribunal superior de Bogotá, deja de aplicar el artículo 117 de la ley 599 de 2000 y como consecuencia de ello se realiza un aumento punitivo producto del concurso que resulta equivocado, ya que si consideró que se habían probado las lesiones personales solo le era viable condenar por un solo delito agravado, pero no realizarlo por un concurso de ilícitos, expresamente prohibido al amparo del artículo 117 del Código Penal. Así las cosas si no es posible hablar de un concurso de conductas punibles, y el Tribunal estableció un concurso homogéneo y sucesivo de lesiones personales y como consecuencia de ello, la Corporación de segunda instancia en el caso en estudio aplicó los artículos 119 y 104 inciso 2 de la Ley 599 de 2000, en concurso homogéneo

⁶ G.J.T. LXXV, p 71o

y sucesivo, aumentando la pena por lesiones personales en un 25% pasando la misma de 153 meses de prisión a 191.25, y una multa de 91.5 salarios a 109.29 salarios mínimos legales mensuales vigentes, estima esta defensa que se debe emitir una sentencia estimatoria de sustitución, revocándose parcialmente la sentencia condenatoria en cuando al concurso de lesiones personales culposa y como consecuencia de ello dejar la pena en 153 meses de prisión y la multa en 91.5 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

PETICION AL CARGO

CASAR LA SENTENCIA y en consecuencia revocar la misma parcialmente por el concurso homogéneo y sucesivo de lesiones personales y como consecuencia de ello dejar la pena en 153 meses de prisión y multa de 91.5 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

En estos términos dejo presentada la sustentación de los dos cargos que fueron construidos en la demanda y que ya han sido admitidos por la Sala, reiterando en consecuencia la petición de que se CASE la sentencia.

Respetuosamente,



CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO
C.C. 79.158.319 de Usaquén
T.P. 45.161 del C.S.J.