



SALA PENAL

Radicado: 05-001-60-00206 2019-29675
Procesado: Héctor de Jesús Flórez Zapata
Delito: Femicidio
Asunto: Apelación de sentencia condenatoria
M. Ponente: Miguel Humberto Jaime Contreras

Aprobado por Acta No. 037

Medellín, veintisiete (27) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

1. EL ASUNTO

Al no aceptarse la ponencia inicial, el recurso de apelación interpuesto por el defensor y el acusado contra la sentencia condenatoria dictada por la Juez 14 Penal del Circuito de esta ciudad el 8 de marzo de 2021, por la autoría en el delito de femicidio agravado, se resuelve por la mayoría de la Sala que ejerce la competencia prevista en el artículo 34 numeral 1 de la Ley 906 de 2004.

2. ANTECEDENTES

2.1. De la actuación procesal

El 1 de enero de 2020, la Fiscalía formuló imputación a Héctor de Jesús Flórez Zapata por el delito de femicidio agravado por los hechos, el que precisó así: *“Ocurrieron ayer 31 de diciembre de 2019, entre las 8:30 am y las 10:30 am aproximadamente, de acuerdo a una*

serie de entrevistas que se recibieron, la Fiscalía considera que usted es el presunto autor de la muerte de su compañera sentimental la señora Flor Mary Giraldo Muñoz de 52 años de edad (...). Ya tenemos el acta de inspección al cuerpo que se hizo dentro de la residencia donde transcurrieron los hechos, carrera 34 No.89-44 (...), se dijo que había unas señales de violencia, heridas por arma blanca en diferentes partes del cuerpo, cabeza, cuello, región mamaria, región abdominal, brazo izquierdo, región dorsal (...) serían la causa de la muerte (...)”.

Luego de describir los elementos materiales probatorios con los que cuenta y su contenido, fundamentó el feminicidio en lo dispuesto en el artículo 104A, literal C del Código Penal, porque *"usted llevaba o aportaba un dinero para la manutención de esta dama, Flor Mary Giraldo, de cuando en cuando, y eso le daba a usted una especial posición de poder sobre esta mujer, de ahí el feminicidio"*, y la agravación en el artículo 104B, literal g ibídem, que remite al agravante 7° del artículo 104 de la misma ley, dada *“la cantidad de heridas con arma blanca, ella boca abajo, aprovechó una situación de inferioridad, la atacó con el arma y le causó la muerte”*.

El 11 de marzo siguiente, le formuló acusación también por la conducta de feminicidio agravado, y narró los siguientes hechos:

“Flor Mary Giraldo Muñoz de 52 años de edad y Héctor de Jesús Flórez Zapata de 65 años de edad, venían sosteniendo una relación de compañeros permanentes por espacio de cuatro años, en desarrollo de la cual se presentaron varios conflictos.

En ese contexto, el primero de enero de 2020, siendo aproximadamente las 08:30 de la mañana mientras la pareja se encontraba en la residencia familiar ubicada en la carrera 34 Nro. 89-44 segundo piso barrio Manrique San Blas del municipio de Medellín, se presentó una discusión, en la cual Héctor de Jesús Flórez Zapata resultó lesionado en el cuello y en los antebrazos, mientras que la ciudadana Flor Mary Giraldo Muñoz perdió la vida al sufrir lesiones en cabeza, cuello, región

mamaria, abdomen y brazo, siendo observado el señor Flórez Zapata cuando salió del lugar con manchas de sangre en las prendas y parte del cuerpo, quien fue retenido por la comunidad hasta que se hicieron presentes funcionarios de la Policía Nacional, quienes procedieron a privarlo de la libertad.”

Respecto a la denominación jurídica de la conducta, se remitió al artículo 104A de la Ley 599 de 2000, pero ahora por el literal b, con base en que *"mediaba una relación íntima o de pareja de compañeros permanentes entre Flor Mary Giraldo Muñoz y Héctor de Jesús Flórez Zapata, y que en desarrollo de esa relación la señora hoy víctima Flor Mary Giraldo Muñoz sufrió algunas agresiones por parte de su compañero, situaciones que implicaban que este quisiera tomar decisiones sobre la vida vital, decisiones vitales, de la señora Flor Mary Giraldo Muñoz tales como obligarla a quedarse a su lado mientras estaba laborando en sus oficios en fincas y algunas otras que se describan en el desarrollo del juicio oral".*

También la agravó por el artículo 104B, literal g, que remite al 104, numeral 7 por cuanto se *“aprovecha de la situación de indefensión en que se encontraba la víctima, quien a pesar de haberse enfrascado inicialmente en una discusión con él, luego es superada con creces por el señor Héctor de Jesús Flórez Zapata, quien incluso causa lesiones graves a esta dama en la parte posterior del cuerpo cuando incluso ya la había sometido”,* y agregó el numeral 1° por ser compañeros permanentes.

La audiencia preparatoria se efectuó el 23 de septiembre, y el juicio oral en 7 sesiones realizadas entre el 2 de octubre de 2020 y el 22 de febrero de 2021, fecha última en la que fueron presentados los alegatos de cierre.

El 8 de marzo de 2021, se emitió sentido de fallo de carácter condenatorio y se dio lectura a la sentencia contra la cual el defensor y el acusado interpusieron el recurso de apelación, el que sustentaron por escrito dentro del término legal.

3. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La juez de primer grado encontró penalmente responsable a Héctor de Jesús Flórez Zapata como autor del delito de feminicidio agravado, ocurrido en la mañana del 31 de diciembre de 2019, cuando causó la muerte de su compañera Flor Mary Giraldo Muñoz al ocasionarle múltiples heridas con cuchillo, hechos sucedidos en la residencia de la pareja, ubicada en la carrera 34 Nro. 89-44, segundo piso, barrio Manrique San Blas, del municipio de Medellín.

Concluyó que Héctor de Jesús ostentaba dominio y poder en la relación, y Flor Mary, dado sus antecedentes de prostitución, fue instrumentalizada. Con base en los testimonios de las hijas, juzgó que se demostró que el acusado se quedaba en la casa de la víctima contra su voluntad, que no quería más esta relación, además, se sentía amenazada y acosada, y muestra de la discriminación fue el testimonio del sentenciado, quien calificó a su compañera fallecida como borracha, grosera y violenta, *“es decir, para él, ella no valía como ser humano, de ahí su instrumentalización”*. Además, los gritos de auxilios escuchados por la vecina Luz Mery Molina Vasco y las 14 puñaladas, expresaban la máxima vulnerabilidad de la mujer.

Descartó el estado de ira e intenso dolor deprecado por el defensor y el procurador judicial. Puso en duda que las lesiones de Héctor de Jesús las hubiera causado Flor Mary, en todo caso fueron

superficiales y no se probó que esta hubiera actuado de manera grave e injusta: “*porque (Flor) se fue desde el 30 de diciembre y no regresó sino hasta muy entrado el amanecer del 31 de diciembre y ebria*”, y esta fue la causa de la alteración emocional.

Así, considerando la tipificación en “*el artículo 104 A, literal b), en concordancia con el Art. 104 B, literal g), numerales 1 y 7 del Art. 104 del Código Penal*” y luego de realizar la división en cuartos del ámbito punitivo, impuso el mínimo legal de 41 años y 8 meses, la inhabilitación de derechos y funciones públicas la fijó en 20 años, y dispuso el cumplimiento de la sanción en un centro carcelario negando la suspensión de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

4. LA SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

4.1. Los recurrentes:

4.1.1. El defensor sustentó su impugnación así:

i) Alega que si manejamos de manera estricta el principio de la congruencia se deberá absolver a mi defendido, por cuanto fue acusado por un delito, cuando la realidad fue que se juzgó por otra denominación penal.

ii) Plantea que si la segunda instancia acogiera parcialmente sus argumentos jurídicos se debería modificar la sanción penal por el delito de homicidio sin agravantes, máxime que estos no se desarrollaron en la sentencia ni en el juicio.

iii) Independientemente de cuál fuera la postura del Tribunal frente a los dos puntos anteriores, la defensa considera la existencia del artículo 57 del Código Penal, razón por la cual pide la modificación de la sentencia para que se le otorgue el atenuante ya enunciado.

Alega que ninguno de los numerales previstos en el artículo 104A del Código Penal se cumplió (aunque no es necesario que se den todos, aclaró) y, por tanto, se debe absolver, aunque reconoce que la Corte ha avalado la degradación típica de la conducta, concluyendo que *“en pocas palabras existió el homicidio mas no el feminicidio”*.

A continuación, hizo precisiones respecto a todas las causales. En cuanto al literal A alegó que no se demostró el ciclo de violencia sexual, psicológica o patrimonial, y la Juez *“frente a manifestaciones de referencia, presumió que sí existieron”*, desconociendo que el acusado era *“una persona calmada, tranquila y colaboradora”*; al contrario, la incomprensión y falta de tolerancia siempre estuvo en cabeza de la occisa y explicó que todas las personas han tenido episodios de celos, además de que las discusiones de parejas no son razón suficiente para endilgar el feminicidio.

En lo que atañe al literal B alegó que no existieron actos de *“instrumentalización de género”* ya que *“la señora hacía lo que quería, se iba cuando quería, bebía cuando quería y lo único que importaba era que el señor HÉCTOR FLÓREZ le diera dinero”*.

Sostiene que los literales C y D no aplican, y en cuanto al E, la prueba fue de referencia, y en todo caso, no expresaba violencia física. De otro lado, si fuera violencia psicológica, la víctima debía haber

sentido zozobra o doblegamiento; pero, lo que declararon los testigos fue lo opuesto.

Pasando a la segunda pretensión, consideró que se debe reconocer el estado de ira e intenso dolor, previsto en el artículo 57 del Código Penal, e invitó a analizar la prueba imaginándose las situaciones que tuvo que afrontar su defendido:

Que Héctor Flórez es una persona de más de 62 años de edad, campesino, poco letrado, jornalero en fincas, que trabaja de sol a sol, decide autónomamente tener una relación sentimental con una dama que conoció en la Veracruz y, pese a ello, no le importó seguir con dicha relación, convivió en el tiempo que podía con su compañera permanente, fue conocido por sus vecinos y familiares como una persona seria, colaboradora, según las hijas de la occisa, como buen campesino malgeniado, celoso de su mujer como lo podría ser cualquier persona (hombre o mujer), en especial si la compañera trabajaba en la Veracruz (centro de Medellín célebremente lugar conocido donde se encuentran mujeres que ofrecen servicios sexuales).

Que nunca actuó de manera agresiva en contra de su amada, se rumoró que la trataba mal, pero nunca la agredió, se demostró que esa mujer por el contrario solo le pedía dinero, que siempre cuando llegaba a su casa después de estar días enteros trabajando, la occisa solo lo trataba mal, ella se iba dejándolo solo, llegaba en estado de alicoramiento y pese a ello, él seguía a su lado, ayudándoles, colaborándoles, e incluso lo dijo la hija Kelly, también le colaboraba con lo que podía para sus cositas.

Que para el día de los hechos nada contradice que su defendido estuviera en la cama y Flor Mary llegando en estado de ebriedad, y quien procedió a discutir y agredirlo causando dos heridas en el cuello con arma cortopunzante *“y acá tampoco existió evidencia que pudiera indicar que esas lesiones fueron después o antes o causadas por la occisa o autoinfligidas por mi mandante”*. Con este antecedente, por todo lo vivido, explotó y la prueba es *“la brutalidad”* de las heridas causadas.

4.1.2. El procesado sostuvo la tesis de que el feminicidio lo cometió en estado de ira e intenso dolor que padeció, según el artículo 57 del Código Penal.

Expresó acerca de su personalidad que tenía 67 años para los hechos, es de extracción campesina y de pocos estudios, variables no consideradas por la juez y, por el contrario, la víctima tuvo un pasado en la prostitución. La relación sentimental contó con su apoyo económico para que abandonara ese oficio, pero siendo esta más joven, ella imponía sus caprichos y decisiones.

Que la hija de Flor y su hermana, Yaneth Viviana Giraldo, declararon acerca de la agresividad que originaba su ebriedad, representado en maltrato y humillaciones, todo con lo cual desarrolló *el síndrome de malestar y dolor intenso*. El día de los hechos le dio dinero y lo hizo esperar 15 o 20 horas, lo cual fue asumido como un acto de desprecio y humillación, y es un irrespeto *“que la mujer que usted ama lo ponga como un tonto a esperar tanto tiempo”*.

Que no hubo premeditación, su respuesta fue ante una inminente agresión y *“aunque escuchó los gritos de auxilio y de perdón”*

que pedía la occisa su situación de irritabilidad y descontrol emocional no le permitieron reflexionar sino actuar con instinto cuasi animal". El médico legista no aseveró o puso en duda que hubiera sido lesionado por la occisa cuando estaba acostado en la cama.

4.2. La no recurrente.

La Fiscalía llamó la atención acerca del análisis forense del pantalón que vestía Héctor de Jesús al momento de ser privado de la libertad y que permiten inferir *"que no es cierto que la víctima hubiese atacado al investigado con arma blanca, dando lugar con ello a algún tipo de reacción defensiva por parte de éste"*.

Estimó que lo probable es que el homicidio hubiera estado precedido de discusiones, y si la sumisión del acusado se sustenta en que le brindaba apoyo económico y se había dedicado a la prostitución, son variables de una indebida discriminación de género fundado en *"el estereotipo de mujer mala"*: *"como si la vinculación de esta mujer al trabajo sexual, implicara en ella una menor valía, como si ella estuviera "dañada", lo cual conllevó a que se ejerciera sobre ella un control a semejanza de "un objeto", nótese que se advirtió en el proceso que el señor HECTOR DE JESUS FLOREZ ZAPATA se "mostraba muy intenso"*.

Ahora, si Flor Mary se ausentó e ingirió licor, estimó que el acto de terminar la relación sería de *"control o cosificación"*, propio también de discriminación de género negativa, *"porque piénsese por ejemplo en el caso del hombre que desconoce que su compañera se encarga de los quehaceres del hogar, del débito conyugal, del cuidado de los hijos, soporta las adicción al alcohol, etc, mientras que éste se distrae fuera*

del hogar, gasta su dinero y en general incumple con las expectativas como pareja, podría decirse que ¿a ella le es menos exigible el evitar matarlo?. ¿Verdad que no?”.

En su sentir, se trataría, entonces, de un feminicidio agravado, y con cita de doctrina destacó que la reacción del autor debe examinarse, no por la intensidad de la emoción, sino a la luz del interés jurídico relevante y la proporcionalidad de la respuesta, supuestos que descartarían la atenuante para este caso.

5. CONSIDERACIONES

5.1. Considerando que no se discute la autoría de Héctor de Jesús Flórez Zapata en la causación de la muerte de Flor Mary Giraldo Muñoz pues, al contrario, se pide la degradación de la condena al delito de homicidio y el reconocimiento de la ira e intenso dolor, y que se percibe incongruencia entre los supuestos fácticos que caracterizan el feminicidio en la imputación y la acusación, desde ya puede anunciar la mayoría de la Sala de Decisión que se degradará la conducta acusada, por cuanto válidamente solo puede asumirse atribuido el homicidio agravado, es decir, se accederá a la primera de las pretensiones; pero, por razones procesales diferentes a las planteadas en la apelación, como pasará a exponerse:

El feminicidio se encuentra tipificado en el artículo 104A del Código Penal, adicionado por la Ley 1761 de 2015, que dispone que incurrirá en la conducta: *“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 ...”*:

“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.”

Tal como se explicó en la primigenia ponencia, de la definición legal se destacan dos características decantadas por la Corte Constitucional y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia:

La primera, la exigencia de que concurra en la acción del sujeto agente un elemento subjetivo que debe orientar la motivación de causar la muerte a la víctima por *“la condición de ser mujer”*, aspecto que lo diferencia y le otorga autonomía, del mero homicidio de una mujer para cuya configuración no se requiere que medie una razón específica. Ha expuesto la Corte en sentencia del 6 de abril de 2022 (SP1167-2022, radicado 57.957) que este *“móvil que lleva al agente a terminar con la vida de la mujer comporta no sólo una vulneración al bien jurídico de la vida, sino también la lesión a la dignidad humana,*

la igualdad, la no discriminación y el libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Con este delito el legislador reprime y pretende desestimular la muerte de las mujeres con carácter discriminatorio, entendido como un acto de sujeción y dominación”.

La segunda, los seis literales vistos que acompañan la comisión de esta conducta punible, definidos en la expresión “o en donde haya concurrido o antecedido cualquiera...”, son de naturaleza enunciativa. En la sentencia C-539 de 2016, la Corte Constitucional indicó que: “El elemento subjetivo no se agota en las circunstancias expresadas en ellos. El delito consiste en ocasionar la muerte a una mujer por el hecho de serlo, lo cual puede ocurrir y ser inferido de una gran cantidad de contextos que, evidentemente, no correspondan con los expresados en los citados enunciados. Por lo tanto, se comete feminicidio cuando se priva de la vida a la mujer en razón de su condición, ya sea en esas u otras situaciones”.

En igual sentido, en la sentencia del 14 de diciembre (SP3993-2022-radicado: 58187) la Corte reiteró que: “las circunstancias allí previstas se constituyen en un elemento alternativo del tipo penal, por demás enunciativo y no taxativo, de modo que la correcta imputación fáctica y jurídica del delito de feminicidio no exige que la Fiscalía General de la Nación se circunscriba a alguna de las causales descritas en la norma; basta, entonces, que se indique cuáles son los hechos que dan cuenta que el asesinato de una mujer se produjo por su condición de ser mujer o por motivos de su identidad de género - ingrediente subjetivo del tipo penal de feminicidio- para que se entienda cumplida en debida forma esta exigencia”.

De ahí que la Fiscalía especificara las razones por las cuales la muerte de Flor Mary Giraldo Muñoz no era un simple homicidio; sin embargo, los motivos variaron significativamente entre los atribuidos en la imputación y la acusación, y no solo jurídicamente.

En la formulación de imputación, la Fiscalía atribuyó el feminicidio en el artículo 104A, literal C del Código Penal, porque *"usted llevaba o aportaba un dinero para la manutención de esta dama, Flor Mary Giraldo, de cuando en cuando, y eso le daba a usted una especial posición de poder sobre esta mujer, de ahí el feminicidio"*.

En la audiencia de acusación, el ente acusador basó su pretensión jurídica en el mismo artículo 104A, ahora en el literal B, lo que no es cuestionable, pero sí el hecho de haberla cimentado en hechos que no fueron expuestos en la imputación, en tanto razonó que *"mediaba una relación íntima o de pareja de compañeros permanentes entre Flor Mary Giraldo Muñoz y Héctor de Jesús Flórez Zapata y que en desarrollo de esa relación la señora hoy víctima Flor Mary Giraldo Muñoz sufrió algunas agresiones por parte de su compañero, situaciones que implicaban que este quisiera tomar decisiones sobre la vida vital, decisiones vitales, de la señora Flor Mary Giraldo Muñoz tales como obligarla a quedarse a su lado mientras estaba laborando en sus oficios en fincas y algunas otras que se describan en el desarrollo del juicio oral"*.

Es decir, en la primera audiencia se atribuyó la posición de poder que tenía el acusado sobre la víctima dada su calidad de proveedor económico, y en la segunda por razones diferentes, esto es, por el dominio sobre las decisiones vitales de Flor Mary Giraldo fundado en violencia o agresiones previas. Como estas últimas circunstancias no

fueron mencionadas fácticamente en la imputación, en la acusación se desconoció que desde la imputación era menester atribuir la hipótesis fáctica por la que se acusaba, so pena de afectar la debida congruencia que debe existir entre los hechos endilgados en estas diligencias.

Frente al tema, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha decantado que si *“...es demostrado que los hechos jurídicamente relevantes se modifican sustancialmente en la acusación, respecto de los consignados en la imputación; o son los falladores los encargados de tal mutación, la vulneración opera dentro del marco del principio de congruencia, aclarándose, eso sí, que en términos de lo fáctico, la delimitación de lo sucedido se obliga y debe permanecer invariable desde la imputación, lo que no sucede con la denominación jurídica, que es pasible de modificarse ampliamente en la acusación y con algunas restricciones en los fallos”*¹.

Aunque es cierto que pueden agregarse *“nuevos detalles”* del suceso no expresados en la imputación, siempre que no se afecte el núcleo fáctico de la conducta atribuida, en el evento de *“que el fiscal considere procedente incluir los referentes fácticos de nuevos delitos, introducir cambios factuales que den lugar a un delito más grave o modifiquen el núcleo de la imputación, deberá acudirse a la adición de la imputación”*².

En este caso, la Fiscalía no adicionó la imputación para incluir fácticamente que el acusado quería tomar decisiones sobre la vida de la víctima, *“tales como obligarla a quedarse a su lado mientras estaba*

¹ Sentencia SP3420-2021 del 11 de agosto de 2021. M.P. Diego Eugenio Corredor Beltrán.

² Ver las sentencias SP2042-2019, Radicación No. 51007 del 5 de junio de 2019, y Radicación No. 51.745 del 14 de agosto de 2019, M. P. Dra. Patricia Salazar Cuéllar.

laborando en sus oficios en fincas y algunas otras que se describan en el desarrollo del juicio oral" fundado en el dominio que le generaba realizar agresiones previas, lo que debía hacer porque en la imputación no se mencionó la posición dominante en la relación por parte del acusado respecto a las decisiones vitales de la víctima ni su fuente violenta, y que sirvió como fundamento para calificar la conducta punible como feminicidio en la acusación.

En estas circunstancias, por razones de técnica procesal al no quedar adecuadamente atribuido el feminicidio puesto que la causal de su configuración típica fue variada sensiblemente, sin adicionar o modificar la imputación, juzga la Sala Mayoritaria que no es debido jurídicamente emitir una condena por el delito de feminicidio, por lo que degradará la conducta a la que subyace como es el homicidio agravado.

Por supuesto, según lo dicho, la Fiscalía, aunque no estaba obligada a direccionar la descripción de los hechos en causales, optó por hacerlo así, fijando el supuesto fáctico que tipifica la causación de la muerte en feminicidio, por lo cual adquiere relevancia la necesidad de su conocimiento desde la investigación para asegurar el derecho constitucional que se tiene, acorde al artículo 29 Superior, de ejercer la defensa desde la investigación.

La Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia en providencia SP1742-2022 del 25 de mayo de 2022, radicado 57051, M.P. Diego Eugenio Corredor Beltrán recordó los requisitos para variar la calificación jurídica sin que se transgreda el principio de congruencia:

“... la Corte explicó a partir de la sentencia SP, 27 jul. 2007, Rad 26468, que dicho principio no es absoluto, y que, por tanto, resulta jurídicamente posible variar en el fallo la calificación jurídica atribuida en la acusación, sin quebrantar las garantías fundamentales, siempre que (i) se trate de un delito de menor entidad, (ii) que guarde identidad en cuanto al núcleo básico o esencial de la imputación fáctica y, (iii) no implique desmedro para los derechos de las partes e intervinientes.”

En efecto, y no fue objeto de discusión por los apelantes, con la prueba incorporada se demostró más allá de toda razonable que Héctor de Jesús Flórez Zapata causó la muerte de Flor Mary Giraldo Muñoz al propinarle múltiples heridas con arma blanca en su cuerpo, hechos jurídicamente relevantes atribuidos al procesado en la imputación y acusación, y que guardan identidad con el homicidio, cuya entidad es menor que el feminicidio si se tiene en cuenta la especial gravedad que el legislador le otorgó al último delito, y que la pena es mayor que la del primero cuando son conductas agravadas.

Entonces, al cumplir los mencionados requisitos, se degradará la conducta, puesto que, de otro lado, mantienen su vigencia las valoraciones probatorias de la primera instancia que establecieron que la occisa perdió la vida a manos del acusado, como este mismo reconoce, así alegue la circunstancia de ira e intenso dolor.

5.2. Ahora, si bien el defensor discute que el procesado debe ser condenado por homicidio simple porque no se acreditaron las circunstancias de agravación, ni fueron motivadas, la Sala difiere de esa postura. De un lado, no encuentra déficit de sustentación en la imposición de la agravante contenida en el numeral 1° del artículo 104, al que remite el artículo 104B, literal g, y que fue imputada y acusada por la Fiscalía porque el agresor y la víctima eran compañeros permanentes, lo que también fue acreditado.

Kelly Johana Giraldo Muñoz dio cuenta de que su madre Flor Mary vivió con Héctor de Jesús Flórez Zapata los últimos meses antes de su muerte, ya que más o menos desde septiembre de 2019 residían los 2 solos, toda vez que *“ella se independizó y ya estaba viviendo con él, igual él seguía trabajando y seguía yendo donde ella, pero ya más tiempo juntos que el de antes, y ya nosotros no estábamos viviendo con ella”*. Luego, cuando se le indagó acerca del trabajo del procesado, precisó que él tuvo diferentes empleos; pero la última vez su labor era cuidar una finca *“entonces él solamente podía venir los fines de semana o mi mamá iba a veces también”*.

Bien es cierto que Yaneth Viviana Giraldo Muñoz y Gladis María Giraldo Muñoz, hija y hermana de la víctima respectivamente, afirmaron que Flor Mary Giraldo Muñoz vivía sola para el momento de su muerte, y que el acusado solamente la visitaba, pues la primera aseguró, refiriéndose al procesado, que *“el señor iba y se quedaba con ella los fines de semana”*; pero, al preguntársele por quién suplía las necesidades económicas de la madre, respondió: *“la verdad el señor Héctor si le colaboraba mucho”*. La segunda manifestó que el acusado iba cada 15 días donde ella *“porque él trabajaba en un pueblo, o no sé dónde, pero él venía cada 15 días, pero ella permanecía en la casa”*.

Pero, lo dicho por la última hija y por la hermana de la occisa no desvirtúa lo afirmado por Kelly Johana Giraldo Muñoz acerca de la convivencia de la víctima y su agresor quien revela un conocimiento más informado; al contrario, confirman su dicho porque cuando afirmó que meses antes de la muerte de su madre, Flor Mary Giraldo, se fue a vivir con Héctor, también aseguró que, como para ese momento el acusado trabajaba cuidando una finca, únicamente la visitaba los fines de semana. Esta situación la ratifican las

mencionadas testigos, quienes corroboraron la visita los fines de semana e incluso que el procesado la ayudaba económicamente con los gastos que tuviera, y sin olvidar el hecho de que las tres testigos mencionadas refirieron una relación de más de 4 años entre ellos.

Es decir, no solo se advierte la vocación de permanencia y singularidad como lo exige el artículo 1° de la Ley 54 de 1990³ para considerar a una pareja compañeros permanentes, sino, también, el ánimo de estabilidad en la convivencia del acusado y la víctima; pese a que por la labor desempeñada por el primero no fuera posible que diariamente compartieran mesa, lecho y techo.

5.3. Ahora, en cuanto a la agravante contenida en el numeral 7 del artículo 104 del Código Penal, esta se encuentra sustentada en que el acusado se *“aprovecha de la situación de indefensión en que se encontraba la víctima”* porque *“a pesar de haberse enfrascado inicialmente en una discusión con él, luego es superada con creces por el señor Héctor de Jesús Flórez Zapata, quien incluso causa lesiones graves a esta dama en la parte posterior del cuerpo cuando incluso ya la había sometido”*.

Significa la anterior afirmación fáctica que la situación de indefensión se basa en las lesiones ocasionadas *“cuando incluso ya la había sometido”*; no obstante, la Sala Mayoritaria no encuentra demostrado este hecho, puesto que únicamente se cuenta con dos testimonios acerca de la ocurrencia del suceso: el de Luz Mery Molina Vasco, vecina que escuchó gritos cerca de las 8:20 am, y el del procesado.

³ Artículo 1°: *“A partir de la vigencia de la presente Ley y para todos los efectos civiles, se denomina Unión Marital de Hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular. Igualmente, y para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho”*.

Si bien la vecina manifestó haber escuchado gritos de auxilio, entre esos: *“ay ayúdenme”, “por favor”, “ay amor perdóneme”, “perdóneme”, “ay amor perdóneme”, “no lo vuelvo hacer”, “no lo vuelvo hacer”, “ay por favor ayúdenme”, “ay auxilio”*; al igual que golpes *“como si le diera contra las paredes, caían cosas, cayó algo como un frasco, o algo así, no supe bien, pero era algo así como una botella, o frasco, no se, o una lámpara”*, también es cierto que esta sola situación no acredita que el acusado la hubiera sometido para causarle las heridas que provocaron su muerte.

En efecto, lo expuesto como escuchado permite hacer suposiciones, sin base segura, que se aproximan a la especulación pues no sabemos el contexto que le antecedió y que concurría en la acción, de modo que se facilita construir en lo imaginario.

Nadie diferente al procesado ofrece una visión cabalmente informada sobre cómo ocurrieron los hechos, por lo cual difícilmente puede, con consistencia, considerarse probado que las lesiones infringidas a la víctima se ocasionaron luego de un sometimiento que dé cuenta de que existió el doloso aprovechamiento de una situación de indefensión por parte del agresor.

Únicamente se tiene la versión del acusado, quien en juicio afirmó que le causó las heridas como respuesta a la agresión de la víctima con una navaja en su cuello momentos antes; pero esta versión no es creíble no solo porque los testigos que lo vieron, Gladys María Giraldo y Diana Marcela Giraldo, cuando salió de la casa luego de transcurridas varias horas desde el incidente, le percibieron sangre, una seca y otra abundante, coincidiendo que la última le

vieron en una herida que tenía en el cuello, lo que indica su auto producción, sino que además su credibilidad es mermada por la variación de sus explicaciones, dado que el procesado dio otra versión acerca de lo ocurrido, diferente a la declarada en juicio, al momento en el que fue abordado por los familiares de la occisa, cuando lo vieron salir de la casa en la que se halló el cuerpo de Flor Mary Giraldo.

Podría pensarse que, en virtud de la libertad probatoria, del dictamen médico legal de necropsia en el que se relacionan las 14 heridas causadas a la occisa, podría inferirse lógicamente la indefensión de la cual se habría aprovechado el justiciable; sin embargo, de lo constatado por el médico legista difícilmente puede extraerse esa convicción y menos con certeza.

En efecto, de un lado se tiene que no puede distinguirse el orden en que fueron causadas las heridas a la víctima, según lo que dice el legista y corrobora la lógica, pues todas fueron en vida, como lo delata que tuvieran bordes hemorrágicos; además, las dos heridas que esencialmente generan la muerte fueron las identificadas como 4h ubicada en el tercio medio del cuello izquierdo que le seccionó la arteria carótida izquierda y vena yugular izquierda, la 5h que se ubica en el tercio medio de cuello izquierdo que también seccionó la misma arteria y vena, marcando también como de significación la 7h que es ubicada en tercer espacio intercostal anterior con línea paraesternal izquierda, que por sí mismas no indican que se hubieran hecho en estado de indefensión. La ausencia de heridas de defensa indica que la víctima no se defendió, que no equivale a que el acusado se aprovechara de la indefensión, pero también que, sí se defendió, no recibió lesiones cuando lo hacía, específicamente en manos y brazos.

Por último, en la situación incidía el estado emocional del justiciable de modo que las reiteradas lesiones con el instrumento corto punzante empleado puede pensarse fundadamente que responden más a la connotación de crimen pasional que al aprovechamiento de alguna circunstancia de indefensión.

En otras palabras, aunque no es posible otorgable credibilidad a lo narrado por el acusado de cómo ocurrieron los hechos, tampoco existe certeza de que haya sometido a la víctima para ocasionar las heridas que le causaron la muerte porque de la prueba testimonial y pericial no puede extraerse con seguridad dicha conclusión, por lo que, por la fuerza de la presunción de inocencia y el principio de que las dudas se resuelven en favor del procesado, juzga la mayoría de la Sala que no se probó la agravante establecida en el numeral 7 del artículo 104 del Código Penal.

5.4. En cuanto a la atenuante propuesta, el estado de ira e intenso dolor, como se explicó en la ponencia original son tres los requisitos que deben concurrir para el reconocimiento de la institución: i) el estado de ira o dolor intenso, ii) la existencia de un comportamiento grave e injustificado proveniente de un tercero y iii) el nexo de causalidad entre este último –que funge como la causa – y el primer requisito –que hace las veces de efecto–.

En la sentencia del 13 de agosto de 2014, (SP10724-2014, radicado No. 43.190, se expuso que:

“De esa manera, el estado emocional del inculcado debe ser directamente provocado por un comportamiento grave e injusto, siendo estas últimas verdaderas cualificaciones jurídicas que el legislador impuso a la provocación. Habrá gravedad cuando el comportamiento

tiene capacidad para desestabilizar emocionalmente al procesado y será injustificado cuando la persona no está obligada a soportar la ofensa que conlleva una situación insoportable por vulnerar sentimientos o conceptos que para el ofendido son importantes y valiosos y, de otra parte, quien la hace no cuenta con autorización, privilegio o permisibilidad para hacerla.

Por ello, la gravedad y la injusticia de la provocación debe ser estudiada en cada situación, dadas las condiciones particulares de los protagonistas del conflicto y de aquellas en las que se consumó el hecho, como por ejemplo, su situación psico-afectiva, la idiosincrasia, la tolerancia, las circunstancias (tiempo, modo lugar, oportunidad, tono, expresión corporal y oral etc.), los sentimientos (honor, dignidad y auto estima), la formación (moral, cultural), el grado de educación, el nivel social y económico. De lo expuesto se infiere que no toda provocación es grave e injusta y que sólo los estados de ánimos originados por comportamientos con estas últimas connotaciones quedan amparados por la disminución de la ira o dolor examinada, siempre que la provocación provenga de quien padece las consecuencias».

Los apelantes estiman que el estado de ira e intenso dolor se debe reconocer con base: i) en las personalidades y valores diferentes, donde lo positivo se predica exclusivamente de Héctor de Jesús; ii) el arribo en situación de ebriedad de Flor en la madrugada de los hechos, afectando, además, la paciencia de su compañero por la espera, y iii) las previas lesiones que con cuchillo infringió la víctima.

La Sala juzga que la relación de convivencia no era ajena a las situaciones de vida de la víctima que ejercía su libertad de acción, era adicta al licor y reiteradamente cuando se embriagaba le pedía al justiciable que se fuera del inmueble, por lo que ninguna sorpresa e imprevisibilidad había para Héctor de Jesús Flórez Zapata con estas situaciones. Si era una relación permanente con estas características, lo acaecido en la madrugada del 31 de diciembre de 2019 es ajeno al concepto de gravedad ya que se inscribe en la cotidianidad.

Es que, conociendo este perfil de conducta, cuatro meses antes se fue a vivir con ella, avanzando en una relación de varios años en la que en varias oportunidades ocurrió lo mismo. Cuando el acusado expresó de forma interesada que Flor llegó a la residencia en la madrugada y de nuevo lo expulsó, es cierto, como afirmó la Juez, que *“nada (...), distinto a su modus vivendi hizo Flor en esa fecha”*. Si es que realmente llegó en las horas de la madrugada en este instante nada sucedió y la discusión se dio, según la testigo Luz Mery Molina Vasco, sobre las 8:30 de la mañana, y eso desconecta ambos actos. No hubo ninguna amenaza a algún derecho o interés de Héctor de Jesús.

Ahora, si se trata de que la razón consistió en la llegada de la víctima en estado de embriaguez, es una conducta que no puede ser considerada “injusta”, en tanto hace parte de su libertad de desarrollo de la personalidad y locomoción, derechos que no resultan excluidos o restringidos por la voluntad de su pareja. Si el Estado protege a la mujer y a la igualdad de género como perspectiva para superar el histórico sometimiento, no se debe predicar injusticia de un obrar que se halla dentro del marco de acción de la mujer, para exculpar o atenuar la agresión o en este caso la muerte por su compañero.

Por último, como se mencionó, no hay prueba de que las heridas reconocidas en el cuerpo del acusado fueron fruto de la conducta de Flor Mary Giraldo. Entonces, la gravedad e injusticia decae también, como lo refirió la fiscal en el traslado al examinar la proporcionalidad de las conductas enfrentadas, a efectos de inferir una exigibilidad menor en sede de culpabilidad, a lo que se agrega que las acciones de la víctima se hallaban en la perspectiva de una reacción previsible y

cotidiana respecto a un bien jurídico recuperable, pero la del autor, trascendió a la afectación de un bien irrecuperable.

Entonces, no se encuentran reunidos los presupuestos para estimar presente el estado de ira e intenso dolor, en tanto, a juicio unánime de la Sala, el justiciable no recibió agravio ni menos que este fuera grave, por lo que su actuar desplegaba las motivaciones propias de la violencia de género, así no se hallen adecuadamente descritas en la acusación conforme con lo imputado.

5.5. En síntesis, el Tribunal no reconocerá el estado de ira e intenso dolor; pero, de acuerdo con lo inicialmente expuesto, modificará la sentencia de primera instancia y, en su lugar, declarará la responsabilidad penal de Héctor de Jesús Flórez Zapata en el delito de homicidio agravado por el numeral 1° del artículo 104 del Código Penal; por consiguiente, será del caso redosificar la pena impuesta al acusado en los siguientes términos:

Teniendo en cuenta que la primera instancia tomó como rasero la pena mínima para el delito de feminicidio agravado por el que emitió condena, sin exponer razones que le permitieran apartarse del límite mínimo, y que la defensa es apelante único, se impondrá el mínimo de la pena del homicidio agravado, cual es de 400 meses de prisión, conforme al texto del artículo 104 del Código Penal, que regía al momento de su comisión.

En lo atinente a la inhabilitación de derechos y funciones públicas fijada en primer grado en 20 años, se confirmará la decisión toda vez que es el máximo establecido en la ley para esta sanción.

5.6. En lo restante, es decir, respecto al cumplimiento de la sanción en un centro carcelario por haberse negado la suspensión de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, se confirmará la decisión de primera instancia, toda vez que la nueva condena no varía la falta de cumplimiento de los requisitos objetivos requeridos para conceder los mencionados subrogados, puesto que la sanción excede los 4 años respecto al primero, y frente al segundo la pena mínima del delito por el que se condena en la ley es mayor a 8 años.

Por último, ante el retraso excesivo del envío del proceso completo a este Tribunal desde el 25 de marzo de 2021 (fecha en que la juez lo ordenó), se remitirá copia de la decisión a la Comisión Seccional de Disciplina Judicial de Antioquia para que examine la conducta en que pudieron incurrir los empleados encargados de tramitar el recurso de apelación; lo anterior, obviamente en el evento en que la juez no hubiera comunicado la eventual falta.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero: Modificar la sentencia que por apelación se revisa y, en su lugar, se declara la responsabilidad penal de Héctor de Jesús Flórez Zapata en el delito de homicidio agravado por el numeral 1° del artículo 104 del Código Penal, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión, causa por la cual la pena principal de prisión que deberá descontar se disminuye a cuatrocientos (400) meses de prisión.

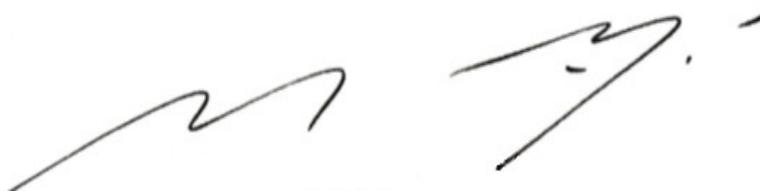
Segundo: Confirmar en lo demás la sentencia de primera instancia.

Tercero: Remitir copia de la decisión a la Comisión Seccional de Disciplina Judicial de Antioquia para lo de su competencia.

Cuarto: Esta providencia queda notificada en estrado al momento de su lectura y contra ella procede el recurso de casación el que se podrá interponer dentro de los cinco (5) días siguientes, luego de lo cual se deberá presentar la respectiva demanda ante este Tribunal dentro del término común de treinta (30) días.



JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ
MAGISTRADO
- Con Salvamento de Voto -



MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS
MAGISTRADO



PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN
MAGISTRADO



SALA PENAL

Salvamento de voto

Acusatorio ordinario: 2019-26975

Medellín, marzo veintisiete (27) de dos mil veintitrés (2023)

Con el obvio respeto a la posición mayoritaria y como sustento del salvamento de voto, me permito presentar la parte considerativa de la ponencia en la que se revela los aspectos de discrepancia y las razones que ameritaban la confirmación del fallo apelado.

Visto el panorama de controversia, los problemas jurídicos que nos corresponde resolver se sintetizan en el estudio de: i) la petición de absolución sustentada en la ausencia de prueba acerca de la ocurrencia de un feminicidio, y subsidiariamente, su degradación a un homicidio agravado, y ii) la solicitud de conceder la atenuante prescrita en el artículo 57 del Código Penal.

1. Del feminicidio.

1.1. La estructura típica.

El artículo 104A del Código Penal, adicionado por la Ley 1761 de 2015, fue tipificado en los siguientes términos:

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.

De la definición legal se destacan dos características decantadas por la Corte Constitucional y la Sala de Casación Penal de la Corte.

La primera, la exigencia de un elemento subjetivo que debe orientar la motivación de causar la muerte por “la condición de ser mujer”, el cual lo diferencia y le otorga autonomía de la tipicidad del homicidio a una mujer sin requerirse para este evento una razón específica. Ha expuesto la Corte en sentencia del 6 de abril de 2022 (SP1167-2022-radicado: 57957) que este *“móvil que lleva al agente a terminar con la vida de la mujer comporta no sólo una vulneración al bien jurídico de la vida, sino también la lesión a la dignidad humana, la igualdad, la no discriminación y el libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Con este delito el legislador reprime y pretende desestimular la muerte de las mujeres con carácter discriminatorio, entendido como un acto de sujeción y dominación”*.

La segunda, los seis literales vistos que acompañan la comisión de esta conducta punible, definidos en la expresión *“o en donde haya concurrido o antecedido cualquiera...”*, son de naturaleza enunciativa. En la sentencia C-539 de 2016, la Corte Constitucional indicó que *“El elemento subjetivo no se agota en las circunstancias expresadas en ellos. El delito consiste en ocasionar la muerte a una mujer por el hecho de serlo, lo cual puede ocurrir y ser inferido de una gran cantidad de contextos que, evidentemente, no correspondan con los expresados en los citados enunciados. Por lo tanto, se comete feminicidio cuando se priva de la vida a la mujer en razón de su condición, ya sea en esas u otras situaciones”*.

En igual sentido en la sentencia del 14 de diciembre (SP3993-2022-radicado: 58187) la Corte reiteró que: *“las circunstancias allí previstas se constituyen en un elemento*

alternativo del tipo penal, por demás enunciativo y no taxativo, de modo que la correcta imputación fáctica y jurídica del delito de feminicidio no exige que la Fiscalía General de la Nación se circunscriba a alguna de las causales descritas en la norma; basta, entonces, que se indique cuáles son los hechos que dan cuenta que el asesinato de una mujer se produjo por su condición de ser mujer o por motivos de su identidad de género -ingrediente subjetivo del tipo penal de feminicidio- para que se entienda cumplida en debida forma esta exigencia”.

1.2. La acusación.

En la audiencia del 11 de marzo de 2020, la fiscal 11 seccional presentó oralmente la acusación con los dos siguientes componentes:

Lo fáctico fue expresado en estos términos:

Flor Mary Giraldo Muñoz de 52 años de edad y Héctor de Jesús Flórez Zapata de 65 años de edad, venían sosteniendo una relación de compañeros permanentes por espacio de cuatro años, en desarrollo de la cual se presentaron varios conflictos.

En ese contexto, el primero de enero de 2020, siendo aproximadamente las 08:30 de la mañana mientras la pareja se encontraba en la residencia familiar ubicada en la carrera 34 Nro. 89-44 segundo piso barrio Manrique San Blas del municipio de Medellín, se presentó una discusión, en la cual Héctor de Jesús Flórez Zapata resultó lesionado en el cuello y en los antebrazos, mientras que la ciudadana Flor Mary Giraldo Muñoz perdió la vida al sufrir lesiones en cabeza, cuello, región mamaria, abdomen y brazo, siendo observado el señor Flórez Zapata cuando salió del

lugar con manchas de sangre en las prendas y parte del cuerpo, quien fue retenido por la comunidad hasta que se hicieron presentes funcionarios de la Policía Nacional, quienes procedieron a privarlo de la libertad.

La Fiscalía considera que estamos en presencia de un feminicidio por dos factores importantes: porque mediaba una relación íntima o de pareja de compañeros permanentes entre Flor Mary Giraldo Muñoz y Héctor de Jesús Flórez Zapata y que en desarrollo de esa relación la señora hoy víctima Flor Mary Giraldo Muñoz sufrió algunas agresiones por parte de su compañero, situaciones que implicaban que este quisiera tomar decisiones sobre la vida vital, decisiones vitales, de la señora Flor Mary Giraldo Muñoz tales como obligarla a quedarse a su lado mientras estaba laborando en sus oficios en fincas y algunas otras que se describan en el desarrollo del juicio oral.

Adicionalmente se habrá de decir entonces que fácticamente se configura la agravante relacionada precisamente con esa relación de compañeros permanentes que tenían Flor Mary Giraldo Muñoz y Héctor de Jesús Flórez Zapata y también porque la modalidad de ataque sufrida por Flor Mary Giraldo Muñoz en una parte del ataque se encontró en una clara situación de indefensión que se traduce precisamente... la causal concreta es que Héctor de Jesús Flórez Zapata se aprovecha de la situación de indefensión en que se encontraba la víctima, quien a pesar de haberse enfrascado inicialmente en una discusión con él, luego es superada con creces por el señor Héctor de Jesús Flórez Zapata, quien incluso causa lesiones graves a esta dama en la parte posterior del cuerpo cuando incluso ya la había sometido.

El componente normativo fue detallado así:

Se acusa al ciudadano Héctor de Jesús Flórez Zapata, como autor material en modalidad dolosa de la conducta punible de feminicidio agravado en la persona de Flor Mary Giraldo Muñoz, ilícito previsto al momento de los hechos en los artículos 104A literal B (esta fue la primera corrección...) que refiere a 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.

Agravado según las voces del artículo 104B literal G, que a su vez remite al artículo 104 numerales 1 y 7. El numeral 1 es una causal objetiva precisamente por la relación de compañeros permanentes que mediaba entre el señor Héctor y Flor Mary. Y la 7 como reiteraré por aprovecharse de la situación de indefensión en la que finalmente se vio avocada la señora Flor Mary.

1.3. La discusión.

El panorama de controversia es el siguiente:

La sentencia tuvo como eje central el enfoque de género que se le debe imprimir a la valoración probatoria y concluyó que se trataba de un feminicidio, ya que el señor Héctor de Jesús ostentaba una superioridad, dominación, "*vigilante y contralor*" de su compañera, teniendo como fuente de su conclusión: i) el testimonio del acusado del que destacó la descalificación de la víctima como prostituta, borracha, grosera, violenta y extorsionadora; ii) agregó los testimonios de la hijas, Kelly Johana y Yaneth Viviana Giraldo Muñoz, que revelaron su obsesión y dominación en punto de que se quedaba en la residencia de Flor Mary contra su voluntad, era expulsado por ella de su recinto, quería que permaneciera en la finca o sus llamadas obsesivas permanentes, y iii) del día

de los hechos subrayó la superioridad por las 14 heridas causadas y los gritos de auxilio y perdón percibidos por la vecina Luz Mery Molina.

Respecto a estos enunciados, el defensor opinó lo contrario.

Desatendiendo el enfoque de género expuesto por la juzgadora, presentó a su defendido como *"una persona calmada, tranquila y colaboradora"* y, de contracara, *"la violencia, la incomprensión y la falta de tolerancia siempre estuvo en cabeza de la occisa"*, era ella siempre la agresora. Alegó que no se probó el ciclo de violencia (literal A), *"la señora hacia lo que quería, se iba cuando quería, bebía cuando quería"* (por tanto, el literal B tampoco) y los testigos no declararon episodios de violencia física, y la psicológica tampoco se presenta porque en la víctima no se observó miedo o que fuera doblegada (literal E). Justificó que es común a los seres humanos los celos, la angustia por desconocer el paradero de su compañera o discusiones que se hubieran presentado.

1.4. Análisis.

Inicialmente importa destacar las deficiencias de los recursos de apelación, cuyo objetivo en esta segunda instancia reside en confrontar explícitamente las razones empleadas por la juez de primera instancia, a efectos de demostrar los errores de hecho y de derecho en la valoración o anomalías en el procedimiento, en que se pudo haber incurrido. No es, insistimos, un alegato de libre foro en el que se reitera las opiniones e impresiones que el caso le produjo al apelante, tal como ocurre en sede del alegato final. En nuestro caso, no solo no se encaró esa argumentación empleada por la Juez, sino que sus conclusiones carecieron de soporte y fueron ajenas a la acusación que, como se sabe, define el marco conceptual de análisis. Más bien la estructura indebida de los recursos fue la siguiente: *conocida la valoración de la Juez, nuestra opinión, insistimos, es la siguiente.*

En fin, entendiendo que se satisfizo la carga procesal, anticipamos que la decisión de la juez es correcta: la muerte de Flor sólo tiene explicación por su condición de mujer.

Para comenzar, la Juez acierta en el enfoque de género que le imprimió a su análisis y que es obligatorio realizarlo, al punto que, explicaba la Sala Penal de la Corte en la sentencia del 1 de julio de 2020 (SP 2136-2020-radicado: 52897), ciertamente con mayor extensión en su fundamentación que: *“Se configura un error de hecho por falso raciocinio cuando el fallador, estando obligado a hacerlo (por ejemplo, en casos de violencia contra la mujer), no valora la prueba con enfoque de género, el cual, en el ámbito de la ponderación y razonamiento probatorios, se traduce en la obligación de examinar los elementos de juicio – y particularmente, el testimonio de la víctima – «eliminando estereotipos que tratan de universalizar como criterios de racionalidad simples (prejuicios) machistas»¹.*

Y más adelante, respecto al análisis probatorio en materia penal, indicó:

En suma, pues, la Sala reitera que el enfoque de género en casos de violencia sexual y de género obliga al fallador a valorar la prueba «eliminando estereotipos que tratan de universalizar como criterios de racionalidad simples (prejuicios) machistas». Puesto, en otros términos,

«La incorporación de la perspectiva de género en el razonamiento judicial no asegura una decisión a favor de las mujeres pero obliga a los jueces a considerar las manifestaciones de la desigualdad entre hombres y mujeres -o las especiales características y circunstancias de los delitos

¹ RAMÍREZ ORTIZ, José Luis. “El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género”. En *Quaestio Facti: Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio* (n. 1), 2020, ps. 201 – 246.

sexuales al momento de justificar su decisión. La perspectiva de género en el razonamiento judicial trae como consecuencia la exigencia de deliberación práctica en los casos de delitos sexuales – aunque las normas que tipifican delitos sean reglas–, la misma que no tendría por objeto derrotar las reglas sino garantizar que la resolución de dichos casos sea valorativamente coherente con los principios constitucionales. El enfoque de género, como exigencia metodológica, contribuye, como se ha afirmado, a que las decisiones que toma el operador judicial estén mejor fundamentadas y sean más justas; es decir, respetuosas de los derechos que la Constitución reconoce a las mujeres»².

Es que los estereotipos, incluidos los asociados al género, «son elementos cognitivos irracionales»³ que «poseen pretensiones descriptivas y funcionan como generalizaciones acerca de los rasgos de un grupo de personas» (por ejemplo, las mujeres se visten provocativamente para incitar comportamientos sexuales en los hombres), o bien, pretenden «imponer ciertos roles a los miembros de un grupo determinado» (verbigracia, las mujeres, si no consienten una interacción sexual, deben oponer resistencia física a su consumación)⁴.

Por lo tanto, cualquier razonamiento probatorio, inductivo o inferencial que los replique o afirme (salvo que tenga asidero en su demostración real

² VILLANUEVA, Rocío. “Delitos contra la libertad sexual y valoración de la prueba: la importancia de un acuerdo plenario para combatir la impunidad”. Citado en *Apreciación de la Prueba en los Delitos contra la Libertad Sexual. Guía de Orientación. El acuerdo plenario No. 1-2011/cj-116 de la Corte Suprema de Justicia del Perú*, p. 23.

³ POYATOS I MATAS, Gloria. “Juzgar con perspectiva de género: una metodología vinculante de justicia equitativa”. En *Revista de Género e Igualdad* (n. 21) 2019.

⁴ ARENA, Federico José. “Notas sobre el testimonio único en casos de violencia de género”. En *Quaestio Facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio* (n. 1) 2020, ps. 247 – 258.

y concreta en el caso específico, lo cual puede perfectamente suceder), será contrario a la sana crítica, en tanto ésta reclama que los procesos intelectivos y de valoración de la evidencia respeten las máximas experienciales, de las que se apartan los planteamientos sustentados en ideas discriminatorias o prejuiciosas desprovistas de asidero fáctico y empírico.

En nuestro caso, la presentación del acusado y la víctima por los apelantes refleja ese desequilibrio en las posiciones y roles, uno superior en lo moral, familiar y social, y la otra, a la que se le excluye cualquier reconocimiento y valía. Héctor de Jesús: campesino trabajador, serio, callado, responsable, colaborador y un tanto malhumorado, y Flor Mary: prostituta, borracha, violenta, mentirosa, ladrona; en fin, se atribuye como estereotipos negativos que es una inmoral, mendaz, desquiciada y corresponsable de lo ocurrido. El efecto que se debe imprimir en la valoración probatoria reside en la exclusión de los estereotipos negativos de género referidos, y a propósito diferente a lo argumentado por el acusado en su recurso sus condiciones personales sí fueron tenidas en cuenta, pero desde esta perspectiva.

Ahora bien, los hijos, la hermana y la sobrina, son finalmente testigos externos a la relación, ciertamente en muchos casos de oídas al traer al juicio los comentarios que su familiar les hacía (como lo ocurrido en una finca, y en esto tiene razón el defensor apelante).

Ellos suministran la información de una pareja con algunos problemas en su convivencia, tópico indiscutible, inclusive en la acusación se indicó que el vínculo por espacio de cuatro años fue conflictivo y reconstruyeron esa relación, con estas variables así: i) el proveedor económico era Héctor de Jesús, ii) la residencia era de Flor Mary (o con algún derecho sobre ella) y iii) si bien convivían desde hacía 4 meses en una relación de varios años de duración (según una testigo) la presencia de Héctor de Jesús no era permanente en la residencia, pues laboraba por fuera y acudía cada semana o

según otros testigos cada 15 días. Estas posiciones y roles eran fuente de la historia de litigios entre ellos. El acusado expresaba que Flor le hurtaba y lo engañaba para obtener dinero y la segunda, lo expulsaba de su espacio y conservaba cierta libertad de actuación, entre ellas, el consumo de licor. El Defensor agrega, inclusive, el ejercicio de la prostitución.

Kelly Johana Giraldo Muñoz indicó que desde el mes de septiembre anterior su mamá se había independizado y vivía con su pareja solos. Catalogó la relación como buena y calificó al compañero de su mamá como malgeniado pero colaborador, y de su mamá relató los cambios en el comportamiento que le producía el licor: que era muy grosera, en esta situación expulsaba al acusado de la casa y le manifestaba que no quería nada con él; lloraba, se deprimía y ella particularmente evitaba agresiones.

Yaneth Viviana expuso que era una relación de 7 u 8 años, su mamá vivía sola, pero Héctor la visitaba cada 15 días, era imponente y se enojaba cuando no le contestaba sus constantes llamadas. Gladys María Giraldo Muñoz, quien vivía a cuatro casas de su hermana, referenció un tratamiento normal del señor, por supuesto no sabía lo que pasaba entre ellos porque vivían solos y solo escuchaba comentarios acerca de su malgenio o lo ocurrido en una finca que le produjo miedo. Y la sobrina Diana Marcela Giraldo, también desde la distancia, referenció que el trato público entre ellos "eran un amor", "que princesa", "mi vida"...

La certeza sobre el feminicidio se sustenta con base en las siguientes razones:

Primero, es Héctor de Jesús en su testimonio final el que introduce, a través de la descalificación, la discriminación y la posición de poder que ostentaba y entendía que tenía en la relación, con lo que se define la violencia de género. Ante la pregunta de quién es Flor Mary, puso de presente que era una prostituta, borracha, grosera, violenta, inclinada al dinero

y a las máquinas, que lo insultaba, lo echaba de la casa y antes lo había atacado con un machete.

Segundo, para el día de los hechos, siguiendo el testimonio de Héctor de Jesús, el antecedente inmediato fue el arribo de la víctima en la madrugada del 31 de diciembre en estado de embriaguez. La Juez, concediéndole credibilidad a su explicación, infirió esto último: *"Claro, no durmió, la esperó, su malestar crecía con el paso del tiempo, pero no a causa de Flor que él mismo decía, era una mujer de la calle, sino porque se fue desde el 30 de diciembre y no regresó sino hasta muy entrado el amanecer del 31 de diciembre y ebria. Nada pues, distinto a su modus vivendi hizo Flor esa fecha ni antecedente a la misma"*.

Importa dejar en claro que en este episodio solo cuenta como prueba el testimonio de Héctor de Jesús, y solo quedan algunos rastros bastante remotos como el grado de alcohol detectado por la perito en el cuerpo de Flor Mary (concentración de 83 mg etanol por 100 ML de sangre total, esto es, primer grado) y el hecho de que Kelly Joahana declaró que se había quedado de ver con la mamá el 30 de diciembre para un cambio de zapatos, cita que no se realizó. Esta narración insular la ponemos en duda por interesada al posicionar a la víctima con todos los defectos, de los cuales busca claramente obtener provecho.

A continuación, expuso el acusado que sin dormir y en actitud de espera, llegó Flor Mary a la residencia cerca de la tres y media de la mañana, y otra vez lo expulsó, ella se durmió en la habitación y él en un espacio en la sala. A las 7:30 u 8:30 de la mañana de nuevo regresó a la habitación y se recostó en la cama, Flor lo echó otra vez y lo atacó con una navaja *patacabra* en el cuello (*"...te vas a las buenas o te vas a las malas,⁵"*), y al lograr despojarla del objeto, se "la tumbó", procedió a lesionarla y esperó (en sus palabras) que se muriera.

⁵ Minuto 27:49

Ante la pregunta del porqué lo hizo expresó que estaba enfurecido, con la siguiente grave descalificación: *"...yo me pregunté, esto no me lo hizo la esposa, que es mi esposa la propia, hacérmela una particular... como se llame amante, amiga, como sea, verme chuzado de esa señora..."*⁶. Solo pensó en matarla porque *"cómo se iba a dejar matar de ella"*.

Más allá de su exposición sin prueba de corroboración, en la que introduce en forma reiterada actitudes de la víctima típicas de estereotipos negativos de género, lo que advertimos es que el desenlace y violencia fue de manera diferente al expresado por el acusado, quien, insistimos, en forma interesada y rechazable, se quiso posicionar como la víctima en procura de que se le reconozca por lo menos la atenuante del estado de ira e intenso dolor.

No hubo testigos presenciales, pero sí uno auditivo que registró el ataque hasta el fallecimiento de Flor.

La vecina Luz Mery Molina Vasco expuso que, sin saber quién vivía al lado de la residencia donde ocurrieron los hechos, desde un espacio en que se escuchaba "patentico" y poco más de las 8:20 de la mañana⁷:

"...empecé a escuchar unos gritos, unos gritos pidiendo auxilio de una mujer, me asusté demasiado... yo empecé a escuchar cuando decía, "por favor auxilio", "ay ayúdenme", "por favor auxilio"; entonces yo llame a Fanny porque no sabía quién vivía ahí... yo seguía, continuaba escuchando los gritos..."

Ahí fue donde yo escuché que ella gritó muy horrible, "ay por favor auxilio", "ay ayúdenme"; se escuchaban golpes, como si le diera contra las paredes, caían cosas cayó algo como un frasco, o

⁶ Minuto 21:40

⁷ A partir del minuto 18.

algo así, no supe bien, pero era algo así como una botella, o frasco, no se, o una lámpara, se escuchaba muy horrible.

Ahí fue donde ella gritó, disque "ay ayúdenme", "por favor", "ay amor perdóneme", "perdóneme", "ay amor perdóneme", "no lo vuelo hacer", "no lo vuelvo hacer", "ay por favor ayúdenme", "ay auxilio; gritaba más horrible...".

Al rato después de hablar otra vez con Fanny: "...ya ella se estaba quejando de una forma muy perdida, muy lenta... muy pasito... la escuchaba muy pérdida... ya a ella no la volví a escuchar..."

La testigo fue clara en señalar que no escuchó la voz de un hombre, pero sí la de la víctima pidiendo auxilio, perdón y rogándole a su agresor dramáticamente que no lo volvería a hacer, todo en medio de fuerte sonidos de golpes contra la pared y caída de objetos.

En cuanto a las lesiones registradas en el cuerpo del acusado (atención médica estipulada), no encontramos prueba de que Flor Mary las hubiera causado:

- i) El médico legista médico forense José Tránsito Pichot Padilla no descartó que Héctor de Jesús se las hubiera realizado por su superficialidad, sin compromiso vascular y en zonas que estaban a su alcance (cuello y antebrazos), y, eso sí, ninguna era defensiva; "*lesiones de vacilación*", las calificó. Además, el acusado solo referenció heridas en el cuello, pero se dictaminó también otras en los antebrazos, lo que lleva válidamente a la Juez a preguntarse: "*Queda claro que, el justiciable sólo reconoce que fue agredido por la ahora ejecuta (sic), en el cuello, y de inmediato la desarmó, pero a la calle salió con múltiples heridas en sus brazos*".

- ii) Entre el momento de las lesiones y la salida de Héctor de Jesús al exterior, ocurrieron un poco menos de tres horas teniendo en cuenta los testimonios de las vecinas: Luz Mery Molina Vasco registró el inicio cerca a las 8:20 A.M. y Fanny Janeth Montoya indicó que eran más o menos las 11:00 A.M., lo que supera el lapso menor registrado por el acusado de una hora y media aproximadamente. . En este intervalo, siguiendo su declaración, solo se quedó "...*pensando, pensando mucho*⁸..." y nótese que ya le habían tocado la puerta, aunque en ese silencio, dijo que no escuchó nada. Apreció la Juez "*el procesado estuvo planeando cómo salir y qué explicar*", lo que advertimos que es una valoración correcta, lo que significa que en este importante lapso tu tiempo suficiente para alterar la escena, crear evidencias fraudulentas e imaginarse explicaciones convenientes, por los menos en tres sentidos:

Fuera de que el cadáver fue movido o que se cambió de pantalón, el arma causante del homicidio no fue encontrada y la recogida "*al parecer*" estaba lavada (investigador Juan Carlos Moreno Leguisamón) y no le fue encontrado rastros de ADN (perito genético Camilo Orozco Araque). Héctor de Jesús en su declaración final también se preguntó: "*...la navaja qué se hizo...*"⁹.

Además de presentarse como "*en otro mundo o perdido*" (Diana Marcela), distorsionó la explicación de los hechos. Lo que informó es que habían sido atacados por unos desconocidos. A su sobrina Diana Giraldo: "*¿qué pasó?, entonces él me dijo: SE ENTRARON UNOS TIPOS Y NOS MATARON, yo, ¿cómo así que los mataron?, ¿qué le pasó a mi tía, ¿qué le pasó?, entonces él ME DIJO: YO ME HICE EL MUERTO, ¿y mi tía, mi tía? me dijo esta allá, mire está allá muerta, eso me contestó*". Él también admitió haber dado esta narración y esto le permitió avanzar en medio de la confusión por lo menos media cuadra, abandonando el

⁸ Minuto 29:30.

⁹ Minuto 26:15.

tumulto según la testigo Gladys, hasta que se reclamó su retención.

Para terminar este acápite, es inverosímil que con una herida en el cuello sangrante hubiera esperado casi tres horas, pues la regla de experiencia apunta a que, de existir esas lesiones con tal lapso transcurrido, las personas realizan actos inmediatos de protección y sobrevivencia.

Mas allá de esto, adquiere relevancia que los testigos diferenciaron entre dos tipos de sangre que le vieron: una seca y otra abundante y copiosa, lo que permite inferir que esta última se originó en una herida causada por él antes de salir a la calle (a la que adjuntó la versión de un ataque de terceros), conectando lo anterior con la apreciación del médico legista que señaló que eran heridas "muy" superficiales.

Gladys María Giraldo (hermana de la víctima) hizo esa diferencia: *"...el señor tenía las manos ensangrentadas, ya igualmente ya estaban reseca... porque ya estaban muy secas, la que le estaba chorreando fue la de la nuca, que él tenía una herida en la nuca... en la garganta perdón... él tenía una herida en un hueco, yo le vi fue como un hueco..."*.

Si bien, Diana Marcela Giraldo (sobrina) declaró que *"y él estaba echando sangre por el cuello y entonces empezó a caer sangre"* y Fanny Janet Montoya Mosquera (vecina) en igual sentido, *"demasiada sangre estaba botando"*, la vecina Luz Mery Molina también advirtió que *"estaba lleno de sangre seca"*.

Repárese que ese sangrado abundante carece de explicación científica ya que el médico legista que revisó las heridas que tenía, y con ella información obtenida en la primera atención clínica que recibió y que fue estipulada, fue contundente en sostener que era "muy superficiales" y sin compromiso

vascular, lo que permite deducir que el acusado había agregado a su cuerpo abundante sangre de la víctima.

Y tercero, adquiere relevancia independiente que orienta hacia un feminicidio, las 14 lesiones causadas (*cabeza, cuello, tórax, y abdomen y extremidad superior izquierda*) ya que expresan el superior dominio para agredirla. Se trató de un tópico también destacado por la Juez.

En la sentencia del pasado 14 de diciembre antes citada (SP3993-2022-radicado N° 58187) recalcamos la siguiente exposición:

Dentro de los elementos contextuales que pueden resultar útiles para determinar si se está en presencia o no de un delito de feminicidio, se encuentran, entre muchos otros, la determinación de la causa de la muerte y las lesiones que se encuentren en el cuerpo de la víctima, pues, en ocasiones, tales hallazgos pueden estar caracterizados por los elementos generales de la violencia de género.

Sobre este tema, en el Modelo de Protocolo Latinoamericano de Investigación de las Muertes Violentas de Mujeres por Razones de Género (femicidio/feminicidio), se indicó que en los casos de feminicidio los mecanismos de muerte más habituales suelen ser la estrangulación, la sofocación, los traumatismos y el apuñalamiento¹⁰.

Por la misma senda, en la guía «Protocolo para la Investigación de Muertes con Sospecha de

¹⁰ En el «Informe sobre víctimas mortales de la violencia de género 2016-2018» de la Sección del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del Consejo General de Poder Judicial de España, se señala que en ese período el uso de arma blanca fue el método empleado en el 46% de los casos, seguido de la asfixia/estrangulamiento, en un 20% y los golpes con o sin objeto en un 13% (<https://observatorioviolencia.org/wp-content/uploads/20190926-Informe-sobre-v%C3%ADctimas-mortales-de-la-violencia-de-g%C3%A9nero-2016-2018.pdf>). En Perú, conforme las cifras del Observatorio Nacional de la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar, entre 2015 y 2018 el estrangulamiento, asfixia y ahogamiento se utilizó en el 38.9% de los casos, seguido del arma blanca, modalidad que se presentó en el 19.4% (https://observatorioviolencia.pe/wp-content/uploads/2019/05/IMG_Presentaci%C3%B3n_Feminicios-1.pdf).

Feminicidio»¹¹, de la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio del Interior de Colombia y el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, se indica que «Los mecanismos de muerte más frecuentes de femicidio, incluyen las muertes por arma blanca y arma de fuego, las policontusiones por mecanismos simples y complejos y las asfixias mecánicas».

Ello no es casual, la utilización de las manos como mecanismo homicida para causarle la muerte a una mujer, exige tiempo y proximidad, caracteres que indiscutiblemente se relacionan con los sentimientos de rabia, ira, desprecio, castigo, humillación, entre otros, y que expresan el odio manifiesto propio de la misoginia.

Este tipo de violencia, en donde el hombre solo utiliza sus propias manos para matar a una mujer, se constituye en la forma de expresarse superiores, a través de ese rasgo distintivo que hace diferentes a hombres y mujeres, esto es, la fuerza física que, por regla general, en los primeros es mayor que en las segundas, en un claro ejercicio de sometimiento y dominio de la mujer a través de la fuerza, en tanto, aquella se ve anulada físicamente, dado que no tiene forma de responder al ataque, caracteres que revelan el dolo específico de matar a una mujer por su condición de género.

Así, las 14 lesiones frontales y en la espalda, precedidos con gritos de auxilio y caída de objetos, recuérdese escuchados por la vecina, ratifican el dominio físico, superior y aplastante del acusado.

Entonces, ante la pregunta, de si la muerte de Flor fue por su "condición de mujer", la Sala llega por este camino de análisis a la misma conclusión por la desvaloración de la víctima, el castigo propinado por una conducta que le pertenece autónomamente a la mujer y contrario al estereotipo y las 14

¹¹https://www.mininterior.gov.co/sites/default/files/seminario_elaboracion_protocolo_femicidio_0.pdf

heridas causadas en un escenario de dominación física en la que negó pedía perdón.

Los argumentos del defensor se encuentran en un escenario equivocado e inidóneo para refutar las razones de la juzgadora. La Fiscalía nunca afirmó que había un ciclo de violencia sexual, psicológica o patrimonial permanente y constante, lo que, de cara a la tipicidad, no es necesario probar para que se realice el delito de feminicidio, como tampoco lo es la demostración del temor, subyugación, zozobra o doblegamiento de la víctima.

La acusación descansó en un homicidio causado por la condición de mujer y en contexto enunciativo, se expresó, según el literal B, actos de instrumentalización de género, acciones de opresión y dominio sobre sus decisiones vitales, que tendría razón por su oposición violenta a que su compañera parrandeara o su resistencia a irse de la casa, amas dentro de su espacio vital. Es que aun, en el evento en que este contexto no se presentara, el injusto se conserva acorde la primera afirmación principal: la condición de ser mujer.

Además, la caracterización de Héctor de Jesús y Flor Mary con valores opuestos, positivos y negativos, no lleva a excluir el delito atribuido. No es un argumento idóneo. Como hemos visto, por el contrario, siguiendo inclusive la voz del acusado, se reafirma su posición dominante y discriminadora.

De otra parte, el sentenciado no afirmó que la conducta fue por celos y la discusión vista no fue de la simpleza reseñada por el apelante. Ahora, en cuanto a que *"la señora hacia lo que quería, se iba cuando quería, bebía cuando quería y lo único que importaba era que el señor HECTOR FLOREZ diera dinero"*, es una conducta que le pertenece a la víctima y desconoce al apelante que, según lo demostrado, él ingresó a esta relación con esas características y roles, y

asumió el de proveedor económico, en una residencia que no le pertenecía.

En conclusión, se conservará la sentencia condenatoria por el delito de feminicidio, cuyas agravantes imputadas no se discuten y en todo caso sobresalen la relación de compañeros permanentes y su comisión por la evidente situación de indefensión de la víctima.

2. Del estado de ira e intenso dolor.

2.1. La atenuante.

El artículo 57 del Código Penal define la atenuante del estado de ira o intenso dolor así: *“El que realice la conducta punible en estado de ira o de intenso dolor, causados por comportamiento ajeno grave e injustificado, incurrirá en pena no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la señalada en la respectiva disposición”*. Tres son los requisitos que deben concurrir para el reconocimiento de la institución: i) el estado de ira o dolor intenso, ii) la existencia de un comportamiento grave e injustificado proveniente de un tercero y iii) el nexo de causalidad entre este último –que funge como la causa – y el primer requisito –que hace las veces de efecto–.

En la sentencia del 13 de agosto de 2014, (SP10724-2014-radicación N° 43.190) en lo que queremos destacar, se expuso de manera general que:

De esa manera, el estado emocional del inculpa debe ser directamente provocado por un comportamiento grave e injusto, siendo estas últimas verdaderas cualificaciones jurídicas que el legislador impuso a la provocación. Habrá gravedad cuando el comportamiento tiene capacidad para desestabilizar emocionalmente al procesado y será injustificado cuando la persona

no está obligada a soportar la ofensa que conlleva una situación insoportable por vulnerar sentimientos o conceptos que para el ofendido son importantes y valiosos y, de otra parte, quien la hace no cuenta con autorización, privilegio o permisibilidad para hacerla.

Por ello, la gravedad y la injusticia de la provocación debe ser estudiada en cada situación, dadas las condiciones particulares de los protagonistas del conflicto y de aquellas en las que se consumó el hecho, como por ejemplo, su situación psico-afectiva, la idiosincrasia, la tolerancia, las circunstancias (tiempo, modo lugar, oportunidad, tono, expresión corporal y oral etc.), los sentimientos (honor, dignidad y auto estima), la formación (moral, cultural), el grado de educación, el nivel social y económico. De lo expuesto se infiere que no toda provocación es grave e injusta y que sólo los estados de ánimos originados por comportamientos con estas últimas connotaciones quedan amparados por la disminuente de la ira o dolor examinada, siempre que la provocación provenga de quien padece las consecuencias».

2.2. La discusión.

La Juez negó la atenuante con base en que los antecedentes de la relación expresaban discriminación y sometimiento, y las lesiones causadas al acusado y estipuladas, fueron autoinfligidas. Expuso que: *“Nada pues, distinto a su modus vivendi hizo Flor esa fecha ni antecedente a la misma. El procesado no se iba de su lado, no la dejaba en libertad ni aún ella pidiéndoselo, exigiéndoselo, colocándose brava con él porque no se retiraba de su casa y su vida, pero nada diferente a lo que ella vivía en su cotidianidad efectuó la afectada para que fuera presa de un violento, sangriento y fulminante ataque de esa mañana del 31 de diciembre del 2019, donde perdió su existencia, sin defenderse”*.

Los apelantes estiman que el estado de ira e intenso dolor se debe reconocer con base: i) en las personalidades y valores diferentes, donde lo positivo se predica exclusivamente de Héctor de Jesús; ii) el arribo en situación de ebriedad de Flor en la madrugada de los hechos, afectando, además, la paciencia de su compañero por la espera, y iii) las previas lesiones que con cuchillo infringió la víctima.

2.3. Análisis.

La Sala comparte la conclusión expuesta por la Juez.

Al indagar los antecedentes de esa relación de convivencia, reiteramos que sin duda era conflictiva, como bien se expresó en la acusación y así también se reconoció en la sentencia. Pero en lo que queremos destacar, ninguna sorpresa e imprevisibilidad había para Héctor de Jesús de esta situación de vida que caracterizaba a Flor con su dependencia económica, libertad de acción, la adicción al licor o la invocación constante para que se fuera del inmueble. Si era una relación permanente con estas características, lo acaecido en la madrugada del 31 de diciembre es ajeno al concepto de gravedad ya que se inscribe en la cotidianidad.

Es que, conociendo este perfil de conducta, cuatro meses antes se fue a vivir con ella (según su hija Kelly), avanzando en una relación de varios años. Cuando el acusado expresó de forma interesada, que Flor llegó a la residencia en la madrugada y de nuevo lo expulsó, es cierto, como afirmó la Juez, que *"nada (...), distinto a su modus vivendi hizo Flor esa fecha"*. Si es que entró Flor sobre las tres y media de la mañana, en este instante nada sucedió y la discusión se dio, según testigo, sobre las 8:30 de la mañana, y eso desconecta ambos actos. No hubo ninguna amenaza a algún derecho o interés de Héctor de Jesús.

No conocemos el contenido de esta nueva discusión, pues el acusado solo nos suministra su versión interesada e inverosímil. Pero la vecina Luz Mery Molina Vasco recreó una

escena diferente que nos indica la arremetida violenta sobre las 8:20 de la mañana.

Ahora, si se trata de que la razón consistió en la llegada de la víctima en estado de embriaguez, es una conducta que no puede ser considerada "injusta" en tanto que hace parte de su libertad de desarrollo de la personalidad y locomoción, derechos que no resultan excluidos o restringidos por la voluntad de su pareja. Si el Estado protege a la mujer y la igualdad de género como perspectiva para superar el histórico sometimiento, no se debe predicar injusticia de un obrar que se halla dentro del marco de acción de la mujer, para exculpar o atenuar la agresión o en este caso la muerte por su compañero. La desviación de la expectativa de tal o cual rol que este en la mente del victimario (embriaguez, la llegada en la madrugada, la expulsión de la residencia...), en fin, conductas no deseadas de la mujer, se halla precisamente dentro de un contexto de violencia de género. En la sentencia C 539 de 2016, se indicó que *"Cuando la mujer desconoce los estereotipos que le han sido asignados o asume comportamientos incompatibles con lo que se espera de su estado generalizado de sujeción, esto trae como efecto prácticas de violencia de género. (vi). La violencia de género, por esta razón, es un acto típicamente discriminatorio y, al mismo tiempo, busca asegurar la continuidad de esas condiciones de discriminación"*.

También precisamos que, como vimos en capítulo anterior, no hay prueba de que las heridas reconocidas en el cuerpo del acusado fueron fruto de la conducta de Flor Mary, y la certeza apunta a la elaboración falsa de la evidencia que lo podría favorecer y la supresión de la que le puede traer resultados negativos.

Para terminar, la gravedad e injusticia decae también, como lo refirió la fiscal en el traslado, al examinar la proporcionalidad de las conductas enfrentadas, a efectos de inferir una exigibilidad menor en sede de culpabilidad. Las acciones de la víctima se hallaban en la perspectiva de una reacción previsible y cotidiana respecto a un bien jurídico

recuperable, pero la del autor, trascendió a la afectación de un bien irrecuperable.

3. Conclusión.

Por lo antes analizado, la Sala no advierte errores en la valoración probatoria empleada por la Juez Catorce Penal del Circuito de este Distrito y, por consiguiente, se impone la conservación de la decisión que por apelación se revisa.

Por último, ante el retraso excesivo del envío del proceso completo a este Tribunal desde el 25 de marzo de 2021 (fecha en que la Juez lo ordenó¹²), se remitirá copia de la decisión a la Comisión Seccional de Disciplina Judicial de Antioquia para que examine la conducta en que pudieron incurrir los empleados encargados de tramitar el recurso de apelación, lo anterior, obviamente en el evento en que la Juez no hubiera comunicado la falta.

Atentamente,



JOHN JAIRO GÓMEZ JIMENEZ

Magistrado.

¹² Documento 36 de la carpeta.