



Radicado No. 20211600040011

Oficio No. FDCSJ-10100-255

28/10/2021

Página 1 de

10

Bogotá, D.C.

Honorable Magistrado

EUGENIO FERNANDEZ CARLIER

Sala de Casación Penal Corte Suprema de Justicia

Bogotá - Bogotá D.C.

ASUNTO: Alegato de refutación dentro del recurso de casación.

Radicado 58.584

Procesado ALEX GIOVANNI HERNÁNDEZ LEÓN.

El suscrito Fiscal Cuarto Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, recorriendo el traslado de rigor, procedo a realizar las consideraciones pertinentes con respecto a los cargos formulados en la demanda de casación presentada en el radicado de la referencia, contra la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior de Bogotá, del 6 de mayo de 2020, que modificó la sentencia del 5 de diciembre de 2020 proferida por el Juzgado Séptimo Penal Municipal con funciones de conocimiento, en el sentido de reconocer los agravantes en el delito de lesiones personales con perturbación psíquica permanente, agravado y en concurso homogéneo y sucesivo y aumentar la pena impuesta por el a quo.

Desde ya se solicita a la Sala se **NIEGUEN** las pretensiones del casacionista, por las razones que se pasan a exponer:

CARGOS FORMULADOS CONTRA LA SENTENCIA

Mediante decisión del 4 de agosto del año en curso, la Sala inadmitió los cargos 2º y 4º y fueron admitidos los cargos 1º y 3º para pronunciamiento de fondo; conforme a lo cual se procede.

CARGO PRIMERO

Al amparo de la Causal segunda de casación del numeral 1º del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, demanda la sentencia por afectación de las garantías al debido proceso, al haberse realizado una variación de la calificación jurídica de la conducta que hizo mucho más grave la situación del procesado, lo que



Radicado No. 20211600040011

Oficio No. FDCSJ-10100-255

28/10/2021

Página 2 de

10

implica una violación del artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, así como del artículo 457 de la Ley 906 de 2004, que establece como causal de nulidad la violación del derecho de defensa o al debido proceso en aspectos sustanciales, que fundamenta en que al inicio del juicio la Fiscalía, al presentar la teoría del caso, varió la calificación de la conducta de violencia intrafamiliar agravada a lesiones personales agravada con perturbación psíquica permanente, en concurso homogéneo y sucesivo, (sin que hubiese existido oposición de la defensa), del cual dijo el Fiscal es un delito de menor entidad, pero que realmente agravó la situación de su defendido, porque se cambió un delito de violencia intrafamiliar por un concurso de delitos de lesiones personales con perturbación psíquica, es decir, varió a una pena impuesta de 15 años 11 meses 8 días, cuando por violencia intrafamiliar le implicaría una pena de 8 años, lo cual lo lleva a pedir que se decrete la nulidad a partir del momento en que se realizó la variación de la calificación jurídica.

Sobre la validez del proceso adelantado, el Tribunal precisó en la sentencia atacada:

“Finalmente al acusado se le garantizó un juicio con todas las garantías y a la Fiscalía y a la víctimas se le permitió el cumplimiento de su rol procesal. Siendo así, no hay argumentos para cuestionar la legitimidad de la actuación, ya que se trata de un proceso válido y por ello, hay lugar a una decisión de fondo.”

Se narra en la sentencia de segundo grado, las dificultades de salud y económicas que tuvo Alejandra Carolina Hernández Narvéez desde el momento que quedó en embarazo de Alex Giovanni, quien fue su profesor, dificultades que se acrecentaron después del nacimiento de su hijo, pues no recibía ayuda económica de aquél.

También de la separación de la pareja y de cómo Alex Giovanni sometió a Alejandra Carolina a una serie de actos violentos encaminados a controlarla, aislarla, acosarla, denigrarla, humillarla y amenazarla, que afectaron su salud psicológica de manera permanente, en un contexto de discriminación en contra de la mujer, que la condujeron al suicidio.

El Tribunal consideró que:

“(...). Los testimonios permiten advertir que ella fue objeto de severos y



Radicado No. 20211600040011

Oficio No. FDCSJ-10100-255

28/10/2021

Página 3 de

10

brutales actos sistemáticos de violencia psicológica en todos los actos de su vida... ”.

CARGO TERCERO

Al amparo de la causal primera de casación (art.181 Num.1º de la Ley 906 de 2004) demandó 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 misma ley, que conllevó a que su cliente fuera condenado por lesiones personales agravadas en concurso homogéneo y sucesivo, que va contra el mandato de la unidad punitiva del artículo 117 citado; por lo cual estima que se debe emitir una sentencia estimatoria de sustitución, revocándose parcialmente la sentencia condenatoria en cuanto al concurso de lesiones personales y como consecuencia de ello redosificar la pena.

ALEGATOS DE REFUTACIÓN DE LA FISCALÍA

AL CARGO PRIMERO

La Nulidad no se configura porque la calificación -desde el norte jurídico-fue variada por la Fiscalía al comenzar el Juicio, al exponer la teoría del caso y la defensa del procesado no la objetó, es decir, estuvo de acuerdo con dicha variación y por ende convalidó dicho acto, y tuvo el resto del juicio para defenderse del nuevo delito.

De otro lado, los hechos jurídicamente relevantes nunca variaron, sí lo fue la calificación jurídica de los mismos, que lo fue por la Fiscalía en la formulación de la imputación y en la acusación como violencia intrafamiliar agravada, que varió al comenzar su teoría del caso en el juicio a lesiones personales con perturbación psíquica permanente agravada y en concurso homogéneo y sucesivo, la cual fue acogida parcialmente por el Juzgado, que dijo no encontrara probado los agravantes, tema que fue precisamente el motivo de la apelación por la apoderada de la víctima y que acogió el Tribunal en su pronunciamiento.

El Tribunal dio por probado en el juicio oral los cargos de la Fiscalía, que para este delegado debieron tipificarse desde un comienzo como lesiones



Radicado No. 20211600040011

Oficio No. FDCSJ-10100-255

28/10/2021

Página 4 de

10

personales con perturbación psíquica permanente agavada, incluso involucrando el resultado fatal del suicidio de Alejandra Carolina, tal como bien lo adujo el Tribunal, pues la violencia intrafamiliar no era el tipo penal para encajar los hechos jurídicamente relevantes, toda vez que estaba claro que ya no convivían, tal como bien lo precisó la Sala de Casación Penal en la sentencia del 7 de junio de 2017, radicado 48.047:

“Tener un hijo en común, entonces, no es insuficiente para acreditar la unidad familiar y para suponerla perpetuamente, pues de ser así se llegaría al absurdo de concluir Tener un hijo que si una mujer o un hombre tienen varios hijos con diferentes parejas, poseen tantas unidades domésticas familiares como número de hijos con sus compañeros o compañeras transitorios. El maltrato a la expareja causado por quien ya no convive con ella, se reitera, no configura el delito de violencia intrafamiliar sino el de lesiones personales dolosas, en cuanto debe tenerse en cuenta que la misma Ley 294 de 1996 establece en su artículo 3 como principio de interpretación y aplicación: “c) La oportuna y eficaz protección especial a aquellas personas que en el contexto de una familia sean o puedan llegar a ser víctimas, en cualquier forma, de daño físico o síquico, amenaza, maltrato, agravio, ofensa, tortura o ultraje, por causa del comportamiento de otro integrante de la unidad familiar”.”

El recurrente está solicitando la nulidad a partir de la variación de la calificación, pero sin darle el sustento debido, ya ha sido pacífica la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentido que la formulación de una nulidad no es de libre postulación sino que está sujeta a que se aleguen y demuestren, principios tales como: convalidación, protección, instrumentalidad de las formas, trascendencia, residualidad y que el sujeto procesal que la alega no haya dado lugar a la configuración del vicio, el que se haya cumplido con el propósito de la regla que el procedimiento pretenda proteger, la magnitud del defecto debe tener incidencia en el sentido de justicia incorporado en la sentencia, la declaratoria de nulidad debe ser el único remedio procesal para superar el yerro detectado; los cuales se extractan, entre otros, de fallos tales como los de los radicados: 29.092 de 9 de junio de 2008, 43.356 del 3 de febrero de 2016, 46.819 del 30 de noviembre de 2016, 47.681 del 25 de abril de 2018, 52.400 del 3 de febrero de 2021.

Como se advierte del escrito de casación, solamente se desarrollaron y con



Radicado No. 20211600040011

Oficio No. FDCSJ-10100-255

28/10/2021

Página 5 de

10

insuficiencia, de los principios referidos, una presunta violación del debido proceso y el derecho de defensa, pero en este último no atinó a señalar porque se le violó ese derecho de defensa, si se tiene en cuenta que los hechos jurídicamente relevantes no se alteraron y que tuvo tiempo de defenderse de dicha calificación, pudo contrainterrogar en el juicio a todos los testigos de cargo y descargo sobre aspectos que le permitieran controvertir esa calificación, pero por el contrario la convalidó, todo vez que no la objetó al comienzo del juicio cuando la realizó el Fiscal, ni siguiera en los alegatos y en la apelación de la sentencia; lo que implica que no se cumplió con esos parámetros de rigor para invocar la nulidad, como el alegar y sustentar debidamente los principios que se invocan y demostrar el por qué es el único remedio procesal para sanear la irregularidad que se alega.

Incluso sobre el debido proceso y la aplicación del principio de residualidad arriba citado, en pronunciamiento 46.819 de noviembre 30 de 2016, la Honorable Sala precisó:

“Puesto en evidencia el quebranto al debido proceso, en principio sería del caso anular lo actuado desde la sentencia de la juez a quo, no obstante, vista la naturaleza residual de las nulidades como forma de superar las irregularidades de carácter procesal y, en razón de que surge un modo más expedito en orden a restablecer la garantía conculcada, la Corte casara parcialmente el fallo impugnado, así en CSJ SP, 10 ago. 2016, rad. 46537, en el sentido de que excluirá de la condena la circunstancia de agravación punitiva prevista en el numeral 7º del artículo 104 de la Ley 599 de 2000, por lo que, en consecuencia, procederá a ajustar la pena de prisión, lo cual se hará más adelante, una vez se resuelva lo relativo a la legalidad de la pena en general.

Se precisa igualmente, que la solución reseñada es la que mayores rendimientos ofrece, por cuanto es la que menos traumatismos le causa al proceso, pues no afecta lo decidido por los juzgadores de primera y segunda instancia en punto de la responsabilidad penal del procesado, pero además, permite ajustar la calificación jurídica de la sentencia al sentido del fallo, así también en CSJ SP, 10 ago. 2016, rad. 46537.”

Sobre la variación de la calificación jurídica ha dicho la Sala de la alta corporación, en el sentido que la identidad del bien jurídico no es presupuesto



Radicado No. 20211600040011

Oficio No. FDCSJ-10100-255

28/10/2021

Página 6 de

10

del principio de congruencia, en sentencia del 22 de febrero de 2017 de la C.S.J, radicado 43.041:

“De manera que, bajo esos parámetros jurisprudenciales, vigentes hasta hace poco, en el sub examine no había lugar a admitir la variación propuesta por la Fiscalía, pues, aun cuando el nuevo comportamiento -constreñimiento ilegal-, es de menor entidad, en verdad no corresponde al mismo género, porque está ubicado en el Título III, Capítulo V del Código Penal, que trata de los delitos contra la autonomía personal, mientras que la extorsión hace parte de las infracciones contra el patrimonio económico y obra en el Título VII, Capítulo II.

1.2.3. Sin embargo, recientemente, en CSJ SP, 30 nov. 2016, rad. 45589, al examinar un asunto regulado por la Ley 906 de 2004, esta Corporación señaló que la identidad del bien jurídico de la nueva conducta, no es presupuesto del principio de congruencia y que nada impide hacer la modificación típica dentro de todo el Código Penal, al igual que en los procesos tramitados bajo la Ley 600 de 2000.

Así discernió:

Debe advertirse también que la identidad del bien jurídico no es un presupuesto insoslayable del respeto al principio de congruencia y, por ende, de la posibilidad de condenar por una conducta punible distinta a la definida en la acusación. Ya en múltiples decisiones se ha insistido en que «La modificación de la adecuación típica de la conducta puede hacerse dentro de todo el Código Penal, sin estar limitada por el título o el capítulo ni, por ende, por la naturaleza del bien jurídico tutelado», por cuanto «En la ley procesal actual –Ley 600 de 2000-, a diferencia de la anterior, la imputación jurídica provisional hecha en la resolución acusatoria es específica (art. 398.3), (por ejemplo, homicidio agravado previsto en los artículos 103 y 104.1 del Código Penal), sin que se exija el señalamiento del capítulo dentro del correspondiente título, lo que significa que para efectos del cambio de la adecuación típica o de la congruencia, esos límites desaparecieron»¹.

¹ 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.



Radicado No. 20211600040011

Oficio No. FDCSJ-10100-255

28/10/2021

Página 7 de

10

Claro, cierto es que esas consideraciones se han realizado frente a procesos tramitados bajo la Ley 600 de 2000; sin embargo, nada obsta para que, igualmente, sean predicables de los que, como el presente, obedezcan a la ritualidad establecida por la Ley 906 de 2004, pues en ésta la imputación jurídica también es específica y provisional, por lo que ninguna razón habría para que se mantuviera una exigencia que respondía, como se vio, a las formas restringidas que para ese acto procesal preveía el código de 1991 (Decreto 2700). Eso sí, no sobra reiterar que la inmutabilidad fáctica sigue siendo presupuesto inamovible de la legalidad de la sentencia, en cuanto garantía esencial del derecho a la defensa.

De lo anterior se sigue que, hoy en día, es procedente variar la calificación jurídica de la conducta imputada por la Fiscalía, así no corresponda al mismo título, capítulo y bien jurídico tutelado, siempre que se mantenga el núcleo fáctico de la imputación, se trate de un delito de menor entidad, y se respeten los derechos de las partes.”

Posición ratificada en la sentencia del 1 de julio de 2020, radicado 56.203, en la cual se citan diez fallos atinentes al mismo tema.

AL CARGO TERCERO

Este cargo carece de fundamento, porque en criterio de la Fiscalía se predica de una sola conducta, que produce varios resultados, porque eso se desprende del tenor literal del artículo 117 del Código Penal cuando dispone:

“ARTICULO 117. UNIDAD PUNITIVA. Si como consecuencia de la conducta se produjeren varios de los resultados previstos en los artículos anteriores, sólo se aplicará la pena correspondiente al de mayor gravedad.”

El artículo 31 del mismo estatuto, reza:

“ARTÍCULO 31. Concurso de conductas punibles. El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición quedará sometido a la que



Radicado No. 20211600040011

Oficio No. FDCSJ-10100-255

28/10/2021

Página 8 de

10

establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas.

En los eventos de concurso, la pena privativa de la libertad no podrá exceder de sesenta (60) años, salvo cuando al menos una de las disposiciones de la ley penal infringidas contemple como pena hasta la prisión perpetua revisable, caso en el cual; de ser está la condena impuesta, esta última será la única pena de prisión aplicable, sin perjuicio de las otra penas principales o accesorias que apliquen al caso.

Cuando cualquiera de las conductas punibles concurrentes con la que tenga señalada la pena más grave contemplare sanciones distintas a las establecidas en ésta, dichas consecuencias jurídicas se tendrán en cuenta a efectos de hacer la tasación de la pena correspondiente.

PARÁGRAFO. En los eventos de los delitos continuados y masa se impondrá la pena correspondiente al tipo respectivo aumentada en una tercera parte.”

Es decir, cuando se trata, como en el presente caso, de varias conductas en tiempo y en espacio, se acude a la regulación de concurso, sobre lo que ha precisado la Sala en sentencia del 29 de enero de 2020, radicado: 47460:

“2.1. En términos generales, el concurso real o material se presenta cuando una misma persona realiza varias acciones independientes, susceptibles de ser encuadradas en uno o varios tipos penales, lo cual, según el caso, constituirá un concurso homogéneo o heterogéneo. En ese supuesto, no hay unidad de acción, sino acciones u omisiones independientes y se aplican los respectivos tipos penales, puesto que no son excluyentes.

El concurso aparente ocurre cuando el sujeto activo ejecuta una sola acción que pareciera encajar en dos o más tipos penales. Para resolver ese fenómeno y no vulnerar el principio de non bis in ídem, se debe acudir a los criterios de especialidad, subsidiariedad y consunción, desarrollados de tiempo atrás por la jurisprudencia...”

Acorde con las normas y jurisprudencia citadas, en criterio de este Delegado,



Radicado No. 20211600040011

Oficio No. FDCSJ-10100-255

28/10/2021

Página 9 de

10

ALEX GIOVANNI HERNÁNDEZ LEÓN, desplegó varias conductas infractoras de la misma disposición de la ley penal, escindibles una de la otra en parámetros temporo-espaciales, que además fueron debidamente recogidas en la sentencia del tribunal cuando describió los llamados momentos en que el citado desplegó su reprochable comportamiento contra Alejandra Carolina Hernández Narváez, asignándole a cada uno las circunstancias de tiempo, modo y lugar, lo cual extrajo del contenido de la prueba testimonial practicada en el juicio, con lo que se satisfacen los presupuestos del concurso homogéneo y sucesivo agravado, por el cual se profirió el fallo de Segunda instancia.

Esas varias acciones del procesado le causaron perturbaciones psíquicas en los ámbitos: (i) personal, como cuando dejó de arreglarse en debida forma para presentarse en la universidad donde dictaba clases y como fue variando su presentación ante la misma perito sicóloga en su citas, (ii) familiar, como el inconveniente con sus padres, que tenía que prestarle ayuda y con ello alterar sus actividades regulares y también los afectaba enormemente en su aspecto psicológico, (iii) social, como cuando se afectó en su relación con los vecinos cuando le colocaron letreros bastantes ofensivos en su propia casa y a través de las redes sociales con su amigos, (iv) académico, como lo fueron las acciones de desprestigio ante sus compañeros profesores y alumnos en los claustros universitarios donde dictaba clases, que la llevó a renunciar a su trabajo como docente, (v) en el aspecto económico, como el hecho de no tener el apoyo del padre de su hijo para su sostenimiento y tener que acudir a convivir, contra su voluntad, con su suegros o padres, (vi) y la perturbación más grave que fue la que le produjo la alienación a su hijo, de parte de su progenitor, que lo lleva a ofender a su madre cada que llegaba de la visita con su padre ALEX GIOVANNI, que en suma la llevaron a perturbación absoluta, que la condujo a quitarse la vida, porque todas esas perturbaciones ocasionaron que considerara que no era capaz de seguir con su existencia y finalmente se suicidara, todo ello por el hecho de ser una mujer que decidió no convivir con su compañero permanente, que la tenía alienada desde que era su profesor, y que, de forma aberrante, actuó como si su excompañera fuera un objeto de su propiedad y por lo cual se produjo el llamado de atención del Tribunal ante las pocas acciones de las autoridades en cuanto al enfoque de género que debieron darle al caso desde un comienzo y la protección que debieron prestarle a Alejandra Carolina Hernández Narváez, lo que hubiera evitada el lamentable y fatal desenlace.



Radicado No. 20211600040011

Oficio No. FDCSJ-10100-255

28/10/2021

Página 10 de

10

Por todo lo anterior considera este Delegado Fiscal, que la decisión adoptada por el Tribunal lo fue en la doble vía de acierto y legalidad, y que por tanto hay lugar a denegar la pretensiones del casacionista y confirmar el fallo recurrido en casación.

Cordialmente,

HERNAN SUAREZ DELGADO

Fiscal Cuarto Delegado ante la Corte Suprema de Justicia

Anexo (s):

Proyectó: nombre completo – cargo y visto bueno

Revisó: nombre completo – cargo y visto bueno