



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellín

SALA PENAL

Medellín, veinticinco (25) de julio de dos mil dieciocho (2018)

Aprobado en la fecha, acta N° 77

Radicado N° 05 001 60 00206 2018 06334

Interlocutorio de Segunda Instancia N° 95

Magistrado Ponente: César Augusto Rengifo Cuello

Lectura: Jueves, 2 de agosto de 2018. Hora: 09:45 a.m.

Procede esta Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la representante de la Fiscalía General de la Nación, la Defensa técnica del acusado JUAN CAMILO RESTREPO PABÓN y la representación judicial de la víctima, en contra de la decisión proferida en audiencia pública por el Juez Veintinueve Penal del Circuito de Medellín con funciones de conocimiento, mediante la cual improbió el preacuerdo celebrado entre las partes al considerar que a la luz de los elementos de convicción ofrecidos por el ente persecutor la adecuación típica de feminicidio efectuada en el sub iudice resulta errada, o cuando menos apresurada.

ACONTECER FÁCTICO

Según la Fiscalía, la investigación adelantada por las autoridades da cuenta que el 8 de febrero de 2018, JUAN CAMILO RESTREPO PABÓN, quien convivía desde hacía varios meses con su compañera sentimental DIANA PATRICIA MARÍN TORO en la carrera 79 Nro. 02 B. 111, apto. 503 de la urbanización Villa del Carmen, barrio Belén Rincón de la ciudad de Medellín, agredió a la fémina con un objeto contundente en la cabeza produciéndole

heridas que pusieron en riesgo su vida. Tras el arribo de agentes de la fuerza pública RESTREPO PABÓN se auto infligió una herida en el cuello con una máquina pulidora de pisos. Los agentes del orden logran trasladar a la pareja a un centro hospitalario cercano en donde la mujer fue internada en la UCI con pronóstico reservado, mientras el joven fue operado, logrando salvar sus vidas. Por estos hechos se le dictaminó a la víctima una incapacidad médico legal de 45 días, en tanto la del enjuiciado llegó a los 35 días, concluyendo los legistas que en ambos casos existió un serio compromiso de la vida de los pacientes.

ACTUACIÓN PROCESAL

-Ante el Juez Treinta y Cinco Penal Municipal de Medellín con función de control de garantías y en las instalaciones del centro hospitalario en el que se encontraba interno el justiciable se legalizó la captura del joven agresor, a quien se le formuló imputación de cargos por el delito de tentativa de feminicidio de conformidad con lo dispuesto en los artículos 104A literal A, 104B literal G, y 27 del C. Penal respectivamente, los cuales no fueron aceptados, imponiéndosele medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

-Por los mismos cargos la Fiscalía General de la Nación presentó escrito de acusación cuyo conocimiento correspondió al Juez Veintinueve Penal del Circuito de Medellín, ante quien el 17 de mayo de 2018 se presenta un preacuerdo logrado por las partes, el cual consiste en que el imputado acepta los cargos en los términos imputados por el ente persecutor y en contraprestación se fija una pena de 17 años, 4 meses y 10 días de prisión, reconociéndosele de esta manera 1/6 parte de rebaja en la pena que debería soportar.

-Mediante decisión del 26 de junio del 2018, el a quo improbió el preacuerdo puesto a su consideración arguyendo que es innegable que hay que proteger a la mujer de cualquier forma de discriminación o violencia; sin embargo, no es fácil distinguir cuando el ataque a la vida de una mujer se corresponde en estricto sentido con un feminicidio, pues no se puede perder de vista que en nuestro derecho penal operan unos principios rectores que son irrenunciables,

entre los que se encuentra el de tipicidad. Todo individuo que transgrede la normatividad penal debe responder de acuerdo a la adecuación típica estricta, precisa y a la pena establecida en la ley, no más allá, pues de lo contrario se afectaría gravemente la presunción de inocencia.

No toda muerte de una mujer es un feminicidio. Si bien el modelo típico en cuestión parte de un elemento objetivo que consiste en causar la muerte a una mujer, a este se suman unos subjetivos tácitos o especiales, consistentes en que sea por su condición de mujer, por motivos de su identidad de género, o por haber concurrido ciertas circunstancias, para el caso, se alude a la contemplada en el literal a del canon 104A del C. Penal, esto es, tener o haber tenido una relación familiar, íntima o de convivencia con la víctima, y además ser perpetrador de un ciclo de violencia que anteceda al crimen. Conforme a los elementos materiales con vocación probatoria allegados a la tramitación, la Fiscalía realiza una incorrecta adecuación típica del caso.

Es menester determinar si la lesión que puso en riesgo la vida de la víctima se produjo en razón de su condición de mujer, de su identidad de género, o por alguna de las circunstancias consagradas en los literales a, b, c, d, e, f, del art 104A del C. Penal, ello a pesar de que la calificación del nomen iuris es del resorte exclusivo de la Fiscalía. La jurisprudencia enseña que la configuración del feminicidio requiere la discriminación y dominación implícita en la violencia que provoca su muerte, y que dicho aspecto se encuentre probado en el proceso, no puede simplemente deducirse de la condición de hombre y de mujer, se debe fundar en evidencia demostrativa de la situación de abuso de poder en que se encontraba la afectada. Se requiere que esa violencia contra la dama se derive de situaciones de dominación, misoginia, ejercicio de poder, control, dominación, odio o desprecio por su condición de mujer.

Las entrevistas recolectadas por la Fiscalía no demuestran que el agresor sea perpetrador de un ciclo de violencia en contra de la mujer. Solo la rendida por MARÍA MARÍN, hermana de la víctima, algo enuncia pero sin la contundencia suficiente pues contiene manifestaciones escuetas sobre el particular. De ahí que tener por demostrada con esta declaración la situación de dominio, sometimiento, subordinación o control de la víctima, para soportar con base en estas una sentencia de condena por feminicidio afecta la presunción de

inocencia. Que las hijas de la víctima no tengan una buena relación con el acusado no encuadra en ninguno de los elementos para configurar una relación de dominio, control o posesión; tampoco dice mucho el hecho que la pareja permaneciera junta en los momentos libres de la mujer, lo mismo sucede con los posibles celos del acusado, todo lo cual se puede explicar por lo reciente de la relación. Estas manifestaciones carecen de concreción para concluir el móvil que exige el tipo penal bajo estudio. Las entrevistadas no dan cuenta de posibles amenazas en contra de la víctima.

En conclusión, la Fiscalía no cuenta en este momento con elementos para demostrar que la conducta desplegada por el agente encuadra en el tipo penal de feminicidio, lo que no implica que más adelante pueda recolectar elementos de juicio que permita realizar dicha calificación jurídica. Ninguno de los tres entrevistados refiere que el ataque se deba a la condición de mujer de la víctima, ni refieren que estuvo precedido de un ciclo de violencia en su contra. Se habla de algunos problemas de pareja derivados del comportamiento del hombre por su adicción, mas no por la forma de proceder de su compañera, tampoco refieren la existencia de una situación de subordinación, dominio, odio, instrumentalización, desprecio que pudieran tenerse como factores determinantes del hecho investigado. A los anteriores reparos se suma que es la propia ley la que consagra el beneficio que puede reconocerse en este tipo de casos, tal como lo dispone el art. 5º de la Ley 1761 de 2015.

Pone de relieve que el quebrantamiento del principio de inocencia entraña la vulneración de garantías fundamentales y por ende habilita el control material del preacuerdo por parte del juez. Estos son en síntesis los motivos para improbar el preacuerdo puesto a su consideración.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

En contra de la anterior decisión la delegada de la Fiscalía, la Defensa y la representación judicial de la víctima interponen el recurso de apelación, el cual sustentan de la siguiente forma:

1.- La delegada del Fiscal General de la Nación solicita que se revoque la decisión emitida por el juez de primera instancia y se apruebe el preacuerdo

logrado con el acusado debidamente asesorado por su defensa. Aduce que la jurisprudencia enseña que el juez singular no se encuentra autorizado para ejercer el control material de las acusaciones o los preacuerdos, salvo que existan vicios del consentimiento o vulneración de garantías superiores, y ello, en modo alguno, es lo que ocurre en el caso de la especie, por tanto el funcionario no se encuentra habilitado para ejecutar dicho control ni para realizar una adecuación jurídica distinta a la elaborada por el ente persecutor. Desde lo fáctico se encuentra acreditada la ocurrencia de la tentativa de homicidio de la víctima por parte del acusado, la conducta desplegada por el agente se adecua a un tipo descrito en la ley y en consecuencia no existe vulneración del principio de legalidad. La imputación jurídica realizada desde los albores del proceso guarda correspondencia con lo que en realidad sucedió, el acuerdo es respetuoso de las garantías de los intervinientes.

Señala que el artículo 104A del C. Penal debe interpretarse a la luz de un método teleológico y si se quiere histórico, poniendo de relieve que la creación de este delito autónomo surge como respuesta, entre otros, a la historia de subordinación de la mujer frente a los hombres en un medio tradicionalmente dominado por una cultura patriarcal, a las propuestas de las organizaciones de víctimas que demostraron que las mujeres son las mayores afectadas con estas violencias, en tanto los hombres conforman el grueso de los agresores. Existe una violencia estructural en la materia que requiere una respuesta positiva del Estado, pero de manera interinstitucional, no puede ser solo a través del derecho penal. En su criterio se estructuran los elementos objetivos y subjetivos del tipo enrostrado por la Fiscalía al acusado, que consagra la Ley 1761 de 2015. En el sub examine, según lo fáctico nos encontramos ante la causal consagrada en el inc. 1º del art. 104A del C. Penal, matar a una mujer por el hecho de ser mujer.

Analizando los elementos del tipo bajo estudio señala que el delito de feminicidio es pluriofensivo. El elemento que diferencia este delito del de homicidio es el subjetivo, matar a una fémina por razón de su género. Para determinar este aspecto hay que partir del contexto de violencia generalizado, y para identificar estas razones de género, se parte a su vez de la identificación de esa superioridad de los hombres frente a las mujeres, de dominación general que se ha ejercido tanto en ámbitos privados como públicos,

reconociendo que no basta solo este contexto histórico para condenar a una persona, pues ello debe aterrizar al caso concreto. Dentro de este contexto histórico general existen dos puntos fundamentales que deben ser tenidos en cuenta, cuando el hombre asume a la mujer con un objeto de su propiedad, y considera que por lo tanto puede usarla de la manera que quiera.

Considera que las entrevistas develan que el agente atentó contra la vida de su pareja por razones de género, que en este caso existía esa relación general o común de subordinación presente en las relaciones entre hombres y mujeres. Aclara que la jurisprudencia tiene decantado que los literales a) al f) del art. 104A del C. Penal son elementos de contexto que permiten determinar en mayor medida si existió ese dolo feminicida, no hacen parte del tipo subjetivo, entender lo contrario entraña relevar el deber de establecer que efectivamente la motivación del agresor involucró razones de género. El dolo feminicida, como en todas las conductas delictivas hay que extraerlo, se manifiestan, exterioriza a través de ciertos aspectos. La jurisprudencia enseña que el elemento esencial del tipo radica en matar a una mujer por su condición de mujer, no es un elemento descriptivo del tipo.

En este caso realmente se presentó una tentativa de feminicidio íntimo. Incluso se permite en casos de ex parejas. El tiempo de duración de la relación no tiene nada que ver con la adecuación del tipo del delito en contra de la mujer. En este caso, si bien no se encuentra acreditado que haya existido un ciclo de violencia en contra de la víctima, existen elementos para determinar que durante la convivencia el perpetrador ejerció un tipo de violencia en contra de esta. Aclara que este tipo de violencia de género generalmente presenta, como en algunos otros delitos que involucran a las mujeres, ciertos pasos, si se quiere cíclicos, que terminan con la comisión del acto agresor.

Acepta que la entrevista recibida a MARÍA MARÍN no es de la riqueza que se hubiera querido, pero con los elementos que se extractan de dicho elemento puede acreditarse la violencia que ejerció el perpetrador en contra de la ofendida. Los celos son una clase de violencia y mantienen a la víctima en un estado de intimidación que muchas veces se confunde, sobre todo al principio de la relación amorosa; en este caso la testigo indicó que el agente era muy celoso con su hermana, ahí está la instrumentalización, que registraba su

celular, ahí el control, la superioridad que efectivamente ejercía. Las manifestaciones que escuchó la entrevistada no fueron de oídas, las percibió directamente de su hermana, lo que al parecer dijeron las sobrinas si tiene aquella categoría. Dijo así mismo que este individuo la recogía en el trabajo, en el tiempo libre se mantenían juntos, es decir que ella ya no compartía con su familia, quería tenerla todo el tiempo controlada, eso es violencia psicológica. Su hermana le manifestó que tenían problemas graves, tanto así que deseaba separarse de este hombre, irse a vivir a su casa y montar allí una microempresa de máquinas de coser, pero no sabía cómo dejarlo, como irse; no se trataba de una simple desavenencia de pareja, en verdad estaban pasando por serios problemas. No es fácil salir de este tipo de relaciones, de ahí lo manifestado por la testigo que suena especulativo en relación de las conclusiones a las que llegó sobre los motivos por los que su parentela no habría dejado antes a esta persona.

Generalmente este tipo de delitos tienen lugar en el ámbito privado en donde el agente hace uso de cualquier elemento que tenga a la mano para agredir a la víctima. Le llama la atención la poca actividad investigativa relacionada con la escena sexualizada encontrada en el lugar de los hechos, que es propia de un feminicidio. En la historia clínica consta que la víctima tenía sus pantaletas a la rodilla, y ello no se tuvo en cuenta, siendo un elemento que exterioriza el dolo feminicida del agente.

Con otra de las entrevistas quedó claro que el agresor tenía serios problemas con su pareja, tanto así que el amigo que se entrevistó aquella noche con el acusado y lo acompañó hasta la casa, pensó que este iba a recoger la ropa para irse, no se trató de un hecho aislado, insignificante, un simple problema de pareja. Igualmente observó a la víctima tendida en el piso, cosas caídas en el interior de la vivienda como si hubieran discutido, otro elemento que soporta el acaecimiento de la tentativa de feminicidio. Lo mismo puede predicarse de lo escuchado por otro de los entrevistados a quien el justiciable le dijo “si ella se salva dígame que la amo”, lo mismo puede decirse de haber expresado que se mataba si lo dejaba, denotando la manipulación propia de este tipo de casos. Se cuenta con prueba indiciaria que resulta fundamental y que demuestra que fueron motivos de género los que llevaron al intento de homicidio. El tema no

es si existió un ciclo de violencia, es si se vulneró el bien jurídico protegido por el hecho de la condición de mujer.

2.- Por su parte la representante judicial de la víctima considera que el control material de los preacuerdos le pertenece a la Fiscalía, la adecuación típica es del resorte del ente persecutor. No avizora vulneración de derechos y garantías fundamentales en este caso. Los entrevistados manifestaron que efectivamente la pareja tenía problemas, dicho conocimiento fue más cercano para la hermana de la víctima. Quedó claro que el agente era una persona muy celosa. De las declaraciones se extrae que existe ese elemento de control, superioridad, posición, degradación de la mujer. Cuando la víctima ha manifestado que desea dejar al agresor, esto devela graves problemas en la pareja no simples dificultades de paso. La escena de los hechos, el comportamiento develado por el justiciable a uno de los entrevistados, demuestran que existió el móvil feminicida que no encuentra probado la primera instancia. Por estas razones solicita que se revoque la decisión adoptada por el a quo y en su lugar se apruebe el preacuerdo puesto a consideración de la judicatura.

3.- La defensa técnica del procesado en primer lugar refiere la forma como llegó al preacuerdo que imprueba la judicatura de primer grado. Luego de entrevistarse con el procesado y de evaluar el caso, concluyó que era la mejor opción para su defendido pues los elementos ofrecidos por el ente persecutor podrían afectar gravemente en un futuro la libertad de su representado. La defensa está obteniendo para su prohijado unos beneficios que la misma ley consagra, y que resultan favorable a sus intereses de continuarse con el respectivo trámite. Solicita que se revoque la decisión de primera instancia y se imparta aprobación al preacuerdo logrado entre las partes.

CONSIDERACIONES EN ORDEN A PROVEER

A la luz de lo normado en el numeral 1° del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, es esta Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín la competente para decidir el recurso de alzada interpuesto.

Huelga señalar además que en la presente actuación concurren los presupuestos procesales y materiales para emitir pronunciamiento de fondo, sin que se observe la presencia de irregularidades que puedan afectar la validez de lo actuado.

Visto lo que es objeto de inconformidad para los apelantes, y como necesario preámbulo debemos iniciar el presente análisis diciendo que una de las funciones del Juez de Conocimiento dentro de las formas de responsabilidad preacordadas consiste en realizar un estudio de ese pacto logrado entre la Fiscalía y el imputado o acusado, obvio decirlo con la debida asesoría de su defensa técnica, en aras a que el mismo no vulnere garantías fundamentales de las partes e intervinientes dentro del proceso penal. Al respecto es pacífica la jurisprudencia de la Sala de casación Penal de la Corte Suprema de justicia.¹

*Haciendo eco de lo expuesto por el órgano judicial de cierre en materia penal, es pacífica la jurisprudencia que enseña que al Juez de Conocimiento no solo le compete realizar un estudio formal del acuerdo pactado entre la Fiscalía y el imputado o acusado, **sino que también de cara con los elementos materiales con vocación de prueba que se allegan a la actuación y que sirven de basamento de la negociación, debe verificar que existe ese mínimo de tipicidad**, para predicar probado en el grado que reclama el artículo 381 del C.P.P., esto es, con certeza, la materialidad de la conducta y la responsabilidad del signante del consenso que optan dar por terminado el proceso de manera anticipada, por la vía de la aceptación preacordada de cargos.*

*Por lo anterior, **el funcionario de conocimiento debe confrontar que lo preacordado tenga un mínimo basamento probatorio**, siendo ello garantía para la preservación de los derechos fundamentales del enjuiciado, evitando de esta manera posibles consensos no acordes con la realidad que atenten contra garantías fundamentales que deben ser salvaguardadas por la administración de justicia.*

¹ Como se dijo esta tesis ha sido sostenida por la Alta Corporación de forma muy reiterada, la que ha sido reafirmada también en el último año, tal como lo decantara igualmente en las sentencias del 27 de abril 2011, Rad. 34.829 y del 23 de noviembre de 2011, Rad. 37.209. Igualmente se puede confrontar la sentencia del 27 de octubre de 2008, Rad. 29.979. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

*Entonces, la tarea del fallador no se circunscribe a la simple constatación de los aspectos formales de la negociación; de manera reiterada y pacífica la jurisprudencia de las altas cortes tiene acuñado que en todo caso le compete verificar que no se está ante el quebrantamiento de la garantía judicial del debido proceso en lo que se refiere al principio de legalidad y, en particular, al brocardo según el cual la aplicación de los preacuerdos no podrá comprometer la presunción de inocencia **y solo procederán si existe un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad**, tal como lo dispone el inciso 2º del canon 327 del Estatuto Procedimental Penal. Modificado por el artículo 5 de la Ley 1312 de 2009.*

*En este orden de ideas, refulge que el ejercicio del control judicial que dentro del trámite de verificación de los preacuerdos y negociaciones adelanta el juez de conocimiento es una clara expresión del principio de jurisdiccionalidad procesal, que a su vez se encuentra conectado con el de estricta legalidad de los delitos y de las penas. Parafraseando al máximo tribunal de cierre de la jurisdicción ordinaria, este último principio “se encuentra integrado con los axiomas *nulla lex poenalis sine necesitate, sine iniuria, sine actione, sine culpa, sine indicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione*, no sólo está relacionado con una reserva absoluta de la norma penal y su contenido sustancial, sino también “implica todas las demás garantías –de la materialidad de la acción al juicio contradictorio– como otras tantas condiciones de verificabilidad y de verificación, y forma por ello también el presupuesto de la estricta jurisdiccionalidad del sistema”, conceptualización propia de la teoría de garantismo penal.*

Es así que si en desarrollo de este imperativo legal el funcionario encuentra que en el caso concreto no se le demuestra ese mínimo probatorio que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad, indubitablemente estará ante el quebrantamiento de la garantía judicial del debido proceso en lo que se refiere al principio de estricta jurisdiccionalidad del sistema, y en particular al aludido axioma garantista consagrado en el inciso 2º del artículo 327 del Estatuto Procedimental Penal, teniendo el deber de rechazar el acuerdo en la respectiva audiencia de control, para propiciar, si aún persiste el interés de las partes, la realización de uno nuevo que respete la mencionada garantía del mínimo de tipicidad, o bien, se habilite la continuación ordinaria del

proceso, pues a no dudarlo se encuentra en juego la presunción de inocencia del encausado, protegida como fundamental por el artículo 29 de la Carta Superior.

Vale decir que en ningún momento el imperativo legal bajo análisis desconoce la estricta separación de las funciones de juicio y acusación, tan definitiva división de roles que conlleva la implementación del principio acusatorio adoptado en nuestro medio por la Ley 906 de 2004, dinámica dentro de la cual la figura del Juez es concebida como un sujeto imparcial, un árbitro del proceso, entre cuyas funciones se cuenta el deber de velar porque los derechos de las partes e intervinientes se respeten por igual, y, frente a los primeros, las garantías que se desprenden de la presunción de inocencia resultan irrenunciables sin el mínimo probatorio al que alude el inciso 2° del canon 327 tantas veces citado.

Y es que si bien es cierto que en la dinámica procesal penal de la Ley 906 de 2004 la Fiscalía cuenta con amplias facultades para adelantar negociaciones y preacuerdos con los imputados o acusados, se itera, debidamente asesorados por sus defensores, y no se discute que dicha facultad se encuentre asignada al ente persecutor, también es indiscutible que estas negociaciones o acuerdos deben realizarse con estricta sujeción a la legalidad, sin vulnerar ninguna de las garantías que le asiste a las personas que en el marco del proceso penal decidan aceptar cargos por la vía consensuada. No se trata de desconocer entonces lo que la doctrina y la jurisprudencia han identificado como uno de los rasgos estructurales, definitorios y característicos del sistema con tendencia acusatoria adoptado mediante la implementación del acto legislativo 003 del 2002, el cual introdujo modificaciones al procesamiento criminal de la Ley 600/00, y que a no dudarlo privilegia la utilización de este tipo de mecanismos de terminación anticipada del proceso que evitan el connatural desgaste que implica para la administración de justicia que el procesado vaya a juicio.

Conectado con lo dicho en epígrafes anteriores, no se trata de desconocer que sólo el fiscal está autorizado para realizar la “tipificación circunstanciada” de los hechos², es claro entonces que “la adecuación típica que la Fiscalía haga de los hechos investigados es de su fuero y, por regla general, no puede ser

2 CS, SP. 9853, 16 jul. 2014, rad. 40.871.

censurada ni por el juez ni por las partes.”³, salvo que el funcionario del conocimiento evidencie con sujeción al marco fáctico que con dicha calificación jurídica se vulneran derechos y garantías fundamentales, con clara transgresión del debido proceso, el derecho de defensa, el principio de legalidad y tipicidad de las penas.

Queda de esta manera correctamente resuelto lo relativo a la censura formulada en relación con las facultades del juez de conocimiento y el control que este puede ejercer sobre los preacuerdos adelantados por la Fiscalía y los imputados o acusados. En todo caso, huelga señalar que la tarea del fallador se dirige a que los acuerdos cumplan las finalidades que para dicha figura jurídica consagra el artículo 348 del C.P.P., y, entre otros, a que se respeten las garantías y derechos fundamentales de los imputados o enjuiciados que los suscriben, renunciando de esta manera a que se desvirtúe el principio de inocencia que los cobija, mediante un juicio público, oral, con inmediación de la prueba, en el que se garantice el derecho a la contradicción, y demás garantías sustanciales y procesales propias del procesamiento criminal de corte garantista que reclaman las modernas sociedades democráticas.

Resuelta así parte de la censura formulada por los apelantes, se aplicará la Sala en determinar si de los elementos probatorios allegados a la actuación se colige acertada la calificación jurídica de los hechos, o, si como lo asevera el juez de primera instancia, a la luz de los elementos de convicción ofrecidos por el ente persecutor la adecuación típica realizada por la Fiscalía que encuadrada la actuación del agente en el delito de feminicidio resulta errada.

Vale acotar a modo de introducción en dicha problemática que en el ámbito interno la creciente violencia de género llevó a la expedición de la Ley 1761 del 6 de julio de 2015, mediante la cual se tipificó el feminicidio como delito autónomo; normativa que se encuentra en consonancia con diversos instrumentos internacionales⁴ con los que se busca la protección de las

³ CSJ, SP. Sala de Decisión de Tutelas N° 1.

⁴ www.un.org. Manual de Legislación Sobre la Violencia Contra la Mujer: Entre otros puede consultarse las decisiones del Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. La Recomendación General No. 19 (1992) sobre la violencia contra la mujer, párr. 9. La Observación General No. 28 del Comité de Derechos Humanos (2000), en el artículo 3 (Igualdad de derechos entre hombres y mujeres). Las comisiones funcionales del Consejo Económico y Social, incluida la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, la Comisión de Derechos Humanos (sustituida por el Consejo de Derechos Humanos) y la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, también han aprobado con regularidad resoluciones en materia de violencia contra las mujeres.

mujeres, particularmente contra los ataques de los hombres pues “se ha identificado que la violencia contra la mujer es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, que conduce a perpetuar la discriminación contra ésta y a obstaculizar su pleno desarrollo”, así como que dicho tipo de violencias se presentan principalmente, aunque no de forma exclusiva, en el ámbito privado o doméstico, es el denominado feminicidio íntimo, e interconectadas con temas con algún tipo de connotación sexual.

Dicho escenario generó un movimiento global que ha procurado visibilizar el fenómeno, a la par que suma esfuerzos institucionales y privados en pro de la igualdad real entre géneros, la prevención, disminución, sanción y erradicación de los actos violentos a que son sometidas miles de mujeres en el mundo, para que los Estados y la sociedad en general no sean conniventes y rechacen este tipo de comportamientos. Cada vez más la comunidad internacional es consciente que erradicar las distintas formas de violencia en contra de las mujeres, la desigualdad real frente a los hombres, y particularmente aquellos actos deleznable que atentan contra la posibilidad de desarrollar una vida digna, plena y libre de atentados contra su vida, es condición para lograr una verdadera sociedad democrática y pacífica.

En el ámbito jurídico y específicamente en desarrollo de los compromisos internacionales adoptados por nuestro país, lo anterior ha llevado a que se reivindique la idea según la cual los casos de agresiones que involucren a las mujeres deben analizarse bajo una perspectiva de género que permita develar esos patrones en veces enquistados en nuestras sociedades, de abusos sistemáticos pero subrepticios en contra de estas. De ahí, que el fallador deba analizar la prueba sin perder de vista dicha óptica y para lo cual puede echar mano de las herramientas construidas tanto a nivel internacional como del ordenamiento jurídico interno.

Los parámetros internacionales más destacados en la materia pueden encontrarse en la Declaración sobre Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, La Declaración sobre la Eliminación de la Violencia en contra de la Mujer, La Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer

(Beijing), instrumentos emanados de dependencias de la Organización de las Naciones Unidas. A nivel regional, Las Convenciones Americana sobre Derechos Humanos, e Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer o como es conocida “Convención de Belém do Pará” adoptada en 1984.

Retomando la hilatura analítica planteada por la Sala, vale decir que hacia allí apunta en el ámbito jurídico y dentro de este gran esfuerzo para visibilizar este flagelo global, prevenir, proteger a las víctimas, erradicar o sancionar a los victimarios de este tipo de violencias la promulgación de la conducta de feminicidio como delito autónomo, haciendo eco de organizaciones de afectados y del grueso del conglomerado social que clama por una adecuada respuesta institucional ante infamias relacionadas con este tema como las que cada tanto nos muestran los medios noticiosos a nivel mundial.

Los tribunales han dejado claro que este tipo de conductas se estructura cuando el homicidio es producido con motivo de la animadversión que siente el perpetrador por la víctima en razón de su condición de mujer, lo mismo que cuando el deceso de esta es producto de las violencias ejercidas en su contra y que se suceden en un contexto de dominación, subordinación, discriminación, segregación, control, desprecio, odio, misoginia o degradación por razón de su género, independientemente que se produzcan en ámbitos públicos o privados, en cuyos escenarios o entornos puede identificarse una cosificación o instrumentalización de la mujer por parte de su victimario. De ahí la legitimación que adquiere la mayor penalización de este tipo de conductas prohibidas por el legislador.

Se asocia entonces esa violencia feminicida con la idea machista y tradicionalmente perpetuada, recurrente de cosificar a las mujeres, de considerarlas cosas, de instrumentalizarlas, por ejemplo, para la satisfacción sexual del hombre, de considerarla suya y controlarla a su antojo mediando la intimidación, la subvaloración, el desprecio, el acoso, el odio, la degradación y la manipulación, así sea de manera velada y subrepticia.

Ubicados en el específico campo del derecho penal, como acertadamente lo refiere con criterio de autoridad en su jurisprudencia el máximo tribunal de la

jurisdicción ordinaria: “Ese elemento adicional que debe concurrir en la conducta para la configuración del feminicidio, es decir, la discriminación y dominación de la mujer implícita en la violencia que provoca su muerte, obviamente debe probarse en el proceso penal para que pueda reprocharse a su autor. En consecuencia, en ningún caso cabe deducirla de la simple circunstancia de ser el autor del delito un hombre y la víctima una mujer, sino que ha de fundarse en evidencias demostrativas de la situación de abuso de poder en que se encontraba la última”⁵.

El estudio de la descripción comportamental contenida en el modelo típico en cuestión que a su letra reza: “Artículo 104A. Feminicidio. Quien causare la muerte a una mujer, por su condición de ser mujer o por motivos de su identidad de género o en donde haya concurrido o antecedido cualquiera de las siguientes circunstancias, incurrirá en prisión de doscientos cincuenta (250) meses a quinientos (500) meses. a). Tener o haber tenido una relación familiar, íntima o, de convivencia con la víctima, de amistad, de compañerismo o de trabajo y ser perpetrador de un ciclo de violencia física, sexual, psicológica o patrimonial que antecedió el crimen contra ella. b). Ejercer sobre el cuerpo y la vida de la mujer actos de instrumentalización de género o sexual o acciones de opresión y dominio sobre sus decisiones vitales y su sexualidad. c). Cometer el delito en aprovechamiento de las relaciones de poder ejercidas sobre la mujer, expresado en la jerarquización personal, económica, sexual, militar, política o sociocultural. d). Cometer el delito para generar terror o humillación a quien se considere enemigo. e). Que existan antecedentes o indicios de cualquier tipo de violencia o amenaza en el ámbito doméstico, familiar, laboral o escolar por parte del sujeto activo en contra de la víctima o de violencia de género cometida por el autor contra la víctima, independientemente de que el hecho haya sido denunciado o no. f). Que la víctima haya sido incomunicada o privada de su libertad de locomoción, cualquiera que sea el tiempo previo a la muerte de aquella.”, fue abordado in extenso por la Corte Constitucional en la sentencia C-297 de 2016, en la cual explicó:

*“10. En primer lugar, en la exposición de motivos de la ley se indica que la tipificación del feminicidio era necesaria, pues había un vacío legal que impedía sancionar la **“muerte dolosa de la mujer por el simple hecho de ser mujer”**⁶. En ese sentido, aparece claro que la (i) **finalidad** de esta norma, además de llenar ese vacío legal, era cumplir con la obligación del Estado colombiano respecto del deber de debida diligencia en la **prevención, investigación y sanción de la violencia contra la mujer**; así como, con la obligación de garantizar el derecho de acceso a la justicia de las mujeres víctimas. La*

⁵ CSJ, SP. Sentencia SP-2190 de 2015.

⁶ Gaceta del Congreso de la República 773 de 2013, Exposición de motivos proyecto de ley 107 de 2013 del Senado.

tipificación del delito buscó la “institucionalización de acceso a un recurso judicial efectivo de protección”⁷.

Así mismo, se extrae que el tipo penal de feminicidio respondió a la necesidad de crear marcos jurídicos que evaluaran la violencia contra las mujeres, **en su dimensión sistemática y estructural**⁸. Por tanto se estableció que este es un tipo penal pluriofensivo que responde a la realidad de que la violencia contra la mujer **no es un hecho fortuito y aislado sino un hecho generalizado y sistemático**⁹, que afecta diversos bienes jurídicos como la vida, “la dignidad humana, la igualdad, la no discriminación y el libre desarrollo de la personalidad”¹⁰.

11. En segundo lugar, al **(ii) definir el feminicidio**, en la exposición de motivos, se explicó que éste se refiere “al tipo penal que castiga los homicidios de mujeres **por el hecho de ser tales en un contexto social y cultural que las ubica en posiciones, roles o funciones subordinadas**, contexto que favorece y las expone a múltiples formas de violencia”¹¹. Para definir la violencia, se reseñó el artículo 1º de la Convención de Belém do Pará que “señala que debe entenderse por violencia contra la mujer **cualquier acción o conducta, basada en su género**, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”¹². Puntalmente se afirmó:

“El concepto dogmático de feminicidio consiste en la supresión por conducta del autor, de la vida de una mujer (tipicidad), sin justificación jurídicamente atendible (antijuridicidad), en forma intencional o dolosa, observándose una relación de causalidad entre la conducta del agente y el resultado de muerte en la mujer.

Este tipo penal se diferencia del homicidio en las motivaciones del autor, en tanto se basa en una ideología discriminatoria fundamentada en la desvalorización de la condición humana y social de la mujer, y por tanto en imaginarios de superioridad y legitimación para ejercer sobre ellas actos de control, castigo y subordinación.

El feminicidio, **no puede seguir siendo considerado un hecho aislado, fortuito, excepcional, o un acto pasional**, por tanto debe dársele la importancia legislativa que merece, como la real manifestación de la opresión y el eslabón final del continuum de las

⁷ Gaceta del Congreso de la República 773 de 2013, Exposición de motivos proyecto de ley 107 de 2013 del Senado.

⁸ Gaceta del Congreso de la República 773 de 2013, Exposición de motivos proyecto de ley 107 de 2013 del Senado: “El sistema Judicial colombiano no cuenta con mecanismos que le permitan investigar y sancionar la sistematicidad de los ataques, convirtiendo así en ineficaz la protección integral del bien jurídico tutelado de la vida y la integridad personal y generando un mayor riesgo para la víctima, ya que el agresor no encuentra un límite efectivo a su accionar violento”.

⁹ En la exposición de motivos se hace un recuento de las cifras de violencia intrafamiliar, violencia sexual y los homicidios que tienen las características de feminicidios y los avances para su identificación por parte de las secretarías de la mujer en el nivel territorial. Este recuento, a pesar del subregistro, da cuenta de una situación generalizada en la que las mujeres son las mayores víctimas tanto de violencia intrafamiliar como sexual en un 80% aproximadamente. De otra parte, señala que de las 1284 mujeres asesinadas en Bogotá entre los años 2004 y 2012, al menos el 20% tiene las características del feminicidio. Igualmente, recoge los ejemplos de la tipificación del feminicidio en América Latina que atribuye a una respuesta al grado de violencia que sufren las mujeres en la región y los altos niveles de impunidad. También se refiere al delito en el sistema interamericano y en el sistema universal de derechos humanos. Así, señala que en la sesión 57 de la Comisión del Estatus Jurídico y Social de la Mujer se estableció como una necesidad la tipificación de este delito. Por último, hace alusión al Modelo de Protocolo para la investigación de muertes por razones de género en América Latina: femicidio y/o feminicidio impulsado por ONU Mujeres Regional y a los diferentes esfuerzos de estas instancias por visibilizar la violencia contra las mujeres y la necesidad de dar respuestas apropiadas para estas.

¹⁰ Gaceta del Congreso de la República 773 de 2013, Exposición de motivos proyecto de ley 107 de 2013 del Senado: “En el delito de feminicidio que se propone como un tipo penal autónomo, el bien jurídico protegido es la vida de las mujeres. Se trata de un tipo penal pluriofensivo, en tanto afecta un conjunto de derechos considerados fundamentales tales como la dignidad humana, la igualdad, la no discriminación, el libre desarrollo de la personalidad, todos estos bienes jurídicos a proteger”.

¹¹ Gaceta del Congreso de la República 773 de 2013, Exposición de motivos proyecto de ley 107 de 2013 del Senado.

¹² Gaceta del Congreso de la República 773 de 2013, Exposición de motivos proyecto de ley 107 de 2013 del Senado.

violencias contra las mujeres que culminan con la muerte; contentivos de ciclos de violencia basadas en relaciones de dominación y subordinación afirmadas por la sociedad patriarcal, que impone un deber ser a las mujeres por su condición de mujeres, tanto en los ámbitos públicos y privados, a través de prácticas sociales y políticas, sistemáticas y generalizadas para controlar, limitar, intimidar, amenazar, silenciar y someterlas, impidiendo el ejercicio de sus libertades y el goce efectivo de sus derechos”¹³.

(...)

13. En suma, resulta claro que las circunstancias contextuales de un homicidio de una mujer por el hecho de ser mujer son determinantes para establecer la conducta del feminicidio. En este sentido, dado que los bienes jurídicos protegidos por la norma acusada van más allá de la vida y se encuentran ligados a la protección de las mujeres frente a patrones de discriminación que configuren la intención de matarlas por razones de género, esta Sala es enfática en establecer que el elemento esencial del tipo radica en el hecho de matar a una mujer por el hecho de serlo. ...”

*Por su parte en el Modelo Protocolo Latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio) de ONU Mujeres, donde igual se estudia el tema, se explica, entre otros aspectos de interés, que **toda muerte violenta de una mujer en el que se evidencie un componente sexual directo o simbólico debe considerarse un feminicidio**: “...se trata de una conducta que forma parte de la violencia de género y que tiene sus raíces en el contexto socio-cultural que ha justificado la Violencia Contra la Mujer a lo largo de la historia incluyendo las agresiones sexuales y violaciones a través de argumentos basados en la provocación de la mujer por su forma de vestir o por su manera de comportarse. Como tal, el feminicidio sexual comparte elementos con el resto de femicidios. Los elementos comunes surgen de las ideas y motivaciones de los agresores respecto a las mujeres y de la carga emocional que acompañan a sus conductas violentas como rabia, ira, odio, desprecio etc”.*

Agregando: “En la experiencia latinoamericana se han identificado varias modalidades delictivas de muertes violentas de mujeres por razones de género...

***Íntimo**: es la muerte de una mujer cometida por un hombre con quien la víctima tenía o había tenido una relación o vínculo íntimo: marido, exmarido, compañero, novio, exnovio, o amante, persona con quien se procreó un niño o una niña. Se incluye el supuesto del amigo que asesina a una mujer -amiga o conocida- que rechazó entablar una relación íntima (sentimental o sexual) con éste.”*

Descendiendo al caso de la especie y sin dejar de reconocer que tras el advenimiento del nuevo tipo penal bajo análisis, esto es, el consagrado en el artículo 104A del C. Penal, en este tipo de casos no resulta de fácil solución

¹³ Gaceta del Congreso de la República 773 de 2013, Exposición de motivos proyecto de ley 107 de 2013 del Senado.

deslindar cuándo se está frente a un homicidio agravado bajo la circunstancia del artículo 104.1 del C. de las Penas y cuándo se estructura el dolo feminicida, tal como lo advierte el a quo en la decisión confutada y lo aceptan los censores. Empero, tampoco puede confundirse el análisis del caso bajo la perspectiva de género con un actuar caprichoso, arbitrario y con sesgo sexual que se aleja de la realidad fenomenológica estudiada, y que tras una errada calificación jurídica vulnera el principio de tipicidad y de contera la presunción de inocencia del enjuiciado.

Ubicados en lo que fue objeto de demostración, es indiscutible que en este caso la exigencia típica del elemento objetivo se encuentra plenamente colmada, no subsiste duda alguna sobre el atentado contra la vida de DIANA PATRICIA MARÍN TORO a manos del acusado, lo problemático surge con relación al aspecto subjetivo exigido en el modelo típico contenido en el art. 104A del Código de las Penas.

Sobre el particular debe señalar la Sala que en verdad le asiste razón al a quo cuando sostiene que en este caso la investigación pudo desarrollarse más a fondo, incluso la misma delegada acepta que existen serios indicios de violencia sexual en la escena de los hechos investigados sobre los que inexplicablemente no se profundizó, lo cual denota simplemente que se pudo haber profundizado en la aplicación de la perspectiva de género en este caso, pero en modo alguno que la investigación sea insuficiente para demostrar en este momento procesal la materialidad del hecho y la responsabilidad del acusado a la luz del instituto y de las exigencias propias de los preacuerdos. Lo contrario es exigir el debate y el caudal probatorio propio de un juicio, y, se insiste, en este caso se cuenta con suficientes probanzas que demuestran que la calificación jurídica efectuada por el ente persecutor se encuentra acertada.

Y es que a pesar de no ser abundantes, en criterio de esta Sala de los elementos allegados por la Fiscalía se logra extractar con meridiana claridad que la violencia ejercida por el agente y que buscó la muerte de la víctima estuvo movida por razones de género que configuran el dolo feminicida que no encuentra probado la primera instancia.

En efecto, de las tres entrevistas que obran en el plenario, cuyo contenido no se traerá nuevamente a colación para no ser repetitivos ya que del mismo se realizó una amplia exposición y análisis por parte del a quo y los sujetos procesales en la sesión de verificación de la viabilidad del preacuerdo, en criterio de esta Sala se extractan señales contundentes, inequívocas, sobre ese abuso de poder, si se quiere subrepticio, esa manipulación, y, en general, la violencia gradual ejercida por el agente sobre la víctima, quedando descartado que se trate de un simple hecho aislado, una dificultad pasajera o cotidiana que se presenta entre las parejas sentimentales, o de simple celotipia en un grado, si se quiere normal, pues en verdad que esta patología requiere atención especializada a pesar de la aceptación cultural y el silencio con el que en nuestro medio se ha rodeado este tipo de comportamientos.

Para demostrar probado el dolo feminicida no se requiere un gran número de eventos, si se quiere cíclicos, aunque es lo usual en este tipo de casos, o de evidencia demostrativa, que para el evento que ocupa la atención de esta Magistratura devela que el ataque respondió a la condición de mujer; las entrevistas, lo expuestos por los dos amigos del acusado, la hermana de la ofendida, la forma en que se encontró la escena de los hechos, la contundencia del ataque, las señales de posible violencia sexual, las expresiones de arrepentimiento con posterioridad al mismo por parte del pasivo de la acción penal, las muestras de celotipia, de control, de subordinación, las señales de desavenencias entre la pareja, la intención de separación. Todos son elementos de un cuadro que bajo la perspectiva de género no puede pasar inadvertido para los investigadores y para la judicatura, y que demuestra que existió dolo feminicida.

De ahí que la calificación jurídica realizada por la Fiscalía se considere acertada y fundada en suficiente material de cargo, lo que descarta la vulneración del principio de tipicidad y de contera de la presunción de inocencia que cobija al procesado.

Tampoco genera reparo alguno el monto de pena finalmente pactado, en tanto se entienda que corresponde a la rebaja punitiva prevista en el canon 5º de la Ley 1761/15, esto es, de ½ del que a su vez se estipula en el canon 351 de la ley 906/04, debe aplicarse con sujeción a lo dispuesto en el art. 60 del C.

Penal, en palabras más sencillas, que se reconoce la rebaja de pena que para cada momento procesal estipula la referida normativa.

Lo expuesto permite a la Sala en forma unánime concluir que la negociación o preacuerdo celebrado entre la Fiscalía y el acusado -acompañado por su defensor-, se ajusta a la legalidad, y no desconoce ni quebranta garantías fundamentales lo que fuerza su aprobación, ordenándose al a quo proseguirse con el trámite establecido en consecuencia.

*Por lo expuesto, esta Sala de Decisión Penal del **Tribunal Superior de Medellín,***

RESUELVE:

APROBAR *el preacuerdo puesto a consideración del Juez Veintinueve Penal del Circuito de Medellín con funciones de conocimiento, en la audiencia del 17 de mayo de 2018, y en consecuencia, se le ordena continuar con el trámite de rigor. Esta decisión queda notificada en estrados y contra la misma no procede ningún recurso.*

Por la Secretaría de la Sala se ordena remitir la actuación al Juzgado de origen para que continúe con el subsiguiente trámite.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO

LUÍS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE